

VERGARA BLANCO, ALEJANDRO (2010): *INSTITUCIONES DE DERECHO MINERO** (ABELED PERROT LEGAL PUBLISHING, SANTIAGO) 821 PP.

La reseñada es la nueva obra que nos presenta el profesor Alejandro VERGARA BLANCO, Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra y profesor titular de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la materia que lo introdujo formalmente en el ámbito de la investigación científica: el Derecho de Minería. Trátase de un trabajo que excede con creces lo que podría ser denominado como un “Manual”, ofreciendo un extenso análisis de lo que son las Instituciones del Derecho Minero nacional. En este sentido, este trabajo constituye una verdadera concreción de las propuestas planteadas inicialmente por el autor en su Tesis Doctoral denominada “*Reconstrucción histórica y dogmática del derecho minero. Ensayo de una nueva matriz disciplinar*” (Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1988; 848 pp.), publicadas parcialmente en nuestro país bajo la denominación de “*Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático*” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992; 433 pp.).

Desde la perspectiva formal, el libro se presenta dividido en tres acápites principales: (i) Introducción, relativa a la Teoría del Derecho Minero; (ii) Instituciones de Derecho Minero General, en el que se aborda la teoría de la *publicatio* minera (primera parte), de la concesión minera (segunda parte), de los derechos mineros (tercera parte) y derecho procesal minero (cuarta parte), y; (iii) Instituciones de Derecho Minero Especial, en el que se trata el régimen de los minerales no publicados que acceden al dueño del predio superficial (primera sección) y el de los minerales publicados con régimen especial (segunda sección).

El presente es un texto que entrega un enfoque dogmático renovado del Derecho de Minería. Dicha renovación doctrinal viene de la mano de una serie de aspectos que, de por sí, implican trastocar de manera profunda la forma en la cual se analizaba el Derecho Minero en nuestro país. Dicho proceso de renovación puede apreciarse ya en el acápite introductorio

sobre Teoría del Derecho Minero, en el que el autor da comienzo a su trabajo explicando lo que a su entender es la forma en la que debe abordarse el estudio de esta disciplina jurídica que es el Derecho de Minería. Así, el desarrollo que de las Instituciones del Derecho de Minería se efectúa, opera sobre una base metodológica totalmente novedosa al menos en el ámbito del Derecho Minero nacional, pero ya utilizada por el autor en su investigación de 1988, inherente por cierto a cualquier trabajo científico. Trátase de la idea de *sistema*, tan importante en la metodología de la ciencia del Derecho (como destaca magistralmente Claus-Wilhelm CANARIS en su obra *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*—2, Berlín, 1983—), la que encuentra en los *principios jurídicos* sus elementos fundantes, los que están llamados a dotar de coherencia y unidad al sistema. Así, el autor estructura esta disciplina sobre 3 principios esenciales, a los cuales denomina como su “núcleo dogmático”, a saber: la *publicatio* minera, el procedimiento concesional minero/concesión minera y los derechos mineros. Estos son los pilares sobre los que se estructura el sistema del Derecho de Minería y en base a los que se realiza el desarrollo de la materia jurídico-minera.

Seguidamente y con sustento en las doctrinas comparadas, debe hacerse alusión al decidido incardinamiento que el autor hace del Derecho Minero en el área del Derecho Público, concretamente, en la parte *especial* del Derecho Administrativo, dejando de lado de esta forma el clásico enfoque *iusprivatista* que de la disciplina se ha efectuado tradicionalmente en nuestro medio y ahondando de esta manera en su postulado inicial, consistente en la construcción del Derecho de Minería como una “disciplina jurídica autónoma”. Tal concepción abre importantes oportunidades para el desarrollo del Derecho Minero nacional, permitiendo una integración racional de dicha rama especial en su matriz, configurada por el Derecho Administrativo y todas las instituciones que integran a esta, con las posibilidades que, desde la herme-

* Traducción del título: *Mining law institutions*.

nética legal, se abren, todo ello, sin perjuicio de reconocer la existencia de sectores en los cuales la vinculación entre el Derecho Privado y Público se muestra como más intensa (como es el caso de las materias relativas a la contratación minera).

Tras la aludida introducción metodológica, en la que además se abordan elementos relativos al “hecho jurídico” propiamente minero, como objeto sobre el cual recae la disciplina, el autor efectúa un análisis de las diversas etapas históricas del Derecho Minero, tanto a nivel comparado como nacional, en el entendido de que el conocimiento dogmático de la realidad vigente no puede obviar los aspectos históricos que confluyeron finalmente en la actual legislación. En dicho camino, el autor destaca los principales hitos que es posible apreciar en cada una de las etapas históricas del Derecho Minero, no ahondando en exceso en tales aspectos, considerando que los mismos ya han sido tratados con mucha mayor profundidad en su trabajo publicado en 1992. En forma complementaria, pero ya como parte del Derecho Minero vigente, el autor analiza con especial profundidad el sistema de fuentes del Derecho de Minería, estudiando en forma detallada las disposiciones constitucionales fundamentales en la materia, la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, el Código de Minería, su Reglamento y los Tratados Internacionales existentes en materias mineras. En dicho análisis es digno de destacar el esfuerzo del autor por realzar la trascendencia que la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras tiene para el sistema minero nacional, la que ha sido históricamente desplazada tanto por nuestra doctrina como por nuestra legislación, realizando al efecto un detallado análisis de la jurisprudencia constitucional que se ha encargado de delimitar los contornos de la reserva de ley orgánica constitucional, con cuyo contraste afloran las incongruencias —en algunos casos, manifiestas— en que ha incurrido nuestro legislador común.

En el estudio de los principios indicados, importando los planteamientos seguidos por la legislación alemana y la doctrina española, el autor postula una nueva concepción de lo que ha de entenderse por *publicatio* minera, relevan-

do la tradicional idea de que el objeto de la publicación es la consagración de un “dominio” estatal de las minas, a favor de considerar que ella implica más bien el someter la “actividad” minera a un régimen regulatorio específico. Sin perjuicio de ello y no pudiendo obviar la *lex*, como consecuencia del desplazamiento del centro de gravedad del Derecho Minero hacia el Derecho Público, el autor propone una nueva conceptualización jurídica de la relación entre el Estado y la riqueza mineral, la cual busca liberar a esta de los tintes *patrimonialistas* propios del Derecho Privado, entregando una nueva forma de comprender el vínculo Estado-riqueza natural, esta vez de carácter *funcional*, ya sobre principios propios del Derecho Público, lo que trae importantes consecuencias, en particular en cuanto a la forma de comprender el haz de facultades que el Estado tiene a este respecto.

El análisis de las instituciones se complementa con un estudio de la intervención orgánica en materia minera, desarrollándose los diversos estatutos jurídicos de los órganos y servicios públicos con competencias en materias mineras, así como de las diversas empresas y sociedades estatales que operan en el rubro minero. Es interesante destacar la especial mención que se hace en el apartado de intervención minera a la Comisión Calificadora de Competencias en Recursos y Reservas Mineras, institución que surge tras la dictación de la Ley N° 20.235, que fija el marco jurídico-técnico necesario para el financiamiento bursátil de los proyectos mineros en nuestro país. Pese a lo actual de la mención, debe señalarse que no es correcta la afirmación que el autor vierte en cuanto a que dicha institución fue *creada por ley*: se trata de una persona jurídica de Derecho Privado creada a través del procedimiento previsto al efecto por nuestro ordenamiento para las Corporaciones.

Como consecuencia del desplazamiento antes indicado, es de suyo relevante destacar cómo el trabajo pone de manifiesto la dualidad existente entre las categorías “derecho real administrativo de aprovechamiento” y “concesión minera”, aspectos totalmente diferentes que de forma tradicional y aún en la actualidad, tanto desde la perspectiva del ordenamiento positivo como de la doctrina nacional, se han considerado sinónimos. En esta misma línea, merece

destacarse la propuesta dogmática efectuada en relación a la verdadera naturaleza jurídica del título de aprovechamiento de las sustancias minerales, proponiéndose su conceptualización como una verdadera *autorización administrativa*, rompiendo amarras con la tradicional conceptualización *concesional* del título jurídico habilitante para el desarrollo de la actividad minera, si bien se echa de menos un mayor desarrollo en la propuesta, la cual solo se enuncia sin llegar a materializarse en aspectos concretos. Asimismo, merece ser destacada la extracción de una serie de *principios* inherentes al procedimiento concesional minero, los cuales operan como canon hermenéutico general de toda la normativa regulatoria del *iter* procedimental, a saber: exclusividad, preferencia, publicidad, certeza técnica y justo y racional procedimiento. En el desarrollo del principio de publicidad es llamativa la denuncia que el autor realiza en cuanto a la entrada en vigor del Boletín Minero único como suplemento del *Diario Oficial*, y a cómo los actores siguen operando omitiendo tal circunstancia, en el entendido de que dicho Boletín mantiene suspendida su entrada en vigencia. También, al ahondar en el principio de exclusividad, el autor se explaya latamente en defensa de su posición ya manifestada hace algunos años y que protagonizó una fuerte polémica doctrinal en relación al régimen de superposición de concesiones mineras, poniendo de manifiesto cómo el régimen de superposición contemplado por el Código de Minería contraviene derechamente las disposiciones de la Constitución Política y de Ley N°18.097, las que prohíben terminantemente dicha superposición, así como lo resuelto en su momento por el Tribunal Constitucional.

Desde el prisma del “proyecto” minero, el autor aborda los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce para la ejecución de las actividades que integran un proyecto de tal naturaleza. Así, se analiza primeramente la facultad de catar y cavar que tiene toda persona, reconocida por el Código de Minería, la cual, fuera del haz de facultades del concesionario minero, es considerada como inconstitucional, lo que ya había sido doctrinalmente denunciado en forma previa por el autor, insistiendo en ello y aportando mayores antecedentes en

sostén de su posición. Seguidamente, interesa destacar el detallado análisis que el autor realiza de las servidumbres mineras, abordando su régimen jurídico tanto en la Constitución Política como en la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y en el Código de Minería. En forma posterior, el autor se explaya en relación a lo que él denomina “aguas del minero”, analizando la evolución histórica de las mismas y su régimen actual, proponiendo una lectura armónica de tal regulación con la que sobre la materia contiene el Código de Aguas. Finalmente, se realiza un estudio en relación a la ejecución de labores mineras en zonas protegidas por motivos de *interés privado*, en el que se trata el supuesto especial de trabajos mineros en arbolados y viñas, exponiendo el autor —nuevamente— la incoherencia existente entre el régimen contemplado en el Código de Minería y la Ley N° 18.097; y se refiere asimismo a la ejecución de labores mineras en zonas protegidas por fines de *interés público*, abordando por la vía del recurso a las instituciones propias del Derecho Administrativo, el régimen jurídico *autorizacional* para la ejecución de labores en dichas zonas.

Muy importante de destacar es el análisis que de la minería se efectúa, pero ya desde una *perspectiva dinámica*, es decir, como una actividad viva, en movimiento, que interactúa y se relaciona con otros sectores del ordenamiento como consecuencia, precisamente, de dicho carácter dinámico. Así, el contenido del texto desborda el simple análisis de las instituciones contenidas en el Código de Minería y en su Reglamento, típico de los manuales en la actualidad existentes, adentrándose en el estudio de otras materias igualmente relevantes para el desarrollo de la actividad minera. En tal sentido es que se efectúa un análisis del régimen tributario de la actividad minera, aportando argumentos de peso a fin de desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de la patente minera (que no es sino la de un *tributo*, pese al tenor literal en contra de la Ley N°19.143). Asimismo, se aborda la relación entre la actividad minera, el urbanismo y el ordenamiento territorial, sectores que muestran importantes interacciones que no suelen ser abordadas por la doctrina, pese a su gran interés práctico; se realiza una in-

interpretación favorable a la actividad minera en relación a la ejecución de actividades mineras en áreas silvestres protegidas, en particular, en parques nacionales y en bosques nativos. Y para concluir, se aporta un estudio de las exigencias ambientales con que debe cumplir la actividad minera, dando noticia de las propuestas normativas existentes en relación al cierre de faenas mineras (actualmente en trámite parlamentario) y a los pasivos ambientales mineros (en etapa de anteproyecto); en fin, se efectúa un análisis de las principales disposiciones del Reglamento de Seguridad Minera, con una crítica a las disposiciones sancionatorias que el mismo contiene, por no cumplir con las exigencias mínimas propias del Derecho Administrativo Sancionador.

Como cierre del análisis de las Instituciones de Derecho Minero, el autor aborda aquellas que considera como integrantes de una “parte especial” de dicha disciplina, tratando de forma conjunta el régimen de las arcillas superficiales o áridos con el de otras sustancias publicadas con régimen especial, si bien tal análisis conjunto no parece adecuado, al menos desde una perspectiva metodológica, por cuanto el régimen jurídico de las arcillas superficiales o áridos no es el propio de la actividad minera, sino que, como señala el propio autor, las mismas se encuentran sometidas al “derecho común”. Finalmente, en cuanto a las sustancias publicadas con régimen especial, destaca el análisis general que el autor realiza de los títulos jurídicos habilitantes para acceder al aprovechamiento de tales sustancias (concesiones administrativas / contrato especial de operación), en especial en relación a estos últimos, los cuales el autor considera que poseen una verdadera *naturaleza concesional*, como consecuencia de los cambios operados con la entrada en vigor de la actual Constitución Política, la que habría implicado pasar de un modelo contractual de

prestación de servicios a uno de otorgamiento de verdaderos derechos reales administrativos de aprovechamiento, fundado quizás en la premisa consistente en que “...como el derecho real administrativo recae sobre una cosa de dominio público, sustraída al comercio jurídico privado, su nacimiento es incompatible con cualquiera de los modos que tradicionalmente se han reconocido en el Derecho privado. El derecho real administrativo no puede nacer, su creación no puede tener lugar por los modos típicos del Derecho privado. Nace por un acto típicamente administrativo: la *concesión*...” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1957): “Los derechos reales administrativos”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Vol. 346-347; pp. 172-173). El apartado relativo a las Instituciones del Derecho Minero Especial concluye con un análisis de los regímenes jurídicos del litio, de la minería oceánica u “oceanominería”, en el que se trata tanto su perspectiva internacional como de Derecho interno, y de los minerales situados en zonas de importancia para la seguridad nacional.

Por otra parte y de manera transversal a todos los desarrollos ofrecidos por el autor, el análisis que se hace de las diversas instituciones no es meramente teórico, sino que se *engarza con la realidad* por medio del recurso constante a la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, del Tribunal Constitucional y a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, acompañándose en el texto un detallado índice de la jurisprudencia judicial, constitucional y administrativa citada.

En fin, el texto analizado parece estar llamado a constituir un verdadero hito en la historia jurídica de nuestro Derecho Minero, marcando un antes y un después en los estudios de dicha disciplina.

MARCELO MARDONES OSORIO*

* Abogado, Doctor (c) en Derecho, Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Asesoría Jurídica de Empresas; E-mail: marcelomardones@mi.cl