

REVISTA DE

# Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

**A. EZQUERRA HUERVA**

El concepto de obra hidráulica en el Derecho español vigente

**J. M.º GIMENO FELIU**

El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública

**J. JORDANO FRAGA**

La Administración en el Estado ambiental de Derecho

**J. TUDELA ARANDA**

La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los nuevos Estatutos de Autonomía. La historia como legitimación de la autonomía

# 173

Madrid  
mayo/agosto  
2007

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



*Revista de Administración Pública*  
ISSN: 0034-7639, núm. 173,  
Madrid, mayo/agosto (2007)

# Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaria:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

VOCALES:

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*

Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*

Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*

León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*

Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*

Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*

José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*

José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

## Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

*El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista*

## II. EXTRANJERA

# EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RIQUEZA MINERAL

ALEJANDRO VERGARA BLANCO\*

Profesor Titular [Catedrático] de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN: 1. *Contexto histórico del orden jurídico vigente.* 2. *Las teorías tradicionales del «dominio estatal» minero.* 3. *La teoría del «dominio eminente» del Estado sobre las minas.* 4. *La teoría del «dominio patrimonial» del Estado sobre las minas.*—II. LAS MINAS COMO RECURSO NATURAL PUBLICADO: TEORÍA DE LA *PUBLICATIO MINERA*: A) *Crítica a la infiltración de la propiedad.* B) *Publicatio minera y funciones estatales.* C) *La crisis del modelo patrimonial en España.*—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

### 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 sólo la existencia de una prohibición general previa a explotar, bajo la reserva de obtener una «concesión», la que también sólo 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

\* *Abreviaturas especiales de fuentes normativas de Chile:* CP = Constitución Política; CAg. = Código de Aguas; CC = Código Civil; CM = Código de Minería.

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.

## 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 éstas 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 sólo continúan con esta tradición histórica que podemos calificar como «patrimonialista», que hoy se traduce en una suerte de apro-

piación estatal, sino que la acentúan constantemente, en orden a afirmar y reafirmar que las minas formarían parte del «dominio» del Estado, confirmando 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 Estado<sup>1</sup>) 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 artículo 19, núm. 24, inc. 6.º, CP —que expresa de manera enfática: «*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 calificaron de «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

<sup>1</sup> Sobre la polisémica expresión «Estado», véase *infra*.

base del aún más viejo concepto del «dominio eminente». Sostener hoy esta tesis resulta anacrónico; pero cabe revisar sus fundamentos y defensores<sup>2</sup>.

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 de los siglos 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

---

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

En cuanto a la doctrina internacionalista, vid., por ejemplo, FIORE (1894: 362 y ss.); JIMÉNEZ (1961: 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: CXX) señala que la doctrina del dominio eminente (que acoge BELLO siguiendo a VATTEL) «se considera errada a la luz de las ideas actuales, 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; cfr. CARRO (1981: 296 y ss.), con amplia bibliografía.

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 amañó, 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.

La configuración primigenia del «dominio eminente», como concepto jurídico, nace de la obra de GROCIO<sup>3</sup>, 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 iusnaturalista 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 éste 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 semi-pleno.

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

<sup>3</sup> GROCIO, *De iure belli ac pacis*, I, 2, VI.

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 integridad<sup>4</sup>.

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*.

Para uno de los más célebres comentadores del Código Civil chileno, Luis CLARO SOLAR, la «propiedad de las minas es una propiedad *sui generis*, especial», y agrega: «la declaración del artículo 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 sólo 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 adquisi-

<sup>4</sup> Vid. un más amplio desarrollo en nuestros trabajos citados en n. 3.



ción de un derecho de propiedad privada a favor del particular descubridor de las minas<sup>5</sup>.

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 núm. 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 sólo es el resultado de un cambio político, sino de la doctrina de relevantes autores del Derecho minero<sup>6</sup>.

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, 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 ésta «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, núm. 24, inc. 6.º: «*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 teórico<sup>7</sup>.

En efecto, desde el punto de vista del desnudo texto vigente en Chile, las minas constituyen «dominio [del] Estado»<sup>8</sup>; 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 re-

<sup>5</sup> Véanse las referencias de las obras de los autores citados en VERGARA (1992a: 207-236).

<sup>6</sup> Es el caso de Julio RUIZ BOURGEOIS (1962: 3-30) —quien cambió su opinión anterior (1942: 175-195)— y de URIBE (1966: 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: 207-236).

<sup>7</sup> Sobre el «dominio patrimonial» del Estado sobre las minas, véanse las consideraciones de GÓMEZ (1990: 5-58) y Carlos RUIZ BOURGEOIS (1990: 76-77).

<sup>8</sup> Artículo 19, núm. 24, inc. 6.º, CP.

gulación 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 nacional<sup>9</sup>. 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 artículo 19, núm. 24, inc. 6.º, 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»<sup>10</sup>. Eso es válido sólo en cuanto a la textualidad.

b) *La persistente idea doctrinaria de una «propiedad» estatal*. Como hemos señalado, no rinde frutos el análisis sólo 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, núm. 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.º, CC hace sinónimos los bienes fiscales), subclase de la categoría «bienes nacionales» (del art. 589, inc. 1.º, CC)<sup>11</sup>. Estas consideraciones, a nuestro juicio, no guardan coherencia ni con lo señalado en el vecino artículo 19, núm. 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 aun ante la evidencia de la

<sup>9</sup> En tal sentido, véase la constatación del autor en VERGARA (1992a: 236).

<sup>10</sup> Como lo digo en VERGARA (1992a: 238), sin una explicación de contexto que ahora incorporo. Sin perjuicio de que lo citado de pág. 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 arrogue el «dominio» de las minas, es en realidad titular de «potestades» (pág. 203), y se consigna que, a pesar de los textos, «el Estado no tiene una “propiedad” sobre las minas» (pág. 250).

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

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* psicológico 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, sólo 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 conjunto; pero ello no explica la realidad del Derecho interno, sino que 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<sup>12</sup>.

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].

---

<sup>12</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004: I, 30 y ss.), a quienes seguimos en la crítica de las tesis que postulan al Estado como persona jurídica.

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»; 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»<sup>13</sup>. 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»<sup>14</sup>.

¡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 estorbo 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).

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 artículo 19, núm. 24, inc. 6.º a 10.º, 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 sólo 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 núm. 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, núm. 24, inc. 6.º, CP, en cuanto declara que «el Estado tiene dominio de las minas»,

<sup>13</sup> VILDÓSOLA (1999: 45, 128 y 130).

<sup>14</sup> VILDÓSOLA (1999: 161).

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 setenta 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 privatos*, 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 éstos que son claramente inadecuados para tal fin. El Derecho civil, de los bienes privados, está configurado como un Derecho *inter privatos*, 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 ésta de una toma de posición política de rechazo o aceptación de la propiedad en las relaciones sociales; sino de un problema estrictamente dogmático-jurídico, relativo al análisis que desde la ciencia jurídica cabe realizar a partir de los textos vigentes. Tampoco se tra-

ta 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 administrativo<sup>15</sup>. Frente a esto, desde los campos privatistas se ha optado incluso por negar el carácter jurídico del Derecho público, y en especial Derecho administrativo<sup>16</sup>; 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 como es la propiedad? ¿Es necesario?<sup>17</sup>. 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 romanos<sup>18</sup>, 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

<sup>15</sup> 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 ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI (1983), que es el intento de un civilista por desentrañar la naturaleza de categorías administrativas desde una perspectiva dudosa: desde la propiedad.

<sup>16</sup> Cfr. D'ORS (1987: 106).

<sup>17</sup> A propósito del libro de GROSSI (1986), recensión en *Revista de Derecho Público* (Madrid), 110 (1988), págs. 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 sólo dentro del mismo Derecho privado, sino, como vemos, aun dentro del Derecho público. Ya vislumbrábamos que ése no es el camino más fecundo, sino, como vemos *infra*, uno menos difundido: el de las potestades públicas.

<sup>18</sup> 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.

insuficiencia de la cosificación civilista), sino por su habilidad para cumplir los fines del interés público.

Es éste 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 propiedad<sup>19</sup>; 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.

c) *La respuesta jurídica.* Debemos fijar nuestra atención no sólo en la posición del «Estado», sino en la de los particulares, individualmente considerados y en su conjunto. El Derecho administrativo debe mirar no sólo 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»<sup>20</sup>.

En esta materia, los juristas han venido prestando atención sólo 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, sus derechos; ello es ante unos bienes que son *públicos*, no del Estado, ni de un individuo, sino del público; en fin, del *populus*<sup>21</sup>, 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 sólo desde la perspectiva del Estado, sino principalmente desde el individuo, pues bien sabemos que la base, ya no sólo 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 segu-

<sup>19</sup> Cfr. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ (1985: 46).

<sup>20</sup> Cfr. GONZÁLEZ (1987: 123).

<sup>21</sup> Cfr., como dato anexo, D'ORS (1979: 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».

ridad 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 afincan 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 sólo 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 alrededor de la riqueza minera. Sólo 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 éste 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,
- 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 aun 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 menas<sup>22</sup>. 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 sólo dice relación con las titularidades o vínculos «internos» del Derecho de minería. Distinta es la situación garantística, derivada del artículo 19, núm. 24, inc. 9.º, 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»<sup>24</sup> 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 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 éstos pueden obtener en virtud de los actos concesionales. La perspectiva 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 zigzag 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».

<sup>22</sup> En este sentido debe entenderse mi enfática afirmación en VERGARA (1992a: 247, nota 499).

<sup>23</sup> GUZMÁN (2001: 274).

<sup>24</sup> Vid. artículos 19, núm. 24, inc. 6.º, CP y 2 CM.

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 entregarles 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 arts. 1.º 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 núm. 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? Ésta 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?<sup>25</sup> Por cierto, no obtenemos ningún resultado dogmáticamente útil si simplemente decimos que es una posición *sui generis*; cláusula ésta más bien utilizada por la doctrina para esquivar el pronunciamiento; es como decir: «¡es algo raro, pero no sé explicarlo!».

En efecto, si observamos la realidad con detención, ese acto normativo primordialmente desea impedir la *apropriatio* 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 engloban 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 siglo 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 origi-

na 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 artículo 19, núm. 24, inc. 6.º y 7.º, 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* minera<sup>25</sup>.

Es por lo anterior que nos parece necesaria la revisión jurídica de la sujeta «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 sólo 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 de-

<sup>25</sup> 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).

nominar «funcionalista», se aleja del concepto civilístico de «propiedad», y se deriva de la 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) ha 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 Es-

tado 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 sólo en los últimos años del siglo xx tiende globalmente a adoptar un carácter distinto, a raíz de la crítica doctrinaria: de regulación normativa, no patrimonialista. Sólo 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 sector<sup>26</sup>.

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 aun 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:

<sup>26</sup> 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).

- 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 sólo a partir de este acto de donde surgen a favor de los particulares derechos *ex novo*, para explorar o explotar minerales.
- en virtud de esa *publicatio* la Administración controla, no sólo 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) 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*<sup>27</sup>:

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 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, núm. 24, inc. 7.º, 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).

b) Y, 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 publicadas para posibilitar el acceso de los particulares a su explotación (vid. art. 19, núm. 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 éste 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 ésta 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

<sup>27</sup> Vid. VERGARA (2000a).

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. 19, núm. 24, inc. 6.º, 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*<sup>28</sup>. 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 público<sup>29</sup>. 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 les 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.

<sup>28</sup> 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 incluirlo 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: 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).

<sup>29</sup> Antes, el artículo 118 de la Ley de municipalidades de 1854 les llamó «*bienes de uso común de los habitantes*».

a) *Reserva de bienes públicos y acceso al dominio de los bienes.* Estos dos ámbitos jurídicos que llamo *appropriatio* 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 artículo 19, núm. 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.

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, núm. 23, CP de 1980), que reconfigura el ordenamiento jurídico chileno a este respecto.

A partir de los términos del artículo 19, núm. 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/appropriatio*), 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 sólo en relación a los bienes públicos, única en verdad en que podemos situar a las minas<sup>30</sup>.

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 art. 19, núm. 23, CP), concepto éste cercano a «pueblo», en quien reside la soberanía (art. 5.º, inc. 1.º, CP), y que por eso mismo los ale-

<sup>30</sup> Vid. el desarrollo de las tres categorías en VERGARA (2000a).

ja 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.º y 7.º CP); aclaración ésta 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, inc. 2.º, del Código Civil; o las aguas (art. 6.º CAg.); o los álveos o lechos de ríos o lagos (art. 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 artículo 19, núm. 13, inc. 2.º, 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:

i) Por ejemplo, el artículo 19, núm. 13, inc. 2.º, CP, al referirse a «*plazas, calles y demás lugares de uso público*», está remarcando no sólo 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 artículo 19, núm. 23, inc. 1.º, 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 ésta que debe ser de quórum calificado (inc. 2.º), y sólo 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»<sup>31</sup>.

Y esta inapropiabilidad o impedimento general para adquirir rige no sólo para todo tipo de personas, naturales o jurídicas (particulares) y otras personas de Derecho público (como el Estado/fisco, los Gobiernos regiona-

---

<sup>31</sup> 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 5.ª 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 núm. 1.122, de 1981, que «fija texto del Código de Aguas» (*Diario Oficial* de 29 de octubre de 1981).

les 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, núm. 24, inc. 6.º, 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; sólo 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 (art. 19, núm. 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, núms. 1 y 2; 498, inc. 1.º, 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*<sup>32</sup>.

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 artículo 19, núm. 23, inc. 1.º, *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: artículo 19, núm. 24, inc. 6.º, 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 (sólo 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 histórico<sup>33</sup>, y

<sup>32</sup> Por eso, el artículo 60, núm. 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 sólo son susceptibles de uso público o de concesión para su aprovechamiento; nunca de enajenación.

<sup>33</sup> 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, 2001c).

como mera cuestión semántica (para aquietar una pugna patrimonialista/estratégico-militar contra el dominio eminente/liberal<sup>34</sup>), 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 art. 19, núm. 24, inc. 6.º, CP) es una situación excepcional al artículo 19, núm. 23, como lo anuncia el inc. 1.º *in fine* de esta misma disposición<sup>35</sup>.

Pero, en verdad, el artículo 19, núm. 24, inc. 6.º 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, éste 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 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.

6. *La actual fenomenología jurídica minera.* La visión que considera a la riqueza minera *in rerum natura*, como «*propiedad especial*», es algo arcaica y no se compadece con la realidad de su vigente regulación, que mira más bien a los aspectos dinámicos de la extracción (a la *actividad*) que a los recursos *in rerum natura* (de un modo «estático», «quieto»).

Debemos razonar jurídicamente para conocer el contenido de la potestad posible de los órganos del Estado mirando la realidad (y así comprobar la razonabilidad de los textos legales [o aun constitucionales] vigentes): en este caso resulta evidente que *no es sobre las minas o menas* (como bienes que se desea apropiar) *que un órgano del Estado tiene potestad de regulación,*

<sup>34</sup> Vid. VERGARA (1992a).

<sup>35</sup> El artículo 19, núm. 23, inc. 1.º, 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.

sino más bien sobre la actividad que es posible desarrollar en torno a tales bienes; esto es, la actividad minera.

A las tres preguntas tradicionales del Derecho minero, cabe ahora darles las siguientes respuestas:

1.º ¿De quién son las «minas»? La perspectiva *funcionalista* que proponemos permite desprender una consideración *no propietarista* de las minas *in rerum natura*, y cabe responder así: las minas (más bien, los yacimientos) no son ni estatales ni privadas.

2.º Entonces, ¿las «minas» no son de nadie? Cabe distinguir más nítidamente el par de conceptos vecinos de «yacimiento» y «minas», y a partir de ello responder así: aquél (el yacimiento) no es susceptible de propiedad, y éstas (las minas) existen como bien jurídico una vez que son individualizadas, y delimitadas físicamente, y objeto de una actividad minera con técnicas mineras.

3.º En fin, ¿cómo acuden los particulares a ejecutar concretamente tal actividad? Cabe responder: existe una «prohibición general previa sujeta a una autorización»; habilitación administrativa ésta que opera por orden de petición y con una discrecionalidad casi reducida a cero.

A través de estos planteamientos quedan reducidos a polvo algunos paradigmas tradicionales de la doctrina minera, que ya podemos ir calificando de mitos:

a) La «*propiedad minera*», como tal, no existe, como dato fenomenológico *a priori*. Esas declaraciones legales (y aun constitucionales, en el caso de Chile) que la consagran son incoherentes; de tanta incoherencia como si existiesen respecto de los peces del mar y de los ríos, como título para impedir su extracción espontánea por los particulares. Pierde coherencia la *publicatio* en sentido patrimonialista, pues el mismo supuesto titular de tal «propiedad» no puede ser considerado un posible explotador, sino que lo que opera es simplemente una «*prohibición preventiva*», a la espera de que los verdaderos titulares del derecho de explotación concurren a solicitar sus derechos de prioridad, para concretarlo en un espacio físico determinado.

b) El concepto de «*mina*», como tal, tampoco existe de un modo apriorístico, como objeto de alguna propiedad, sino sólo una vez que se haya concretado una actividad, como toda industria humana.

c) El concepto de «*concesión minera*» queda como una fórmula arcaica en su sentido tradicional, en que el Estado aparentaba actuar como un supuesto «titular» de la propiedad minera, en que otorgaba o concedía «graciosamente» un derecho nuevo, *ex novo*, a los particulares, para que explotaran esa riqueza minera de propiedad del que ahora se ha querido erigir en nuestras sociedades como un nuevo Monarca (el «Estado», como sucesor del *Rey*, en la propiedad de las minas).

Al derrumbarse el dogma del Estado como propietario de las minas, ¿podemos dar por derrumbada la técnica puesta a su servicio: la concesión

minera? La concesión es hoy sólo una forma, una cáscara, que sustancialmente ha sido realmente reemplazada por una técnica autorizacional, fruto de un procedimiento si bien reglado, pero con una discrecionalidad reducida sólo a constatar parámetros objetivos, casi reducida a cero, en que el derecho del interesado no puede considerarse creado *ex novo*, sino con una preexistencia evidente: sólo que a partir de la acción administrativa se logra concretizar tal derecho público subjetivo a un espacio físico determinado.

Si nos situamos en la perspectiva dogmática, esto es, del Derecho vigente, sin una toma de posiciones político-ideológicas, y sólo de análisis o disección de principios jurídicos, al analizar las consagraciones normativas, descubriremos que no existe en los hechos, en la realidad, a menos que desfiguremos las cosas, un verdadero «dominio» del «Estado», aunque los textos así lo digan, dada la imposibilidad de principio que el «Estado» sea propietario, o algún órgano del Estado, pues éstos son entes finalísticos, titulares de potestades (salvo cuando el Estado/Administración, en su condición de fisco, es a la vez empresario); pero, al mismo tiempo, también descubriremos que el título de los particulares para explorar y explotar sustancias minerales tampoco es una propiedad, y, en rigor, es un derecho con amplias protecciones similares a ella, pero distinta a lo que técnicamente, en ciencia jurídica, se llama propiedad.

En el actual sistema no importa tanto la propiedad o estatal o privada de las minas, pues es más relevante en el sistema el acceso equitativo, justo, con certeza y seguridad al aprovechamiento de las sustancias minerales, salvaguardando el interés público, y en el modelo jurídico operado a partir de la CP de 1980 es evidente que es de interés público el libre acceso al aprovechamiento de los minerales, contemplando el sistema amplias protecciones a los títulos creados, los que pueden circular en el mercado.

Del análisis del sistema legal y constitucional chileno vigente, que ciertamente es un sistema «liberal», cabe concluir que tiene por virtud impedir que sea un órgano del Estado el que toma las decisiones económicas sobre la oportunidad en que, de acuerdo a una regulación dada, se debe aprovechar la riqueza minera, dejando la CP a los particulares la decisión al respecto, consagrando para ello la libertad del libre acceso (art. 19, núm. 23, de la CP), dando mucha protección y certeza a los títulos privados (art. 19, núm. 24, de la CP).

En todo caso, la CP contiene una contradicción pues es evidente que en su texto se consagró el llamado «amparo por el trabajo» (vid. art. 19, núm. 24, inc. 7.º, CP), de manera paradójica y excepcional, pues quebraba el sistema de mercado que inspira al contexto de la CP (lo cual sólo se explica en que este texto minero fue injertado en la última hora del proyecto respectivo)<sup>36</sup>. La técnica normativa correcta para alterar dicho principio debió ser la modificación constitucional, pero se hizo mediante una «interpretación» algo forzada de la Ley orgánica constitucional del área, que fue revisada por el Tribunal Constitucional, sin parar mientes en el asunto (vid. art. 12

<sup>36</sup> Vid. VERGARA (1992b: 197 y ss.).



LOCCM). En todo caso, el sistema vigente, de ese modo, configura una titularidad minera con gran libertad para su titular en cuanto a oportunidad de aprovechamiento y de transferencia de su derecho. En otras palabras, los títulos mineros se favorecen del principio de la libertad económica que postula el sistema de economía de libre mercado.

Entonces, la concepción de un «dominio estatal» sobre la riqueza minera, por más que así se consagre en el Derecho vigente (en el caso de Chile, en la Constitución: art. 19, núm. 24, inc. 6.<sup>o</sup>), resulta claramente anacrónica en medio del modelo jurídico que ha aceptado el sistema de libre mercado, dado que en tal sistema el Estado/regulador-legislador debe consagrar la libertad para adquirir titularidades privadas (es el desarrollo y regulación de la *publicatio*, que revisamos *infra*); titularidades éstas que el Estado/Administración debe otorgar necesariamente, sobre las que existirá plena intangibilidad, y las más típicas libertades y seguridades del sistema de mercado: su libre aprovechamiento o no, y su libre transferibilidad, quedando además limitado el papel del Estado/fisco en el desarrollo empresarial en el área (en virtud de disposición expresa de la CP: art. 19, núm. 21).

Que en un sistema de libertad económica los textos le sigan llamando «dominio» al papel regulador que cumplan los órganos del Estado en la asignación de derechos mineros entre los particulares es tan anacrónico, por lo demás, como seguirles llamando «propiedad minera» a los derechos mineros nacidos de la concesión, por mucho que sean firmísimos como la propiedad civil. A esta realidad dogmática nos referimos al afirmar que la institución de la «propiedad» no tiene cabida en el núcleo dogmático de la disciplina: no explica ni el vínculo «estatal» ni del particular con la riqueza minera *in rerum natura*.

### C) *La crisis del modelo patrimonial en España*

Podemos ofrecer, de un modo comparatista, cómo en España se postulan unos nuevos cimientos jurídicos del Derecho minero y, en un importante aporte doctrinario de Elisa MOREU<sup>37</sup>, se sostiene que el modelo tradicional (que consideraba a las minas como bienes del «dominio» del Estado) es en realidad un modelo «en crisis»; sobre todo porque el bien objeto de tutela jurídica no es un «concepto jurídico de mina», esto es, el yacimiento físicamente localizado, sino una «actividad desarrollada con técnicas mineras».

Se propone que el Estado abandone el modelo de dominio público minero, como asimismo la técnica del derecho real, dado que «no es necesario que los recursos sean de titularidad pública para regular su uso y aprovechamiento», sosteniendo que sí «no se pudiera prescindir de la idea de que los yacimientos “pertenecen a algún sujeto”, habría que reconocer que (...),

---

<sup>37</sup> MOREU (2001); vid. nuestra recensión en VERGARA (2003b), desarrollo que retomamos en este trabajo *supra*.

sería meramente ornamental, porque lo esencial es el ejercicio de una facultad de aprovechamiento que se perfecciona con el destino de los bienes a la producción». Este nuevo planteamiento doctrinal propone «una evolución del modelo tradicional desde la propiedad hacia la actividad, desde el yacimiento hacia la empresa minera», pues «la etiqueta del dominio público no es sino la rama que impide ver el bosque»<sup>38</sup>.

Según MOREU, *el objeto de la legislación minera es la actividad extractiva; éste es el bien jurídico regulado*. Propone un «concepto dinámico» de mina, y su análisis se centra en la «actividad económica o industrial» minera, y no en la «apropiación o propiedad» de las minas, para evitar que el debate dogmático acabe centrándose en torno a la cuestión de la propiedad originaria. Señala, con razón, que la doctrina no ha logrado superar el concepto «estático» de mina, equivalente al simple yacimiento geológico localizado en el suelo o en el subsuelo.

Analiza MOREU la controversia sobre la propiedad de las minas vinculándola con la condición jurídica del subsuelo y los «límites verticales» de la propiedad superficial<sup>39</sup>. Señala cómo «a partir del dato cierto de la localización subterránea de las actividades extractivas, la doctrina y jurisprudencia se han obcecado —infructuosamente— en determinar a quién pertenecía la propiedad originaria de los yacimientos». Agrega: «en el caso de las actividades mineras, el debate ya no puede centrarse, como hasta ahora, en si los yacimientos *in rerum natura* son originariamente privados o públicos, sino en si el derecho a desarrollar actividades de investigación y explotación, que es lo que permitirá aprovechar económicamente la riqueza mineral, debe atribuirse al propietario del suelo, a los poderes públicos o a terceros»<sup>40</sup>.

Señala que los «yacimientos pasan a constituir bienes jurídicos únicamente tras una actividad, que es lo que realmente constituye objeto de tutela jurídica». Y que «la única referencia que la legislación minera realiza al derecho de propiedad se asocia con la idea de exclusión: el propietario del suelo nunca podrá reclamar ningún derecho sobre los yacimientos (...) la legislación minera ha desmembrado radicalmente la facultad para desarrollar la actividad minera de la propiedad superficiaria». Por lo que «no tiene sentido mantener aquella premisa (...) tradicional, es decir, la necesidad de atribuir *a priori* la propiedad de los yacimientos»<sup>41</sup>.

Concluye la autora, siguiendo a la doctrina alemana<sup>42</sup>, que el dominio público es una «simple etiqueta vacía de contenido», una «técnica hueca». Rechaza las doctrinas propietaristas propugnando directamente que deberíamos «olvidar la institución de la propiedad para ciertos bienes que, como las minas, encuentran una regulación jurídica más apropiada y coherente con otras técnicas jurídicas»<sup>43</sup>. Y propicia y desarrolla una tesis (siguiendo

<sup>38</sup> MOREU (2001: 32-34).

<sup>39</sup> MOREU (2001: 53 y ss).

<sup>40</sup> MOREU (2001: 65).

<sup>41</sup> MOREU (2001: 65-66).

<sup>42</sup> Vid. PAPIER (1998: 8). Además, ver PIELOW (2003).

<sup>43</sup> MOREU (2001: 195).

a la doctrina italiana: PUGLIESE, CERULLI IRELLI) según la cual debe afirmarse que «la mera existencia del yacimiento como entidad real, o porción del subsuelo, no constituye un bien en sentido jurídico porque aún no es objeto de referencia para un interés jurídicamente tutelado», agregando que estos yacimientos son bienes jurídicos sólo en el momento en que son «individua- lizados como bienes existentes y aprovechables», pues «antes de que sean realmente explotados, no dejan de ser una simple realidad física determina- da por una porción del subsuelo, esto es, un aglomerado de sustancias mi- nerales localizado en cierta porción del subsuelo»<sup>44</sup>.

En relación al «dominio público minero», la autora realiza una revisión de los conceptos de «dominio» público y crítica su actual «encorsetamien- to» en las teorías «propietaristas» y «funcionalistas», dando por mayorita- rias actualmente a estas últimas teorías. Situación que entonces ha variado desde que yo mismo en un trabajo de 1989<sup>45</sup> (que, junto a otros, la autora califica de «pionero») visualizaba que aún en tal época era mayoritaria la doctrina «propietarista»; y que la «funcionalista», en la cual me adscribía, era minoritaria; ahora, según la autora, la situación es la inversa, lo que no sólo es cierto, sino un signo de los tiempos de liberalización<sup>46</sup>.

## CONCLUSIONES

1.º Lo esencial y principio básico de todo el Derecho minero es la eli- minación del poder de disposición de los propietarios del suelo sobre deter- minadas 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 pri- vada, no hay apropiación estatal.

2.º 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, núm. 24, CP: «*el Estado es dueño de las minas*»), pero que en realidad impli- ca sólo la existencia de una prohibición general previa a explotar, bajo la re- serva de obtener una «concesión judicial», que también sólo formalmente es un título discrecional (como pareciera ser toda acción de «conceder»), sino que en realidad es una autorización, con una discrecionalidad reduci- dísima, y en defensa del principio de prioridad y de juridicidad, los solici- tantes tienen un real y efectivo derecho subjetivo a ser titulares de la habili- tación para explorar o explotar.

<sup>44</sup> MOREU (2001: 196 y 201).

<sup>45</sup> Se trata del trabajo VERGARA (1989c).

<sup>46</sup> Vid., además, ahora VERGARA (2000a).

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, 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, edición privada), 277 págs.
- (1985): «Lutero y el Derecho», *Persona y Derecho*, núm. 13 (Pamplona), págs. 26-46.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2000): «Notas históricas sobre la noción de dominio eminente», *Ius Publicum*, núm. 4 (Santiago), págs. 41-53.
- BRUNA VARGAS, Augusto (1971): *Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 75 págs.
- CARRO, José Luis (1981): «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, págs. 287-307.
- CURIS, Giovanni (1983): voz «Dominio eminente», *Nuovo Digesto Italiano* (Turín, Utet), tomo 5.
- D'ORS, Álvaro (1979): «Sobre el no estatismo de Roma», en *Ensayos de teoría política* (Pamplona, Eunsa), 306 págs.
- (1987): *Una introducción al estudio del derecho* (Madrid, Rialp), 176 págs.
- FIORE, Pasquale (1894): *Tratado de Derecho Internacional Público* (trad. cast., tomo I, Madrid, Centro Editorial de Góngora).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004): *Curso de Derecho Administrativo* (12.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas), I, 845 págs.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (1979): «El anteproyecto de reforma constitucional y sus efectos en materia minera», *Revista de Derecho Económico*, núms. 46-47, págs. 93-120.
- (1990): «Principios generales que informan la legislación minera», *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. I, págs. 5-58.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1987): *Derecho Administrativo Español* (Pamplona, Eunsa), I, 1.242 págs.
- GROCIO: *De iure belli ac pacis*.
- GROS, Manuel (1992): «L'affectation, critère central de la domanialité publique», *Revue de Droit Public* (París), núm. 3, págs. 749-784.
- GROSSI, Paolo (1986): *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea* (Barcelona, Editorial Ariel), 188 págs.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001): *El derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso [de la Universidad Católica de Valparaíso]), 302 págs.
- 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 págs.
- MOR, Carlo Guido (1960): voz «Dominio eminente», *Novissimo Digesto Italiano* (Turín, Utet), tomo 6.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2000): «Régimen jurídico de las actividades extractivas en el Derecho Alemán. Un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero», núm. 152 de esta REVISTA, págs. 339-383.
- (2001): *Minas. Régimen Jurídico de las actividades extractivas* (Valencia, Tirant lo Blanch), 453 págs.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1992): *Dominio Público* (Madrid, Editorial Trium), 156 págs.
- NICOLINI, Ugo (1952): *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia* (Milán, Giuffrè Editore), 302 págs.
- PAPIER, Hans-Jürgen (1998): *Recht der öffentlichen Sachen* (3.<sup>a</sup> ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter), 176 págs.

- PIELOW, Johann-Christian (2003): «Características principales del derecho minero alemán», *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Santiago, Chile), vol. V, núm. 1, págs. 201-216.
- PLAZA, Eduardo (1954): «Introducción al Derecho Internacional de Andrés Bello», en BELLO, *Obras Completas*, Caracas, 10, pág. CXX.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1983a): «Dominio del Estado sobre las minas y concesión minera», *Gaceta Jurídica*, núm. 41, págs. 9-15.
- (1983b): «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, págs. 727-779.
- (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, págs. 1-28.
- RUIZ BOURGEOIS, Carlos (1990): (según apuntes tomados por Hipólito Zañartu Rosselot) «Fundamentos constitucionales de Derecho de Minería», *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. I, págs. 75-83.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio (1942): «La transformación del derecho minero en relación con las modernas tendencias político-económicas», en Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ (dir.), *Las actuales orientaciones del Derecho* (Santiago, Editorial Nascimento), págs. 175-195.
- (1962): «Reflexiones sobre la propiedad minera», *Revista de Derecho* (Concepción), XXX, núm. 119, págs. 3-30 [también publicado en España (1956): *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 12, págs. 333-353].
- RUIZ BOURGEOIS, Julio, y DÍAZ MIERES, Luis (1940): *Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932* (Santiago), 248 págs.
- SAMPER, Alberto (1911): voz «Dominio eminente», *Enciclopedia Jurídica Española* (Barcelona, Francisco Seix Editor), tomo 12, 974 págs.
- SANDULLI, Aldo M. (1964): voz «Dominio eminente», *Enciclopedia del Diritto* (Milán, Giuffrè Editore), tomo 13.
- SILVA, Juan Enrique (1984): «Dos aspectos polémicos de la nueva legislación minera», *Revista de Derecho Económico*, núms. 66-67, págs. 85-122.
- STERN, Samuel (1972): «The judicial and administrative procedures involved in the Chilean cooper expropriations», *American Journal of International Law*, núm. 66, págs. 205-213.
- URIBE ARCE, Armando (1966): «Dominio Minero», *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXIII, núm. I, págs. 11-50.
- URIBE HERRERA, Armando (1966): *Reforma de la legislación minera chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 125 págs.
- URIBE HERRERA, Eduardo (1981): «La minería, el Código y sus leyes», *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, págs. 49-54.
- 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», en *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), págs. 447-457.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1988): «El dominio eminente y su aplicación en materia de minas», *Revista Chilena de Derecho*, vol. XV, págs. 87-110.
- (1989a): «Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, núm. 1, págs. 777-796.
- (1989b): «Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aporías del dominio eminente», *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), núm. 64, págs. 337-346.
- (1989c): «La teoría del dominio público: el estado de la cuestión», *Revista de Derecho Público* (Madrid), núm. 114, págs. 27-58.
- (1990): «Teoría del dominio público y afectación minera», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17, núm. 1, págs. 135-159; en tal sitio puede consultarse una amplia bibliografía.

- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992a): *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 433 págs.
- (1992b): «Antecedentes sobre la historia fidedigna de las leyes mineras (1966-1983)», *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. III, págs. 197-200.
- (1996): «Presupuestos histórico-dogmáticos del estudio del derecho minero vigente», *Revista de Derecho de Minas*, vol. VII, págs. 113-152.
- (1999): Recensión [a Julio VILDÓSOLA (1999), *El dominio minero*], *Revista de Derecho Administrativo Económico*, II, núm. 2, págs. 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 ConoSur-Universidad Finis Terrae), págs. 369-389 [y ahora en (2004): *Ius Publicum*, núm. 12, págs. 105-126].
- (2000b): «La *publicatio* minera: estructura básica del derecho minero», en [Actas] *III Jornadas de Derecho de Minería*, Serie Seminarios, núm. 13, págs. 21-38.
- (2000c): Recensión [a Julio VILDÓSOLA FUENZALIDA (1999), *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe* (Caracas, Editorial Latina), 429 págs.], *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. V, núm. 2, págs. 558-562.
- (2001): «Sobre la irreal “propiedad minera”», en [Actas] *III Jornadas de Derecho de Minería*, Serie Seminarios, núm. 13, págs. 213-216.
- (2003a): Recensión [a Santiago MONTT OYARZÚN (2002), *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización* (Santiago, ConoSur-Lexis Nexis), 421 págs.], *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, págs. 413-415.
- (2003b): Recensión [a Elisa MOREU CARBONELL (2001), *Minas. Régimen Jurídico de las actividades extractivas* (Valencia, Tirant lo Blanch)], núm. 163 de esta REVISTA, págs. 574-582 = *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Santiago, Chile), vol. V, núm. 1, págs. 217-223.
- (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), núm. 66, págs. 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*, núm. 12, págs. 33-49.
- (2007): *Instituciones de derecho de minería* (Santiago, Lexis Nexis), en prensa. En su capítulo 5 se analiza la materia abordada en este trabajo. Asimismo, en la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 2 (2006), ofrezco una versión de este trabajo que ahora es ampliada en su parte final, en especial su referencia al Derecho español.
- 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», en *Orientaciones del Derecho Chileno* (Santiago, Universidad Católica de Chile-Editorial Jurídica de Chile), págs. 413-478.
- (1999): *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe* (Caracas, Editorial Latina), 429 págs.
- VV.AA. (1972): *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno* (Santiago, Editorial Andrés Bello), vol. I, 756 págs.; cuyo vol. II, lamentablemente, nunca vio la luz, por alguna razón desconocida.

# INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
  - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
  - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su recensión, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905



00173

19,00 €