

ESTUDIO

PROPIEDAD MINERA: PASADO Y PRESENTE*

Arturo Marín V.**

Los debates sobre la propiedad minera que siguieron a las reformas constitucionales de 1971 y de 1980 adolecieron de dos defectos principales, que hasta hoy perturban su comprensión: a) una desatención al desarrollo histórico que forjó a esta especie de propiedad, y b) una equivocada manera de afrontar la interpretación de normas constitucionales. Sus tres características seculares —consistentes en que nace de concesión, que afecta a un inmueble ajeno y que está sujeto a caducidad— no alteran, sin embargo, la definición de fondo, en cuanto los atributos y efectos del dominio minero son los propios de una especie de verdadera propiedad privada. De otro lado, el intento de estatizar la minería fracasó en 1971 por los resguardos que introdujo el Congreso Nacional, pero algunos comentaristas no lo entendieron así y, malamente, extendieron a toda la reforma promulgada la intención trasunta en el mensaje que inició la tramitación de ese proyecto. Una defectuosa interpretación también distorsionó el verdadero significado de la reforma de 1980.

La historia de la propiedad minera demuestra que ésta se ha forjado en una contraposición de intereses, entre el del dueño del suelo y el interés particular por la actividad minera, y también en la preocupación de acentuar el aprovechamiento general de la riqueza que esa actividad produce. La legislación antigua y la moderna han procurado sintetizar y armonizar esos intereses, y utilizado diversas

* Centro de Estudios Públicos, 11 de enero de 1984. Una versión anterior de este trabajo fue publicada por el CEP como *Documento de Trabajo* N° 14, enero, 1984.

** Abogado, Universidad Católica; Pro Secretario del Consejo de Estado.

instituciones jurídicas para resguardar los aspectos legítimos que en todos ellos es posible reconocer.

La primera contraposición se presentaba a raíz del concepto romano de la propiedad, en virtud del cual quien es dueño del suelo lo es, también, del espacio que se levanta sobre él y del subsuelo, es decir, "el propietario del suelo es dueño del cielo y del infierno". Tal concepción de la propiedad territorial no tenía excesivas consecuencias negativas en una época en que las necesidades de la minería no eran muy exigentes y en que la explotación era básicamente superficial. Sin embargo, el corolario natural de tan grande amplitud para la propiedad del suelo debía tener una grave limitación e impedimento para el progreso de una actividad que, con la expansión imperial, comenzó a advertirse como una fuente directa de riqueza y de poderío bélico de los pueblos.

La sabiduría romana paulatinamente revisó su ortodoxia, y reconoció la necesidad de extraer del derecho del titular del suelo su extensión sobre las minas: conservó su dominio sobre el subsuelo, pero no sobre las minas que en él se encontraren. Las minas se asignarían a los que mantuvieran interés por explotarlas y pagaran un impuesto en especie aplicado a los productos de ellas. En algunos casos, el derecho romano estableció, también, un impuesto o regalía a favor del propietario territorial.

El derecho español —que tanto en su vertiente peninsular como en la hispanoamericana es el antecedente indiscutible de nuestro sistema jurídico de minería— se preocupó, desde su primera legislación especial minera, de separar el dominio del suelo del que corresponde a las minas, y lo asignó al rey. Leyes posteriores fueron especificando los derechos de los particulares sobre las minas, y consagraron la facultad general de buscarlas y el derecho de explotarlas, incluso en terrenos públicos, aunque en un principio se reconoció el derecho del propietario del suelo a exigir su permiso.

Felipe II volvió por los fueros mineros, amagados por el requisito del permiso de los propietarios territoriales, y radicó todas las minas en la corona y estableció el derecho de todos los subditos a buscarlas, registrarlas y explotarlas de manera exclusiva y absoluta, con la sola condición de ampararlas con el trabajo. Las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno superaron la antinomia, que desprotegía al titular del suelo, y ordenó que fuera indemnizado cuando sufre perjuicios. Posteriormente, se reservó a éste la propiedad sobre las minas de carbón.

La misma corona se encargó de establecer que la conservación en su patrimonio de las minas que concedía a los particulares "no es a fin y efecto que Nos solos ni en nuestro solo nombre se busquen y descubran y beneficien las tales minas; antes es nuestra intención y voluntad que los nuestros subditos y naturales participen y hayan parte en las dichas minas y se ocupen en el descubrimiento y beneficio de ellas" porque "queremos y mandamos que las hayan y sean

suyas propias en posesión y propiedad y que puedan hacer y hagan en ellas como de cosa propia suya".

Esas leyes rigieron en América por expresas disposiciones reales. Pero el nuevo continente también produjo un conjunto de normas especiales para la minería, como las Ordenanzas de Nueva España, con vigencia expresa en el Reino de Chile desde 1785, cuya aplicación fue ratificada por la república en 1833. En estas ordenanzas se establece categóricamente que las minas son de propiedad de la corona, para concederlas a sus vasallos en los términos absolutos que el monarca había establecido y con la condición de poblarlas, o sea, de conservarlas en operación.

La preocupación por que la riqueza minera aprovechara a la comunidad se tradujo, en la legislación española, en la exigencia del pueblo, de mantenerlas en actividad, para que, aparte del trabajo que procuraban, beneficiaran al comercio, al erario, etcétera.

El Código Civil nacional ratificó en 1855 la clásica fórmula española, atribuyendo al Estado los derechos que antes fueron de la corona. Y cuando estableció que la propiedad de las minas es del Estado, lo hizo en contraposición expresa "del dominio de los particulares sobre la superficie de la tierra" para, en seguida, conceder a cualquiera persona las facultades de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar minas, de explotarlas y de disponer de ellas como dueños.

El primer código de minería, de 1874, se consideró, paradójicamente, favorable a la agricultura antes que a la minería, pues permitió registrar muy pocas sustancias minerales, reglamentó muy minuciosamente el cateo y mantuvo el amparo por el trabajo, lo que atentaba contra la seguridad de la conservación jurídica de la mina. El código de 1888 aumentó las sustancias de libre denunciabilidad y estableció el amparo por la patente, que ya habían dispuesto la ley española de 1868 y el código de Bolivia de 1882. Los códigos nacionales de 1930 y 1932 ampliaron aún más las sustancias que podían explorar y explotar los particulares, al establecer que toda sustancia fósil era susceptible de pertenencia, salvo contadas y expresas excepciones, y mejoraron el tradicional sistema de constitución de la propiedad minera, que el código de 1874 había alterado.

El principio español, recogido por el Código Civil, no sólo fue reiterado en los cuatro primeros códigos, sino que, además, desarrollado y expuesto, pues se dispuso que la pertenencia era una propiedad que la ley concedía, que su título era el acta de mensura inscrita, y que recaía en un inmueble distinto y separado del terreno superficial, aunque en ambas propiedades coincidiera un mismo dueño.

La convicción general entre los especialistas fue que esos cuatro códigos de minería habían descartado las tesis de la accesión a favor del dueño del suelo, de la simple ocupación, del dominio patrimonial aunque alienable del Estado, o de que las minas eran cosa de nadie, y que el sistema instituido era el del dominio eminente del

Estado, o radical —en la raíz, en el principio o en el origen del cual provenían los derechos de los particulares sobre las minas— como lo habían calificado las Ordenanzas de Nueva España, cuyo significado residía en otorgar un título a la autoridad pública que fuera útil para marginar la pretensión del dueño del suelo de adquirir las minas por el solo hecho de serlo, y que le permitiera patentizar la constitución de derechos privados. Se trataba de un dominio originario público, distinto del dominio originario que adquiría el primer constituyente, y del cual el Estado no se desprendía, a fin de justificar su imposición de amparar las minas y, eventualmente, volver a concederlas.

El análisis del derecho particular sobre las minas desde el punto de vista del derecho privado llevaba a la conclusión de que la concesión minera —pertenencia o propiedad minera— constituía en la ley una especie de propiedad especial, que participaba de casi todas las características del dominio civil común, pero en la cual se integraban algunas características peculiares.

Estos elementos propios de la propiedad privada de las minas podían resumirse en dos: nacía de concesión y era caducable.

Por tratarse de concesión, andando el tiempo, no faltaron quienes se esforzaron por entenderla administrativa, por considerar que la forma natural de expresar la voluntad estatal provenía de la administración. Sin embargo, es evidente que el Estado también se manifiesta por otros poderes, como el judicial, órgano público al cual las Ordenanzas de Toledo ya habían asignado la función de conceder las minas. El desarrollo del derecho administrativo publicitó en demasía el concepto de concesión como perteneciente sólo a esa disciplina jurídica, olvidando casi por completo que el derecho siempre había reconocido la concesión en propiedad. Este concepto *sui generis* está en el origen de muchas otras especies de dominio, pero subsistió más que nada respecto de las minas y en las mercedes de aguas, aunque tampoco deben olvidarse las mercedes de tierras.

La caducidad, igualmente, es una característica propia pero tampoco exclusiva de la propiedad minera. Incluso, la Constitución de 1925 la impuso a la propiedad sobre descubrimientos o producciones intelectuales. Ella consiste en una forma de extinguir el dominio que está preestablecida por el legislador, o sea, que es una amenaza que existe antes o al momento de adquirirse el derecho, porque está incorporada al título adquisitivo por causas originarias. La caducidad puede tener un carácter sancionatorio o común. La pérdida del derecho por incurrir en una causal de caducidad no constituye privación del dominio, razón por la cual no exige indemnización; si, en cambio, las causales que se invocaren para hacer cesar el derecho fueren establecidas por ley sobreviniente, se estaría ante una privación del dominio, para lo cual todas las constituciones nacionales han requerido de ley que autorice la expropiación e indemnización. El código minero pudo establecer la caducidad como sanción al desamparo porque la legislación hispanoamericana (Ordenan-

zas de Nueva España) ya había impuesto esa característica a la propiedad minera, de suerte que después sólo se mantuvo.

La opinión unánime sobre la consagración del dominio eminente no fue obstáculo para que, a cien años del Código Civil, comenzara a propiciarse por algunos que se reforzara el dominio del Estado, apoyándose, incluso, en algunas vacilaciones de la jurisprudencia, que todos consideraban erradas. Era una parte pequeña de los entendidos que más bien reaccionaba a la propiedad y utilidades de las empresas extranjeras en la gran minería del cobre.

En 1971, en menos de cinco meses de estudio, las Cámaras aprobaron una reforma constitucional, que ratificaron dos meses después, para dar origen a un conjunto de nuevas disposiciones fundamentales sobre la minería. Es indudable que el proyecto primitivo, el mensaje inicial, pretendía nacionalizar las empresas extranjeras del cobre, apropiándose de los derechos de uso, goce y disposición que ellas ostentaban sobre las grandes minas. Se escogió la vía constitucional para evitar toda discusión jurídica posterior sobre la validez y fuerza del acto legislativo y, sobre todo, porque los convenios que el gobierno anterior había suscrito con las mismas empresas se habían sustentado en facultades conferidas por normas especiales de una ley, por lo que aquéllos podían eventualmente estimarse intangibles, máxime si la "Corte Suprema, en uso de facultades que le son privativas, ha sentado reiteradamente la conclusión de que en Chile, cuando el legislador establece las bases o aprueba una forma de contratación determinada entre el Estado y los particulares, enajena sus poderes y no puede modificar unilateralmente los términos de la contratación" (mensaje con que se inició esa reforma).

Respecto de la pequeña y mediana minería, la inquietud de los autores iniciales de la reforma era menor y sólo se manifestaba ante la eventualidad de que con el tiempo pudieren erigirse en grandes. Más bien perseguían dar una mayor autonomía a la autoridad para modificar el sistema de amparo sin que estuviera limitado por la teoría de los derechos adquiridos.

Los antecedentes fidedignos de la historia del establecimiento de esa reforma constitucional demuestran el esfuerzo que se hizo para proteger al minero que no estaba comprendido en la nacionalización. Se habló de que la ley le asignaría un derecho real, inmueble, a veces, pero no mayoritariamente, de que sería administrativo, etcétera, pero se prefirió dejar las especificaciones al legislador, por cuanto en la Constitución sólo se estaban dando las bases de un derecho sui generis que no competía al constituyente precisar porque entonces era difícil y prematuro definirlo frente a la exigencia de consolidar las atribuciones del Estado y de asegurar la nacionalización que afectaba a otras muy determinadas minas.

En definitiva, la legislación que viniera a puntualizar los derechos mineros frente al Estado no se dictó.

A pesar de ello, el constituyente adoptó ciertos resguardos en relación a la construcción que en el futuro pudiese hacer el legisla-

dor: 1° El legislador debía proteger los derechos del concesionario y, en especial, sus facultades de defenderlos frente a terceros y de usar, gozar y disponer de ellos por acto entre vivos o por causa de muerte; 2° La injerencia de la autoridad administrativa sería susceptible de revisarse por los tribunales ordinarios de justicia; 3° Los requisitos de amparo debían establecerse por el legislador y no por la autoridad administrativa, y 4° Las modificaciones que se hicieran al amparo, por importar una caducidad fundada en causales sobrevinientes, debían ir acompañadas de un plazo legal que permitiera a los titulares cumplir los nuevos requisitos. Todos estos elementos no se contenían en el mensaje presidencial, de manera que el análisis constitucional no puede circunscribirse sólo a la intención de los que iniciaron la reforma, sino que debe intentar la interpretación de los autores todos, que son los que conforman el poder constituyente.

El texto constitucional aprobado en 1971 suscitó innumerables controversias y el consiguiente pesimismo de los mineros, que vieron amagada la estabilidad de su derecho ante la, en apariencias ostensible, categórica extensión del derecho estatal sobre las minas, en cuanto éste se definía ahora como un dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible. A los resguardos de los derechos privados —que la oposición había logrado introducir en la tramitación legislativa, principalmente en el Senado—, no se les atribuyó toda la importancia que revestían, por dos razones: primero, porque estaba por verse la legislación que los iba a concretar; y, segundo y principalmente, porque el impacto producido por la expropiación sin pago, como efectivamente fue la nacionalización, hacía temer que la corriente también alcanzara a propietarios menores, como ya había sucedido en la agricultura.

Defectuoso y poco sereno fueron el clima y el debate de entonces. Poco se reparó en que el constituyente no había aprobado sólo un inciso que atribuía un gran dominio al Estado, sino que, también, otros de protección a los derechos particulares, todo lo cual configuraba la reforma entera, la norma completa, y que ésta era la síntesis que se componía de varias proposiciones que no envolvían una unidad individualmente, sino en su conjunto. Así, el Estado era dueño, pero constitucionalmente, los particulares también eran dueños.

Este mismo criterio tuvo su punto crítico al aprobarse la Constitución de 1980, de cuyas normas mineras a veces se coligen conclusiones de análisis sólo aisladas e individuales de las distintas disposiciones que contiene. El análisis inciso por inciso tiene un indudable valor, pero se concluirá en un absurdo o en el error si se prescinde de la unidad que forman todos ellos en conjunto, incluso con las normas generales aplicables a toda especie de propiedad. Para efectos didácticos, es conveniente la explicación pormenorizada de cada disposición, pero la síntesis final es indispensable para concluir la voluntad del constituyente o del legislador.

El inciso sexto del número relativo a la propiedad privada, asegurada por la Constitución, es el que normalmente concita toda la atención, y casi impele al intérprete no habituado a paralogizarse en él. Este establece que "el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, ... no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas". Dos observaciones pueden destacarse: primero, los términos de absoluto, inalienable e imprescriptible con que se califica la propiedad estatal provienen de la ley que, en 1950, reservó el petróleo al Estado, lo que sucedió en una circunstancia en que no se afectaron derechos adquiridos, porque ya habían caducado por efecto de una ley de 1926; en segundo lugar, ese dominio del Estado es contrapuesto expresamente por la Constitución a la propiedad del suelo, que, como un imperativo secular, se adosaba subrepticamente a las minas, y que en 1855, 1874 y en adelante también se había tenido el cuidado de establecer, pero que en 1971 se omitió.

Aparte de encargarse a una ley orgánica constitucional el desarrollo y definición precisa de los derechos privados sobre las minas, los incisos séptimo y octavo establecen que las concesiones se constituirán judicialmente; que el amparo tenderá directa o indirectamente al cumplimiento de la obligación de realizar la actividad necesaria para satisfacer el interés público; que estarán sujetas a caducidad en caso de incumplimiento por causales ya previstas, y que compete a los tribunales ordinarios resolver las controversias que se produzcan. Para culminar, el inciso siguiente señaló que el titular de concesión minera tiene dominio de ella, el cual "está protegido por la garantía constitucional".

El inciso décimo volvió sobre los derechos del Estado y explicó la forma como éste podía actuar respecto de las minas que el legislador no autorizara constituir por los tribunales.

Lo sustancial que proporciona la síntesis radica en que, cualquiera que sea la doctrina por la que se opte para interpretar el dominio del Estado sobre las minas, ahora tan categóricamente calificado, existe para él una limitación que la misma norma radica en otro derecho, que es la concesión judicial, la cual recibe la protección de la garantía constitucional a la propiedad privada. La apreciación completa y unitaria de la norma fundamental concluirá que, cualesquiera que fueren las leyes y los códigos que se dicten, no podría, constitucionalmente, prescindirse de esa notable limitación a la propiedad estatal.

Con todo, hay cuatro aspectos más que explican el alcance de la potestad legislativa en materia de minas.

¿Podría el legislador haber establecido que no existirán sustancias concesibles o que ellas serán en reducido número, o en un número menor a las que ya estaban concedidas? Una disposición transitoria aclaró esta inquietud, y estableció que las concesiones anteriores subsistirán en la nueva legislación, sin perjuicio de que pudie-

ra establecer nuevas normas de extinción. Dado que la concesión está reducida al objeto "sustancia", su eliminación en una concesión, aunque subsistieran otras sustancias, importaría una disminución, una privación que el constituyente no quiso hacer. Esa disposición transitoria debe entenderse cumplida con la legislación minera dictada en 1982 y 1983.

Otra cuestión se refiere a si el legislador podría declarar no concesible una sustancia que actualmente sí lo es. La Constitución establece que corresponde a la ley determinar qué sustancias pueden ser objeto de concesiones, de manera que podría sostenerse la posibilidad legislativa de eliminar algunas de la calidad de concesibles. En realidad, el Estado, mediante el ejercicio de su función de establecer la ley, sí podría transformar una sustancia concesible en inconcesible, pero el efecto de esa declaración sería distinto en el caso de que exista concesión minera de aquella situación en que no la haya. Se presentan aquí dos instituciones jurídicas: el concepto de reserva a favor del Estado y el de privación.

La institución de la reserva, consagrada constitucionalmente por la reforma de 1967, no afecta los derechos adquiridos; la privación, en cambio, se refiere específicamente a éstos y sólo puede operar en virtud de ley que la autorice y mediando indemnización. Como nadie puede ser privado del bien sobre el que recae su propiedad —la sustancia mineral es el bien sobre el cual recae la concesión, el derecho de explotarla—, para que una declaración de no concesibilidad alcance a las concesiones ya constituidas, sería necesario expropiarlas, aunque fuere parcialmente. La posición de que la declaración de inconcesible sería una atribución que el Estado posee para recuperar un objeto que constitucionalmente es suyo, se encuentra con la limitación que la misma Constitución estableció en la concesión minera respecto de la propiedad estatal. En realidad, la declaración de inconcesible que pudiere afectar a una sustancia proviene de la atribución del legislador para impedir la adquisición de nuevas concesiones, no para eliminar la continuación de las existentes. La discusión, en todo caso, será práctica y tendrá valor cuando se trate de afectar sustancias que efectivamente interesan al concesionario.

Cabe plantear también si el régimen de amparo podría ser alterado por una nueva ley orgánica constitucional, y sobre cuál podría ser el criterio legislativo para proteger los derechos adquiridos.

Al igual que en la declaración de no concesibilidad, la potestad estatal tiene amplias posibilidades en materia de amparo y sólo está limitada para el legislador en cuanto a que un nuevo régimen que estatuya debe tender directa o indirectamente a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público. Respecto de las concesiones que se constituyan con posterioridad al establecimiento de un nuevo régimen de amparo, la norma que así se concrete no ofrecería controversia alguna. Distinto es el caso de que se pretenda afectar a las concesiones mineras ya constituidas.

Concerniente a una concesión vigente, la Constitución estable-

ce que su amparo contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento, pero que, en todo caso, tales causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión. Dado que el incumplimiento del nuevo régimen de amparo ocasiona la extinción del derecho por causales establecidas por ley sobreviniente, el acto legislativo de esta naturaleza será objetable por inconstitucional y, no obstante haber salvado un control previo y general del Tribunal Constitucional, sería susceptible de inaplicabilidad por la Corte Suprema.

Es cierto que la experiencia nacional señala varias modificaciones al régimen de amparo. En 1888 se sustituyó el amparo por el trabajo y se estableció el de patente; en 1926 se hizo caducar las escasas concesiones petroleras porque no pudieron cumplir un amparo nuevo y especial; y en 1971 y 1980, se autorizó al legislador para modificarlo. Pero siempre se encargó al legislador que estableciera un plazo para no dañar los intereses del minero e, incluso, la primera alteración se adoptó con el claro propósito de estabilizar los derechos privados.

En relación con la posibilidad de afectar extintivamente los derechos mineros se encuentra la posibilidad de expropiarlos. Esta posibilidad emana de la Constitución, no de la ley orgánica, la cual no ha autorizado su expropiación, sino que sólo ha regulado la forma como el juez se asesorará para determinar el valor de la indemnización en caso de controversia en una expropiación que, eventualmente, pudiere autorizarse. La referencia a la materia era aconsejada por la propia Constitución, que estableció que los derechos del concesionario minero estarían estatuidos en esa ley. Aunque es jurídicamente obvio que uno de los derechos del concesionario es el de ser indemnizado en caso de expropiación, convenía especificarlo en la ley, de manera general por lo demás, porque algunos no se explicaban que hubiere que indemnizar un derecho caducable y que recaer en bienes que también son del Estado.

En realidad, la mina también es objeto de la concesión privada y su privación está sancionada con indemnización por la Constitución. Entonces, era necesario explicar, además, que las facultades que otorga el derecho de concesión no se tienen para ejercerlas mientras la concesión no se expropie, sino que para mientras la concesión dure. Y la duración, al ser indeterminada, sólo va a depender del cumplimiento del amparo. Si éste se ha cumplido, la expropiación debe llevar indemnización por la interrupción definitiva de un derecho patrimonial adquirido. La misma conclusión es válida para el caso de expropiación de un derecho que estuviere sujeto a plazo, pues el acto expropiatorio viene a privar de un derecho que, en tanto el amparo se cumpla y el plazo no venza, existe en el patrimonio de su titular.

Las consideraciones anteriores afirman dos cualidades básicas de la propiedad minera y que han pugnado por mantenerse constantes en diferentes épocas.

La primera apunta a que siempre el derecho ha procurado un estatuto para el minero que compatibilice su actividad con la propiedad territorial. Esta preocupación no es un antecedente meramente histórico, cuya superación por una perseverante legislación permita sostener que es una cuestión tan zanjada que no merezca destacarse más que en una leve referencia introductoria al amplio tema minero. La vigencia de esta nota característica cobra hoy fundamental importancia, porque la Constitución ha explicado expresamente que el derecho estatal sobre las minas es una contraposición a un eventual derecho de los propietarios territoriales; y, por consiguiente, esa fundamentación que el constituyente hizo resalta como elemento significativo para interpretar la propiedad del Estado.

Otra cualidad del sistema de propiedad minera es que éste intenta responder a una inquietud jurídico-política, que entrañan diversas reformas, y que siempre se ha traducido en el cuidado de fortalecer los derechos privados, de protegerlos frente a la eventual arbitrariedad administrativa, cualquiera que sea el calificativo que se asigne a la propiedad del Estado para justificar medidas concretas. Todo esfuerzo ideológico por estatizar de manera global la actividad minera ha culminado siempre por reconocer a los particulares la opción general para explotar las minas.