

NATURALEZA JURIDICA DEL DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS Y DE LA CONCESION MINERA EN LA CONSTITUCION DE 1980*

Jorge E. Precht Pizarro
Profesor de Derecho Administrativo

Síntesis: El estudio realiza un análisis comparativo entre los diversos proyectos que antecedieron al texto definitivo de la Constitución de 1980 para centrarse en los problemas interpretativos a que da lugar su art. 19, Nº 24, en relación a la propiedad minera. A continuación critica la interpretación que da el Informe Técnico que precede a la Ley Orgánica de Concesiones Mineras y las omisiones que contiene dicha Ley frente al dominio del Estado sobre las minas y la concesión minera. Una tercera parte propone una interpretación diferente de los textos constitucionales y analiza el impacto de esta interpretación en la Ley Orgánica y en el Código de Minería promulgado en 1983. Una última parte estudia la situación de los poderes de policía minera en el nuevo contexto constitucional.

I PARTE

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS DIVERSOS PROYECTOS Y DEL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El sistema jurídico chileno de la propiedad minera consta de dos aspectos íntimamente trabados: el del dominio del Estado sobre todas las minas y el de la concesión minera, sea de exploración o de explotación.

Como se recordará, el art. 591 del Código Civil estableció el “dominio eminente” o “alto dominio” del Estado sobre las minas. Este concepto tradicional en el derecho español puede definirse de acuerdo al Diccionario de la Real Academia como “facultad inherente a la soberanía para guardar en su territorio la causa pública en relación con los derechos de propiedad privada” (quinta acepción).

El Código de Minería reconocía al particular una “propiedad especial minera” en su art. 1º: “El Estado es dueño de todas las minas de oro,

* En este número de la *Revista Chilena de Derecho* se publica la primera y segunda parte del texto íntegro de la ponencia del profesor Precht en las Jornadas Chilenas de Derecho Público, 24-26 de noviembre de 1983. La tercera y cuarta parte, actualizadas con los aportes al 15 de enero de 1984, serán publicadas en nuestro próximo número.

plata, azogue, estaño, piedras preciosas y demás substancias fósiles . . . pero se *concede* a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y *la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el presente Código*".

Salta de inmediato a la vista aquello de "conceder a los particulares" y aquello de "disponer de ellas como dueños".

No es un problema único en la legislación minera comparada. En efecto, en España se planteó un problema similar, por la concordancia entre el art. 1º de la Ley de Minas de 19 de febrero de 1944 que afirma: "estas substancias son *bienes de la Nación*, que el Estado podrá explotar directamente o ceder su explotación . . .", con lo cual resaltaba la calidad de concesionarios de los particulares, con el art. 399, 2º del Código Civil Español, que considera de dominio del Estado las minas "mientras se otorgue la concesión", lo que daba a pensar que una vez concedidas, pasaban a ser de propiedad privada.

No es del caso entrar aquí de lleno a los problemas interpretativos a que dio lugar en Chile el análisis del art. 591 de su Código Civil y 1º del Código de Minería de 1932. Digamos simplemente que la mayoría de la doctrina lo interpretó en la línea que enunciarnos: *Dominio eminente del Estado - propiedad "especial" minera del particular*.

(Véase, por ejemplo: Uribe Herrera, Armando: *Manual de Derecho de Minería*, Jurídica de Chile, 1960). La especialidad de esta propiedad del particular radicaba en el carácter de inmueble de la pertenencia (art. 71 Código de Minería, 1932), en su carácter condicional, en ser físicamente indivisible, en su inembargabilidad y en no ser perpetua. Estas características especiales, en buena medida, derivaban de las condiciones establecidas en el amparo minero.

Como dice la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política en su Documento "Proposiciones e Ideas Precisas para la Nueva Constitución", de fecha 16 de agosto de 1978: "El sistema anterior de la propiedad minera vigente hasta la reforma de 1971 nunca dio origen a dificultades de importancia en su aplicación práctica y, antes bien, constituyó un marco legal que dio las garantías necesarias para que dentro de él se desarrollaran y desarrollaran normalmente las actividades mineras" (texto en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8, enero-diciembre, 1981, p. 218).

* * *

Por la reforma constitucional contenida en la ley 17.450 de 16 de julio de 1971 se estableció un nuevo sistema de propiedad minera.

Se reconoce un "dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles con excepción de las arenas superficiales". Este dominio se entendió como *dominio patrimonial* y así lo puso de manifiesto desde el primer momento el Mensaje con que el Presidente de la República envió al Parlamento el proyecto de Reforma Constitucional. "Es necesario dejar establecida clara y definitivamente que el Derecho que el Estado tiene sobre las minas, covaderas... *es un perfecto derecho de propiedad o dominio con todas las características de la esencia y la naturaleza del mismo, de modo que los particulares no han podido adquirir sobre esos bienes sino los derechos específicos comprendidos en los términos de la respectiva concesión*".

Como se sabe, la reforma en referencia entregó a la ley la regulación de estas materias y reforzó constitucionalmente a la concesión contra el arbitrario de la autoridad administrativa al disponer: "En aquellas cuestiones sobre otorgamiento, ejercicio o extinción de las concesiones que la ley entregue a la resolución de la autoridad administrativa, *entre las cuales no podrán estar las que se refieren a la fijación de los requisitos de amparo*, habrá siempre lugar a reclamo ante los tribunales ordinarios de justicia".

El sistema de propiedad minera era jurídicamente coherente: *Propiedad civil o patrimonial del Estado — concesión administrativa otorgada por la Administración, regulada por la Constitución y la ley y protegida por los tribunales ordinarios de justicia*.

La reforma de 1971, además, afirmó en su disposición transitoria 16 que los titulares de los derechos mineros seguirían regidos, *en calidad de concesionarios*, por el Código de Minería de 1932.

* * *

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política en su Anteproyecto cambia el sistema y establece *un dominio eminente* del Estado sobre todas las minas existentes en el territorio nacional, con la sola excepción de las arcillas superficiales, las cuales quedan comprendidas dentro del dominio del particular sobre la superficie del suelo y *otorga al descubridor la propiedad sobre los yacimientos minerales*, con los atributos que para este derecho establece la ley y con la protección constitucional que ampara a toda propiedad.

Vale la pena analizar los textos del anteproyecto:

Art. 19, N° 23: "El Estado tiene *el dominio eminente* de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante el dominio de las per-

sonas naturales o jurídicas sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas”.

Si se le compara con el texto de la Constitución de 1925 tras la reforma de 1971, el anteproyecto cambia el sistema al del dominio eminente y precisa mejor y a nivel constitucional los derechos del propietario del terreno superficial. Pero al pretender mantener la redacción del Código Civil cae en una impropiedad de lenguaje. En efecto, resulta pintoresco y revela la celeridad del proceso constitucional hablar de “covaderas, arenas meta-líferas, salares “que se encuentran en” entrañas de terrenos”. Estas “entrañas superficiales” pasarán a la redacción del Proyecto del Consejo de Estado y al propio texto de la Constitución de 1980, lo que revela lo lejos que estamos de Andrés Bello. Lógicamente también se encuentran en el art. 1º del recientemente promulgado Código de Minería. Agréguese a esto, que finalmente el número 24 del artículo 19 definitivo de la Constitución establece como no susceptible de concesión: “los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional”.

Lo que motiva el acertado comentario del profesor Crisólogo Bustos: “Un ejemplo notable del desconocimiento de instituciones fundamentales del Derecho Internacional Público, lo encontramos en la Constitución de 1980 que alude a la insólita existencia de lo que podríamos denominar “yacimientos mineros flotantes”.

(Véase para un comentario adicional: Crisólogo Bustos Valderrama: “La recepción del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional Chileno”. Ponencia, Jornadas de Derecho Público. Comisión de Derecho Internacional Público, 25 de noviembre de 1983, p. 1).

El texto del anteproyecto señala que el particular “se hace dueño de las minas que descubra, siempre que cumpla con los requisitos y conforme a las reglas que establezca en la ley”, hablando específicamente de *propiedad minera*.

Me interesa resaltar en el anteproyecto tres aspectos, en referencia al tema en estudio:

1. “El derecho de exploración y la propiedad minera se constituirán por resolución judicial, a menos que la ley, por razones de seguridad, establezca otro procedimiento”.
2. “La propiedad minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer la función social del dominio”. Esta norma estaba contenida en la Reforma de 1971 al señalar que la *ley determinará* . . . la actividad que los concesionarios deberán desarrollar en interés de la colectividad para *merecer* amparo y garantías legales”.

Es evidente que el anteproyecto cambia el sentido y la gravedad de la norma, ya que en 1971 se vinculaba abiertamente el otorgamiento y la caducidad de la concesión a una actividad minera determinada por la ley, es decir, al sistema de amparo por el trabajo.

La norma del anteproyecto, en cambio, señala que debe efectuar el propietario minero una *actividad compatible* con la función social de *toda* propiedad, no excluyendo la posibilidad de establecer sistemas de amparo por el trabajo.

La función social comprende en el anteproyecto “cuanto exijan los intereses generales del Estado, la seguridad nacional y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes de energía productiva para el servicio de la colectividad y las condiciones de vida del común de los habitantes”.

Afirmo, entonces, que se trataba de una actividad compatible con la función social de cualquier clase de propiedad, una relación de no-contradicción.

Ello se ve resaltado porque en el art. 19, N° 23, inicial del anteproyecto se habla de “limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social”.

Queda finalmente claro en el anteproyecto que *sólo la ley* (y no “la ley —lo cual no era excluyente— como en 1971) podría establecer limitaciones y obligaciones que permitan asegurar la función social, lo cual ha quedado además relacionado con la igualdad en el trato en materia económica que deben dar el Estado y sus organismos a los particulares.

De allí que el anteproyecto concluía que “el régimen de amparo de la propiedad minera será establecido por la ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y *podrá* contemplar causales de caducidad y de simple extinción del dominio”.

Véase así que el régimen de amparo es dejado a la decisión del legislador porque puede ser de amparo por la patente o por el trabajo o mixto, es decir, cualquier sistema que a juicio del legislador sea compatible con la función social que como todo propietario también tiene el propietario minero. Incluso más; es absolutamente facultativo del legislador el contemplar o no causales de caducidad o de simple extinción del dominio. Ello es perfectamente lógico porque el explotador es un propietario y no necesariamente el no cumplimiento de una de esas obligaciones, que derivan de hacer compatible el ejercicio de la propiedad con la función social, debe traer consigo una caducidad o simple extinción del dominio.

El anteproyecto dispone, además, que “En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de constituirse el título”, con lo cual el propietario minero queda advertido de las obligaciones que

pesan sobre su propiedad —que no son otras que las de la función social del dominio— y además resguardado frente al riesgo de cambios legislativos.

(Véase al respecto Jorge Precht: *Fundamento teórico de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad en razón del interés público*, Editorial Jurídica de Chile, 1968).

3. Como si estas seguridades no bastasen, se entrega a los Tribunales Ordinarios de Justicia el conocimiento de las controversias que se produzcan con respecto de la extinción del dominio minero y se confiere al afectado, en caso de caducidad del dominio, el poder requerir de aquellos tribunales, la declaración de subsistencia de su dominio.

Así, el anteproyecto que sale de manos de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución es jurídicamente coherente y significa, frente al sistema de 1971, un reemplazo global. La Comisión concluye que ha estructurado “El régimen jurídico que, resguardando el interés nacional, mejor propende al desarrollo de la minería”.

* * *

En el Consejo de Estado, este sistema *Dominio eminente del Estado - propiedad privada minera* es levemente retocado y a mi juicio mejorado dentro de la filosofía social y económica que lo inspira.

- Se introduce de nuevo el concepto de *dominio absoluto*: “Con todo, se reserva al Estado el dominio absoluto de los hidrocarburos líquidos y gaseosos, sin perjuicio de los contratos de operación que se celebren en conformidad a la ley”.
- El Consejo de Estado mantiene también la idea de que “la propiedad minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer la función social del dominio”. Pero altera el concepto de función social, acentuando la idea de que la función social no exige tanto prestaciones positivas, como impone limitaciones, restricciones, obligaciones al ejercicio del dominio.

Ello es perfectamente compatible con la *eliminación en 1980 de la idea de Estado Social de Derecho* en cuya órbita estaba la Constitución de 1925 después de las reformas de 1971 (recordemos que la definición de función social tomada por el anteproyecto viene a la letra de la redacción de las reformas de 1971). (Compárese, por ejemplo, el art. 1º de la Constitución de 1980 con el art. 10, Nº 17, inciso primero, agregado a la Constitución por la Reforma aprobada por Ley 17.398, de 9 de enero de 1971). Por el contrario, José Luis Cea sostiene que la Constitución de 1980 podría conducir al Estado Social de Derecho, expresión de la Democracia

Social: "En los artículos 6° y 7° de la Nueva Constitución se condensa el modelo doctrinario del Estado Formal de Derecho. La realización del plexo de valores presente, de preferencia en los artículos 1° y 19 de ella, puede transformar ese modelo, después de la transición, en otro identificable, además, con el Estado Material de Derecho"... "La Democracia Social, sin embargo, no existe por virtud de las cláusulas constitucionales que, en el caso chileno, imperfectamente la proclaman, *situándola en el umbral de su materialización*". (J. L. Cea: Garantías Constitucionales en el Estado Social de Derecho, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 10, N° 1, abril, 1983, pp. 7 y 14).

La debilidad de esta postura es la no consideración de lo alcanzado ya en 1971 en la consagración jurídica de un Estado Social de Derecho y el que la interpretación de los artículos 1° y 19 de la Constitución de 1980 no puede hacerse dejando de lado la proyección práctica en la misma Constitución de los principios económicosociales del neoliberalismo.

En el caso de la política minera si bien en un primer momento se avanzó en el sentido de una política social y nacionalista, el impacto de las corrientes neoliberales desarticuló todo intento de plasmar esa política en textos constitucionales, a lo menos de una manera orgánica y coherente.

El sentido general de la reforma fue el del libre mercado y la no injerencia estatal. Ello está claramente mostrado recientemente por el actual Ministro de Minería al criticar a los críticos: "Mi total rechazo a estas críticas no me impide reconocer que existen personas que no están de acuerdo con algunas de las leyes que ha dictado este gobierno. Ello ocurre más a menudo con quienes tienen un pensamiento socialista o sienten afinidad con él" (*Las Últimas Noticias*, viernes 11 de noviembre de 1983).

De una manera armónica con la filosofía liberal que inspira en gran medida el orden público económico creado por la Constitución de 1980, el Consejo de Estado va a eliminar algunos conceptos de la idea de función social de la propiedad, a saber: Cambió la palabra Estado por Nación en aquello de "intereses generales del Estado", y eliminó "el mejor aprovechamiento de las fuentes de energía productiva para el servicio de la colectividad y las condiciones de vida del común de los habitantes", agregando "la conservación del patrimonio ambiental".

Este proceso de ajuste de la idea de "función social" a una concepción económica liberal, se inició en el seno de la Comisión, ya que el art. 10, N° 10 de la Reforma de 1971, señalaba: "La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que *permitan asegurar* su función social y *hacerla accesible a todos*".

La Comisión Ortúzar cambió el verbo "asegurar" por "derivar" y eliminó la frase "hacerla accesible a todos". Además agregó la idea de *esencia del*

derecho. Dice la Comisión en Proposiciones e Ideas precisas: “Las restricciones y obligaciones que la normativa constitucional permite establecer al legislador en razón de los intereses superiores señalados, no dan lugar, por cierto, a indemnización alguna, pero siempre que ellas no afecten *la esencia del derecho*, y no importan privar a su titular de alguno de los atributos del dominio, pues ello sólo podría tener lugar a través de la expropiación. Lo dicho guarda armonía con otro precepto del anteproyecto al que nos referiremos más adelante, y que establece que las leyes que interpreten, regulen o complementen las garantías que la Constitución asegura, o que las limiten en los casos en que ella lo autorice, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (*texto citado*, p. 214).

En esta misma orientación, el Consejo de Estado va a eliminar todo equívoco, pues teme lo mismo que temió la Comisión: “La disposición constitucional anterior permitía que las limitaciones y obligaciones a la propiedad tuvieran por objeto hacerla accesible a todos, *concepto que, contenido en la preceptiva del derecho de dominio adquirido resultaba profundamente equívoco*, ya que hasta permitía sostener que podía privarse a una persona de todo o parte de su derecho para hacer accesible la propiedad a los demás”. Por ello elimina que la función social implica “el mejor aprovechamiento de las fuentes de energía productiva para el servicio de la colectividad y las condiciones de vida del común de los habitantes”.

Pero, para hacer más precisa su posición el Consejo de Estado no hablará ya —como la Comisión— de “obligaciones y limitaciones que permitan asegurar su función social”, sino sólo de “obligaciones y limitaciones que *deriven* de su función social”.

Así, es en un sentido aún más restringido que debe interpretarse la disposición que “la propiedad minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer la función social del dominio”, tal como la entiende el Consejo de Estado.

Es, pues, también un sistema claro y coherente el que sale de manos del Consejo de Estado.

* * *

No sucede lo mismo con el texto definitivamente promulgado de la Constitución de 1980. En el seno de la Junta de Gobierno los incisos referentes al dominio del Estado sobre las minas y el de los derechos del particular como propiedad son cambiados. La vertiente filosófica e ideológica de donde proceden estos cambios se emparenta más con los de la reforma de 1971 que con los proyectos presentados. Se conservan los

derechos del particular como concesionario, con una nueva regulación jurídica de la concesión que refuerza la posición del concesionario, protegido en sus derechos por la garantía del derecho de propiedad.

Sabemos cuáles son estos cambios:

- 1° “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable, e imprescriptible de todas las minas” y no ya “El Estado tiene el dominio eminente”.
- 2° Desaparece la propiedad minera del particular y lo que ahora se constituye por resolución judicial, son las concesiones de explotación y exploración, que conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que exprese una ley orgánica constitucional.
- 3° “La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento” y no ya “la propiedad minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer la función social del dominio”.
- 4° El régimen de amparo será establecido por la ley orgánica constitucional y tenderá, directa o indirectamente, a obtener el cumplimiento de la obligación antedicha y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidas al momento de otorgarse la concesión.

La dificultad de interpretar los nuevos textos introducidos es evidente. El sistema del dominio eminente —propiedad minera, tradicional en Chile— es herido de muerte. Pero a mi juicio no lo reemplaza un sistema jurídico armónico, como en 1971, sino un conjunto de disposiciones difícilmente compatibles entre sí y aparentemente contradictorias.

Agréguese a ello que no poseemos una historia fidedigna de la Constitución en esta parte vital, puesto que no provienen estos incisos ni del trabajo de la Comisión, ni del Consejo de Estado —de los cuales hay informes y actas—, sino de la influencia de actores políticos en la voluntad de la Junta de Gobierno, dominio de estudio del cientista político, pero ámbito ante el cual el jurista se detiene.

Con todo, es preciso recordar las líneas políticas que la propia Junta de Gobierno señalaba en 1974 con respecto al cobre y la minería en general, con la firma de los generales A. Pinochet, José T. Merino, Gustavo Leigh y César Mendoza:

- “Programar la prospección del territorio nacional para hacer permanente la búsqueda de yacimientos minerales cuya explotación convenga al interés nacional”.

- "Legalizar la expropiación de aquellas minas declaradas y no explotadas en un lapso superior a cinco años, pese a que se encuentren al día en su tributación al Estado".
- "La explotación cabal de los minerales exige su refinación en el país; ello obliga a la construcción de la infraestructura adecuada y a la adquisición de las técnicas necesarias. La obtención de ambos elementos debe planificarse a mediano y largo plazo, considerando el desarrollo de fuentes energéticas para apoyarlas" . . . (*Líneas de Acción de la Junta de Gobierno de Chile*, p. 26, Empresa Editora Nacional Gabriela Mistral, 1974). El segundo punto de este documento que citamos es plenamente concordante en su intencionalidad con el párrafo introducido en el seno de la Junta: "La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento", pero no así con lo que quedó del proyecto del Consejo de Estado. Este abrupto cambio ideológico es resaltado justamente por un historiador connotado: "El modelo económico ultraliberal que ha inspirado ya otras decisiones fundamentales del Gobierno, precipita ahora la vigencia de una legislación minera que significará una nueva negación de las esperanzas surgidas el 11 de septiembre". El nacionalismo y el respeto a la tradición, inicialmente proclamados, han sido destruidos por una aplanadora "revolución desde arriba" de inspiración teórica norteamericana, que hace hoy irreconocible el ideario primero. Chicago ha sido el real enemigo interior del 11 de Septiembre". (Mario Góngora: Concesión Plena, Cartas al Director, *El Mercurio*, domingo 13 de noviembre de 1983).

CONCLUSIÓN DE LA PRIMERA PARTE: Un estudio comparativo de los textos del Código de Minería de 1932, la Ley de Reforma Constitucional de 16 de julio de 1971, el anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, el Consejo de Estado y el texto Constitucional de 1980, muestra que el país evolucionó desde el régimen de propiedad eminente del Estado —propiedad especial minera, a un sistema de propiedad patrimonial del Estado— concesión minera precaria y finalmente a un sistema híbrido en 1980.

Este sistema de 1980 incluye la idea del dominio del Estado sobre las minas en idénticos términos que en 1971, y a la par la idea de una concesión minera reforzada en su protección y la obligación del dueño de la concesión a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento.

No constituye la Constitución de 1980 un sistema jurídico armónico, sino un conjunto de disposiciones difícilmente compatibles entre sí y aparentemente contradictorias.

Corresponderá, entonces, a la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras buscar una armonización jurídica y a la doctrina explicar el sentido de la interpretación del texto Constitucional.

Pero es evidente que la base de sustentación de todo este edificio jurídico es débil y su calidad ante la ciencia jurídica deficiente y se presta a que diversos actores políticos la vean con una red de lectura diferente, bajo el prisma de su respectiva ideología.

Un principio filosófico elemental y un adagio jurídico pueden ilustrar mi conclusión de esta primera parte.

Sea el principio filosófico de Aristóteles y el de Santo Tomás de Aquino: "Parvus error in principio, magnus est in fine" (Arist. I Caeli et Mundi, text. 33 — St. Th. Aq. Prooemium De Ente et Essentia). "Un pequeño error en el principio es grande al final".

Sea el adagio jurídico: "Patere legem quam faecisti": "Sufre la ley que has creado".

Las élites dirigentes del país, pues, se han mostrado dramáticamente inhábiles para crear un marco jurídico claro, armónico y seguro para la inversión y desarrollo de su principal riqueza, exceptuados sus hombres.

II PARTE

LAS INTERPRETACIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980 EN LO REFERENTE AL DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS Y LA CONCESIÓN MINERA.

SU CRÍTICA

Conocemos sólo un estudio sistemático acerca de estas materias. Es el "Informe Técnico: Fundamento del Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras" del ex Ministro de Minería José Piñera Echenique. El informe se contiene en el libro: "Legislación Minera. Fundamento de la Ley Orgánica Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, abril de 1982. Con posterioridad el Ministro Piñera defenderá su gestión en el artículo "Ley Minera. Llave para el Desarrollo de Chile" en *Economía y Sociedad*, segunda época, N° 1, mayo de 1982, pp. 7 a 16.

Eduardo Uribe nos entregó un artículo: "La Minería, el Código y sus leyes" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 1, del tomo LXXVIII, enero-abril, 1981, pp. 49-54, previo a la dictación de la Ley Orgánica Constitucional.

El actual Ministro de Minería, Samuel Lira Ovalle se pronuncia sobre el tema en su discurso de Inauguración del Año Académico de 1983 en la Universidad Católica de Chile: "Industria Minera y Nueva Legislación" en *Revista Chilena de Derecho*, enero-abril de 1983.

En estos autores el malestar, creado por la introducción de estos incisos (dominio del Estado – actividad necesaria del concesionario), es evidente.

José Piñera señala “no importaba tanto la discusión juricista del tipo de dominio que tenía el Estado entre las dos alternativas históricas (dominio patrimonial – dominio eminente) que se habían discutido tan infructuosa como largamente, sino más bien la fortaleza del derecho de concesión que la Constitución había establecido, entregando su desarrollo a una ley orgánica” (*artículo citado*, p. 12).

El profesor Samuel Lira es particularmente cauto al respecto. Señala que este dominio “es un dominio sui géneris que constituye una especie de tuición sobre la riqueza minera y específicamente sobre la compuesta por sustancias susceptibles de concesión” (*discurso citado*).

Esta tuición general no es precisada por el señor Lira, sino para afirmar que no se trata de propiedad patrimonial o civil.

El profesor Eduardo Uribe se inclina por entenderlo, por el contrario, como dominio patrimonial y llama a calmar los espíritus: “Nada se sabe –dice en agosto de 1981– del Código de Minería que tendremos después de dictado el nuevo precepto de la Constitución Política en vigencia y en el que se estableció que el Estado tiene el dominio de las minas, precepto pleonástico que se acompañó de cuatro adjetivos, tal vez innecesarios. No era menester poner tanto vigor y gracia, como dice el Diccionario de la Lengua, *para consagrar el principio del dominio patrimonial del Estado* sobre las minas, dejando de lado la teoría del dominio radical u originario en que se inspira el actual Código y que es lo que ha provocado inusitada y artificial incertidumbre y equívoca alarma. Habría bastado con decir, simplemente, tiene el dominio de las minas”.

“No hay lugar para que ahora se analice ese pleonismo, en que también incurrió la Constitución del 25 reformada, y que puede originar inconvenientes. Por ejemplo, la “inalienabilidad” en el campo internacional, nos obliga a cavilar.

“Pero si vamos al fondo del asunto el cambio no autoriza para crear trastorno alguno, ni puede abrir camino a ninguna interpretación estra-falaria... Se trata tan sólo de un rasgo teórico, de un esclarecimiento si se quisiera, filosófico, pero no de efectos estructurales” (*artículo citado*, p. 50).

Este embarazoso dominio del Estado sobre todas las minas no tiene así sino una substancia etérea. Si así fuera, uno estaría llano a subscribir la tesis de Radomiro Tomić que califica a este dominio estatal como “un volador de luces, una mera ilusión óptica, sin contenido alguno” (*artículo: ¿Por qué es inaceptable la nueva Ley Minera? en Política y Espíritu* N° 360, septiembre-octubre, 1983, p. 43).

Es, así, imperioso entrar al estudio de este dominio del Estado que la Constitución de 1980 calificara con los mismos términos que la reforma de 1971, como lo reconoce Eduardo Uribe.

Esta calificación es consciente y voluntaria, hay pleno conocimiento y consentimiento del Poder Constituyente, no es el fruto de una inadvertencia o un exceso de verbalismo.

La Junta de Gobierno hace —como vimos— esta introducción contra el proyecto que se le había presentado.

Un político puede lamentar o aplaudir estas disposiciones; un ideólogo puede descalificarlas, ensalzarlas o esconderlas, pero un jurista debe interpretarlas, insertándolas armónicamente en el conjunto.

Es necesario, entonces, encontrar a estas expresiones *un cauce jurídico*.

De esto la Comisión Ortúzar fue consciente y ésta fue una de las razones por las que prefirió alterar el texto de 1971 y reemplazarlo por la tesis del dominio eminente.

En efecto, José María Eyzaguirre dice en *Actas Oficiales de la Comisión Preparatoria para el Estudio de la Nueva Constitución* (en adelante *Actas*), en su sesión 171 de 4 de diciembre de 1975, p. 4: “A la larga los juristas van a buscar una interpretación, porque aquel dominio amplio, absoluto, imprescriptible e inalienable *tiene que manifestarse de alguna manera y resulta que es un derecho que ni siquiera autoriza para explotar*. Desde luego, no para disponer, porque el Estado no podría disponer minas a otra entidad, no lo puede hacer de acuerdo con el texto constitucional. El particular tendría derecho a hacerse dueño por una resolución que no emana del dueño, que no emana del Estado, sino por la resolución judicial, de los productos de la mina. Es decir, expresa, aquí hay una clara contradicción entre dos derechos y esa contradicción a la larga encontrará un cauce jurídico que obligará a explicarla, ya sea por la vía de la doctrina o en cualquiera otra forma, y *así disminuirá el derecho del descubridor*”.

Es por ello que señalamos que dominio eminente-propiedad especial minera o dominio patrimonial-concesión otorgada por la Administración son sistemas jurídicamente coherentes. *La coherencia jurídica de dominio del Estado sobre las minas y concesión judicial minera es lo que está en juego y que debe ser explicado en el sistema de la Constitución de 1980*.

En general, numerosos autores tienden a desacreditar el debate sobre la naturaleza jurídica de este derecho del Estado sobre las minas: irrelevante (Piñera), filosófico-teórica (Uribe), académica (Carlos Ruiz Bourgeois: *Actas*, sesión 171, 4 de diciembre de 1975, p. 4), discusión un poco romántica (E. Ortúzar: *Actas*, sesión 173, 11 de diciembre de 1975, p. 10)

Pero en la Comisión primó la idea de *zanjar esta cuestión*, resaltada por Jorge Ovalle de una manera pertinaz (*Actas*, sesión 172, 9 de diciembre

de 1975, p. 7, *Actas*, sesión 173, 11 de diciembre de 1975, p. 13) y acompañado en ello por Gustavo Lorca (*ibidem*, p. 14), Juan Luis Ossa (*ibidem*, Sergio Diez, sesión 174, 16 de diciembre de 1975, p. 9), Jaime Guzmán (*ibidem*, p. 16), Samuel Lira (*ibidem*, p. 25), los que configurarán con Alejandro Silva y finalmente con Carlos Ruiz el proyecto que llega a la Junta de Gobierno.

Por el contrario, Enrique Evans apoyó la tesis dominio patrimonial-concesión protegida y se abstiene en la votación final.

* * *

No es extraña la actitud del profesor Enrique Evans, si se rastrea el origen de esta denominación del dominio del Estado sobre las minas: absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible, la cual es defendida por Carlos Ruiz y en cierto modo por Pedro J. Rodríguez.

El texto provino de un informe de la Comisión Asesora del Ministro de Minería, Eduardo Simián, y es aprobado por unanimidad por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en su sesión de 13 de abril de 1966. En dicha sesión y en dicha comisión asesora participan los profesores Carlos Ruiz Bourgeois y Gonzalo Figueroa Tagle, y el Sr. Enrique Evans, como Subsecretario de Justicia, siendo Ministro del ramo, Pedro J. Rodríguez.

Es entonces que puede fehacientemente atribuirse la autoría de esta calificación del dominio del Estado sobre las minas a los señores Ruiz y Figueroa Tagle (Véase Enrique Evans: *Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 1967, p. 220 y ss).

Así, lo que sostiene el profesor Evans en 1975 es coherente con su posición de 1966.

Curiosamente, como sabemos, la postura de E. Evans, rechazada en la Comisión Ortúzar, llega a ser finalmente el texto aprobado por la Constitución en 1980.

El propio profesor Evans adelantó en *Actas* esa posibilidad: "Sobre esta materia no se conoce el planteamiento de las autoridades —dice Evans— y teme encontrarse con la sorpresa de que el Ejecutivo no sólo sea partidario de que el Estado sea dueño de todas las minas —tesis del dominio radical o eminente—, sino que no quiera innovar por motivo alguno respecto del precepto de que el Estado es dueño absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, sin perjuicio de rodear a los propietarios de las máximas garantías" (*Actas*, sesión N° 175, 18 de diciembre de 1975, p. 21).

Que esa era ya en 1975 la idea de los mandos militares se deduce de una intervención del propio Enrique Ortúzar: "Añade que desea dar a

conocer a los miembros de la Comisión... la copia de un oficio —en la parte pertinente—, que le ha hecho llegar el profesor señor Ruiz Bourgeois, aunque no es copia autorizada por cierto, *que le habría enviado el Presidente de la República* relacionado con el proyecto que modifica el Código de Minería, y en el cual comienza diciendo: Usía dispondrá se elabore de acuerdo a las siguientes pautas:

“a) Para la constitución de derechos sobre yacimientos mineros, se seguirá el sistema de otorgar concesiones a los particulares. No se innovará sobre lo que al respecto dispone el texto constitucional vigente” (*ibidem*, p. 21).

Queda, pues, sobradamente probado que no se trató de una inadvertencia la introducción en el seno de la Junta del dominio del Estado sobre las minas “absoluto, exclusivo, imprescriptible e inalienable”. Parecerá un poco extraño que mencione la tesis de la inadvertencia del constituyente o del legislador. Lo hago porque implícitamente se encuentra dicha tesis con este dejar de lado a este inciso por varios comentaristas.

La *tesis de la inadvertencia* se encuentra, por lo demás, mencionada por el Ministro Piñera para explicar la disposición transitoria segunda de la Constitución y la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras: “Se ha producido cierta confusión a raíz de que el último artículo de la Ley Minera posterga su vigencia hasta que se publique el Código de Minería... El Código no podría establecer ni modificar ninguna característica de la concesión; si así lo hiciera sería inconstitucional y, en tal caso, primarían las normas de la Ley Minera. La razón de la postergación de la vigencia de la Ley Minera es muy distinta y reside en una peculiaridad técnica de la Constitución de 1980. En efecto, el texto constitucional, en un artículo transitorio, dispuso que los derechos mineros seguirán regidos por el antiguo Código de 1932 hasta que se dicte el nuevo Código. *Posiblemente, esta cláusula se estableció en forma inadvertida*, sin reparar que el texto constitucional, en su articulado permanente, había exigido la dictación de un cuerpo legal nuevo y de mayor rango como lo era la ley orgánica constitucional” (*artículo citado*, p. 14).

Aquí, en este inciso, a lo menos, está excluida la tesis de la inadvertencia.

Queda en pie *la tesis de la inutilidad* de dicho precepto. Que este inciso está de más parece aceptarlo con reticencia el profesor Uribe y lo dice el Ministro Piñera.

Que el debate acerca de la naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas sea irrelevante es comprensible pensarlo en el sistema de propiedad del particular sobre la mina. Así ya lo reconocía —criterio que yo no comparto— la Comisión Redactora del Código de Minería en agosto de 1974 en su *Minuta al señor Ministro de Minería, General don Agustín Toro*: “En la práctica es indiferente que el dominio del Estado sobre las minas sea meramente radical o eminente, o sea patrimonial o completo, si el ordenamiento jurídico permite otorgar al particular *propiedad* sobre el yacimiento y no solamente una concesión administrativa temporal que le permite extraer y apropiarse de los minerales”.

Así, a contrario sensu tampoco es irrelevante el discutir sobre la naturaleza jurídica de este dominio del Estado en un sistema mixto como el establecido por la Constitución de 1980, por las implicancias que ello necesariamente tendrá —quierase o no— sobre los derechos del concesionario. Por ello comparto la observación ya citada de J. M. Eyzaguirre en *Actas*, 1975.

Aún más, el propio Ministro Piñera vio claramente el peligro que significa dejar sin interpretación este inciso. Ello lo lleva a elaborar una curiosa doctrina: su teoría del *dominio subsidiario del Estado sobre las minas* y de la *concesión plena*.

* * *

A la pregunta: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas? José Piñera responderá: *un dominio subsidiario*.

Las argumentaciones del economista son las siguientes:

“Al atribuir la Constitución el dominio de “todas” las minas, está atribuyendo al Estado un dominio público que, por su propia naturaleza, configura un derecho que se distingue del dominio privado y que, en las normas constitucionales, consiste en un *dominio subsidiario sobre toda la riqueza potencialmente existente en territorio nacional* . . .

El derecho del Estado recae, en este caso, sobre un objeto meramente determinable, que no tiene forma y que es de valor, magnitud, composición e importancia desconocidas, incluso en su ubicación y existencia real . . . *El Estado se encuentra en situación de depositario de la riqueza minera de la Nación*” (*informe citado*, pp. 34 a 37).

Se emplea la palabra “subsidiario”. Esta palabra como tantas otras ha sufrido en los últimos tiempos la inflación semántica que señala Küng y esta inflación semántica —por lo que todos la usan para los más dispares

fines— es curada con la devaluación del contenido. Subsidiario deriva del latín *subsidium* (ayuda) y se introduce en el castellano en 1739 (Joan Corominas: *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*).

El concepto de subsidiario, según el Diccionario de la Lengua, usado como *adjetivo* significa “lo que se da o se manda en socorro o en subsidio de uno” y en *lenguaje forense* “aplicase a la acción o responsabilidad que suple o robustece otra principal”.

El Informe Técnico no aclara cuál es el dominio principal.

Podemos suponer que los particulares tienen el dominio principal. Ello tiene plena significación en una ideología emparentada con Locke, pero no tiene nada que ver con un sistema jurídico —como el nuestro—, que otorga al particular una concesión y reserva al Estado un dominio principal, expresamente calificado por la Constitución.

Podemos suponer que la Nación es el propietario principal y el Estado tiene el dominio subsidiario. Esto implicaría admitir la teoría de la doble personalidad del Estado: Estado-Nación y Estado-Fisco, ambas personas de derecho público. El Informe Técnico estaría interpretando aquí el artículo 547 del Código Civil y sobre todo el artículo 589.

Sin embargo, esta interpretación nos lleva también a consideraciones reñidas con el dominio del Estado sobre las minas tal como lo califica la Constitución de 1980. Si la mina fuera un bien fiscal, si *todas* las minas fueran bienes fiscales, ellas pertenecerían al patrimonio privado del Estado y se administrarían por cuenta del Estado, de acuerdo a la opinión de Andrés Bello en su obra *Principios de Derecho Internacional*, cuarta edición, París, 1882, p. 173: “los bienes de la Corona o de la República (bienes fiscales o del Estado) o están destinados a diferentes objetos de servicio público, v.gr. las fortificaciones y arsenales, o pueden constituir, como los bienes particulares, en tierras, casas, haciendas, bosques, minas, que se administran por cuenta del Estado”.

Esta conclusión choca por lo demás con la propia opinión del Sr. Piñera que reiteradamente nos advierte que no estamos aquí frente a un dominio de carácter civil o patrimonial. Pero si ello es cierto, debemos forzosamente concluir que el dominio subsidiario del Estado no pasa de ser una figura literaria y que la tesis del dominio subsidiario del Estado no aclara la naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas en el régimen de la Constitución de 1980.

Que nos encontramos en una peligrosa mezcla de esfuerzos jurídico-interpretativos y figuras literarias de un Informe Técnico que se titula: “Fundamento del Proyecto de Ley Orgánica Constitucional” nos lo demuestra la expresión: “El Estado se encuentra en la situación de *depositario* de la riqueza minera de la Nación” (*Informe Técnico*, p. 36).

El Informe nos ha hablado que se trata de “un derecho del Estado sobre un objeto meramente determinable, que no tiene forma y que es de valor, magnitud, composición e importancia desconocidas” (p. 35). Ello es evidente que no puede ser objeto de un depósito. El depositario —en este caso el Estado—, no tendría otra obligación que la de guardar, con cierto cuidado, las cosas que le entregue el depositante y restituírselas en especie en su oportunidad (art. 2.211 del Código Civil). Ahora bien, el depósito requiere una “cosa corporal, con un ser real” y una riqueza potencial, este “objeto meramente determinable” no calza con la definición del art. 565 del Código Civil.

No se ve cómo el desarrollo de la riqueza minera admitiría ese “guardarla y restituirla en especie” a la Nación.

En conclusión: *La tesis del dominio subsidiario del Estado no tiene asidero jurídico en el régimen de la Constitución de 1980 y es una creación de ficción.*

* * *

Sin embargo, el Informe Técnico expresa bien una de las finalidades de este dominio inalienable, absoluto, exclusivo, imprescriptible del Estado sobre todas las minas.

“Las minas —dice el Informe—, tienen una preexistencia jurídica y general anterior al descubrimiento, lo que da origen a una serie de derechos y obligaciones que a todos interesa que se regulen... Un primer objeto que cumple la norma constitucional es, por lo tanto, señalar el sujeto habilitado para reconocer la constitución de derechos privados, esto es, *aquel que tiene el derecho primario y ontológicamente anterior a cualquier otro titular sobre las minas*” (pp. 30 y 31).

Nótese que esto es logrado tanto con el sistema de alto dominio del Estado como con el sistema del dominio del Estado calificado en la Constitución de 1980. Pero es un acierto del Informe Técnico el indicarlo.

De no existir este dominio público del Estado, las minas serían *res nullius*. Como sabemos las cosas *nullius* no son inapropiables, sino inapropiadas y ello llevaría a que el ocupante sería el dueño de la mina o el descubridor. Este es el sistema francés que tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico ha rechazado en cuatro siglos.

Ello lo muestran claramente tanto el Sr. Lira como J. Luis Ossa en las *Actas*.

Dice el Sr. Ossa: “Cree que no atribuir el dominio radical al Estado sobre las riquezas mineras implicaría dejar éstas en calidad de “*res nullius*”. ¿Qué pasa en este caso? Se pregunta el Sr. Ossa ¿Vale la pena dejar en tela de juicio la naturaleza jurídica de esta riqueza? ¿Dejarla en calidad

de "res nullius" para que la ocupe cualquiera, por ejemplo? Cree que es obvio que no". (*Actas*, sesión 175, 18 de diciembre de 1975).

Y el Sr. Lira explica en esa misma sesión, p. 4: "Generalmente estas legislaciones que han acogido el sistema "res nullius" le entregan al Estado el tutelaje de la riqueza pública, y en estas circunstancias el descubridor de este bien mostrenco, pasa a ser dueño de él, en la medida en que el Estado estima del caso de que está en condiciones de explotarlo en forma adecuada a su importancia" (p. 4).

El Informe Técnico muestra, entonces, muy bien esta finalidad, pero en el hecho presume que es lo mismo el aceptar "dominio radical, originario o inmanente" que el "dominio exclusivo, absoluto, imprescriptible e inalienable". Pero no es eso lo que dice la Constitución y sabemos que a sabiendas se cambió este inciso, lo cual queda inexplicado en el Informe Técnico.

* * *

Existe otro acierto en el Informe Técnico: el advertir que no se trata en la Constitución de un dominio patrimonial o civil (pp. 34-39). Si se tratara de un dominio civil el Estado estaría facultado para enajenar. Podría, como dice el señor Diez en *Actas* (*ibidem*, p. 16): "vender, puede celebrar un contrato y como dueño de las pertenencias mineras constituir contractualmente, vender, transferir su derecho de dominio a cualquiera persona que quiera, natural, jurídica, nacional o extranjera, e incluso podría el Estado aportar las riquezas a una entidad supranacional, a una empresa transnacional o venderlas a otro Estado". Por eso Sergio Diez se opondrá vehementemente en esa sesión a que se dijera que el "Estado es dueño de las minas" o de "todas las minas".

Lo que de paso prueba —a contrario de lo que piensa el profesor Uribe— que el art. 19, N° 23 no tiene nada de pleonástico, especialmente el carácter inalienable de este dominio.

Ello está bien captado en el Informe Piñera al decir: "El derecho del Estado sobre las minas no es, entonces, un dominio para usar, gozar y disponer libremente de ellas, sino un derecho que se ha calificado de dominio, tanto para mantener una relación excluyente de toda pretensión que no se funde en una concesión constituida —y posteriormente transferida o transmitida en la forma predeterminada por la ley y dentro de los marcos que ésta debe respetar—, como para reintegrar al dominio estatal los atributos que otorga la concesión, una vez que ésta se extingue, para los efectos de dejarlos disponibles, en la medida que las sustancias pertinentes sean concesibles" (p. 37). (Véase, igualmente, p. 62).

Nótese, con todo, que dado que el Constituyente de 1980 emplea idénticos términos que el Constituyente de la reforma de 1971, no pudo ignorar

que en 1971 este dominio del Estado se colocó —y en esto Uribe tiene razón—, como dominio patrimonial.

* * *

Habiendo mostrado que la explicación del Informe Técnico no es satisfactoria, sea porque elabora una doctrina ficticia de la naturaleza jurídica del dominio del Estado, sea porque en la práctica la reduce a un dominio originario o radical, cabe ya preguntarse las razones del Constituyente al calificar tan enfáticamente el dominio del Estado.

Quiero apuntar en esta segunda parte un componente político de primaria importancia. La nacionalización de la Gran Minería del Cobre se hizo sobre la base de la reforma de 1971 y los derechos del Estado de Chile fueron mantenidos ante los tribunales sobre esa base.

Sin lugar a dudas los mandos militares no han querido alterar esta parte de la Constitución para no afectar los derechos del país o dar pie a ello. Ello aclararía, también, el mantener sólo concesionarios mineros.

Es lo que dice claramente en *Actas*, Enrique Evans: “Ya manifesté, añade el señor Evans, que la sustitución del concepto que tiene la Constitución desde el año 1971 de dominio patrimonial por dominio eminente le merece dudas en un aspecto: en la posibilidad de que alguna compañía nacionalizada en virtud de la ley 17.450, de 16 de julio de 1971, que modificó la Constitución, pudiera decir que, no existiendo el dominio patrimonial y volviendo al sistema del dominio radical o eminente, tiene derechos sobre los yacimientos y que toda la indemnización prevista en el texto constitucional y toda la indemnización que transigió con el Gobierno fue sobre la base de que no se tenía derecho sobre el yacimiento y que, ahora, la Constitución Política de Chile la declara dueña de ellos.

Si ahora, prosigue el señor Evans, desapareciera la afirmación de que el Estado es dueño de las minas, que podría ser una respuesta adecuada a esta pretensión eventual —que le parece tan lejana como la eventualidad que supone el señor Diez de que el Estado vaya el día de mañana a desprenderse de toda la riqueza minera—, cree que tambalea absolutamente la nacionalización del año 1971 y toda la transacción a que llegó el actual Gobierno y que está incorporada como disposiciones transitorias del texto Constitucional” (*Actas, ibidem*, p. 20).

Como se sabe, las razones del profesor Evans fueron acogidas, pese a que, como él mismo apunta, se trataba sólo de una remota eventualidad, ya que como dice Jorge Ovalle en dicha sesión: “los acuerdos a que en esta materia llegaron las empresas son acuerdos perfeccionados que, bajo ningún respecto darían lugar a la revisión de esos acuerdos legítimamente y libremente adoptados” (p. 22).

Pero al mantener los términos de la Reforma de 1971, lógicamente se debilitaban los derechos del concesionario, a lo menos potencialmente.

El Informe Técnico da a entender que no y en su justificación alzaré otra doctrina curiosa: *la tesis de la concesión plena*.

* * *

Supuesto el dominio del Estado absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible, cuya naturaleza jurídica no es aclarada, la concesión que se estructure debe cimentarse en él de una manera coherente y orgánica y no vaciarlo de contenido.

El Informe Técnico, diferencia, apoyándose en el propio texto Constitucional, a *la concesión administrativa* de la *concesión judicial*, pero incurre en varias incorrecciones conceptuales.

Primero, la naturaleza material de un acto jurídico no se ve necesariamente afectada por la naturaleza del órgano que lo produce. Al haber entregado la Constitución estas concesiones a los tribunales ordinarios de justicia, no necesariamente se altera la naturaleza material de la concesión, máxime si se piensa que no nos encontramos aquí con una actividad judicial jurisdiccional, sino sólo con una *actividad judicial no contenciosa*.

Dice el Informe Técnico (p. 41): "Las concesiones mineras se originan a través de un acto simplemente declarativo que emana del Estado, pero el órgano estatal competente, los tribunales ordinarios de justicia, carece de atribuciones para actuar con discrecionalidad. En efecto, los tribunales, en el ejercicio de sus funciones, deben aplicar la ley... por cuanto deben limitarse a constatar que se dan las condiciones objetivas que la ley señala previamente".

El Informe Técnico, al señalar que esta actividad es meramente declarativa, va en contra de la letra de la Constitución y la propia Ley Orgánica Constitucional. Dice a la letra la Constitución: "Dichas concesiones *se constituirán* siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional". Y así también lo expresa el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM): "Las concesiones mineras *se constituirán por resolución de los tribunales ordinarios de justicia* en procedimiento seguido ante ellos y sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona".

No estamos aquí frente a una actividad meramente declaratoria de un derecho preexistente, puesto que los derechos del concesionario se constituyen por resolución judicial. No debe confundirse además el concepto jurídico de concesión con la naturaleza jurídica de la autorización.

Por otra parte, cuando el *Informe Técnico* señala que los tribunales “carecen de atribuciones para actuar con discrecionalidad” y “deben limitarse a constatar que se dan las condiciones objetivas que la ley señala previamente”, olvida que no debe confundirse arbitrariedad con discrecionalidad y que nos encontramos en una actividad judicial no contenciosa y no en una actividad judicial jurisdiccional.

El juez procederá a examinar si se reúnen los requisitos legales confrontados con los hechos y esta labor requiere un examen, necesariamente una cierta discrecionalidad, máxime si se atiende a cuál es la naturaleza de esta actividad en la cual *el juez pondera* (pondus = peso), toma el peso de los antecedentes, y no sólo los mide. En efecto, existiendo un dueño de las minas, el Estado, no puede entenderse el acto del juez sólo como un acto judicial no contencioso y voluntario destinado a realizar ciertas solemnidades exigidas por las leyes para entrar al goce de un derecho o para autenticar o realizar un acto jurídico válido (como el caso de la concesión de una posesión efectiva), *sino como un acto destinado a constituir un nuevo estado jurídico*.

Y máxime si se piensa que este acto podría transformarse en litigioso, porque el Estado u otro particular puede oponerse de acuerdo al artículo 823 del Código de Procedimiento Civil, es decir, constituirse en un legítimo contradictor. Si bien es cierto que, de acuerdo al Código de Minería art. 34, inc. 2º no procede en general acumulación de autos (art. 92 CPC), ni la legítima contradicción del art. 823 del CPC, no es menos cierto que los artículos 61 a 70 y el artículo 84 reglamentan oposiciones a la mensura de carácter contencioso que dejan vigentes para estos casos los artículos citados del Código de Procedimiento Civil.

Y si el juez pondera, es dar una falsa imagen de su actividad, pensar en su acción como un “robot de la ley”. El juez “constituye” la concesión.

En contra, el Ministro Lira Ovalle que afirma: “Además, ha desaparecido toda posibilidad de “discrecionalidad” en la constitución de la concesión minera, ya que el interesado goza *de un derecho más amplio que el de solicitar u obtener la concesión, goza del derecho de constituirla*, derecho que ejerce ante la justicia ordinaria y que no le puede ser negado si cumple con los requisitos que la ley señala, ya que no hay juzgamiento de méritos o conveniencias” (p. 254).

A mi juicio, el concesionario goza sólo del derecho de pedir su constitución a un órgano del Estado, como es el juez. Lo contrario será aplicar analógicamente una dinámica canónica matrimonial a la constitución de la concesión minera.

Y esto se ve reforzado por el artículo 81 del Código de Minería 1983 que dice: “Si el informe del Servicio no contiene observaciones, el juez dictará *la sentencia constitutiva* de la pertenencia o pertenencias” (concesión de

explotación) y por el artículo 57 del Código “Si el informe es favorable, el juez dictará sentencia, *declarando constituida* la concesión de explotación”.

Y a mayor abundamiento, el profesor Uribe así lo reconoce: “No obstante que el Estado tiene el dominio de las minas, cuando este derecho se entrega a los particulares no es administrativamente, sino por medio de los tribunales de justicia. *Ellos son los que dan el título* con que la Constitución ampara al solicitante particular frente al Estado” (*artículo citado*, p. 52).

Queda, con todo, por explicar por qué el Estado está obligado a constituir también concesiones, si quiere él mismo explotar.

* * *

Cuando el señor Lira Ovalle comenta la naturaleza jurídica de la concesión en el discurso citado (p. 254), lo hace de la siguiente manera: “En primer lugar, nuestra Carta Fundamental establece que la constitución de esta llamada “concesión” es de la exclusiva competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia, sin intervención del Estado ni de funcionario alguno —agrega la Ley Orgánica—, obteniendo el concesionario derechos en forma originaria, no por decisión del Estado ni menos por transferencia de supuestos derechos patrimoniales de éste”.

La Constitución y la Ley Orgánica han hablado reiteradamente de concesiones mineras. ¿Por qué el actual Ministro habla de “concesiones”, así, entre comillas? Es porque entiende que su naturaleza jurídica no es concesional, sino una verdadera propiedad. Ello —como demostraré más adelante— es coherente con el pensamiento del señor Lira expresado en *Actas*, pero inconsistente con la Constitución. Volveré sobre ese punto un poco más adelante.

Afirma el señor Lira que no existe intervención del Estado ni de funcionario alguno. Dejando de lado que el juez es un órgano del Estado, la LOCCM habla de “sin intervención *decisoria* alguna de otra autoridad o persona”, que no es lo mismo que decir “sin intervención del Estado ni de funcionario alguno”. El asunto de la transferencia o no transferencia de supuestos derechos patrimoniales del Estado será examinado en la tercera parte.

El discurso del Ministro Lira en la Facultad de Derecho de la U. Católica concluye afirmando que el dominio del Estado sobre las minas no es tal dominio y que la “concesión” es en el hecho una propiedad: “De esta manera la enfática declaración constitucional del dominio del Estado sobre las minas no puede entenderse sino referida a la riqueza minera, derecho que está desprovisto de las facultades de usar, gozar y disponer

de las sustancias mineras concesibles, las cuales, una vez constituidas en concesión, otorgan tales facultades al concesionario que configuran *un derecho completo* sobre la cosa en la cual se ejercen” (*discurso citado*, p. 255).

Como se ve, en el pensamiento de don Samuel Lira los cambios introducidos en el texto definitivo de la Constitución de 1980 llegarían al mismo resultado que el texto *dominio eminente - propiedad especial minera* que salió de manos de la Comisión Ortúzar. Ello, entonces, justifica esa “concesión” entre comillas.

Curiosamente, el Ministro Lira afirma exactamente el 27 de abril de 1983 lo que el Comité Nacional de Defensa del Cobre dirá en el punto 4 de su declaración de 22 de noviembre de 1983: “La ‘concesión plena’ vacía de todo contenido las disposiciones constitucionales de 1980 que afirman el “dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible” del Estado sobre las minas. Es igualmente incompatible con la naturaleza y límites de lo que es una auténtica concesión”.

* * *

Afirmando que la actividad judicial constituye y no declara la concesión minera, corresponde profundizar en su naturaleza jurídica de acuerdo a los comentaristas.

Concesión plena, dirá el *Informe Técnico*. *Concesión entre comillas o concesión que configura un derecho completo sobre la cosa*, dirá el señor Lira.

Tomemos, en primer lugar, lo que afirma el actual Ministro de Minería. Ha señalado que el Ministro es coherente con su pensamiento al no aceptar esta figura jurídica como concesión, sino más bien como propiedad especial (derecho completo sobre la cosa). Pero he señalado que es inconsistente con la Constitución.

El señor Lira fue el defensor de la *tesis dominio eminente - propiedad minera especial* del particular y combatió siempre la idea concesionaria.

Dijo el señor Lira en *Actas*, sesión 171, 4 de diciembre de 1975, pp. 6 y 7: “El precepto que entrega al Estado el dominio patrimonial de las minas, está concebido en los siguientes términos, en sus partes fundamentales: El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas . . .”. Al respecto, cree que no pudo haberse dado una redacción más clara o más rotunda *para remarcar un dominio tan pleno del Estado sobre las minas y que tiene las mismas características que el establecido en la Constitución actual*. Y añade el señor Lira: “Lo lógico sería que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, un bien sobre el cual recae un dominio de esta naturaleza sólo pudiera ser explotado o

aprovechado por los particulares *por la vía de una concesión de tipo administrativo*".

Ahora bien, siguiendo al profesor Lira, la Constitución Chilena ha efectuado *lo ilógico*. Dura tarea para el señor Lira que como Ministro debe administrar un sistema que no contó con sus bendiciones como consultor y profesor del ramo.

La concesión que "configura un derecho completo sobre la cosa" choca con la inalienabilidad del dominio: "En la medida en que el Estado entregue a perpetuidad a una persona una concesión de explotación, en el fondo está enajenando en favor de esa persona el yacimiento, y aún cuando el Estado entregare temporalmente el yacimiento minero para que fuere explotado en virtud de ese derecho exclusivo que se le pudiere entregar al minero, *aunque no sea perpetua esa concesión, se va a producir también una enajenación del yacimiento, porque las minas en realidad no producen frutos, sino productos*. De manera que en la medida en que el yacimiento sea explotado y el minero se haga dueño de los minerales, se estará adueñando también del yacimiento. Aquí existirá una contradicción con la característica de inalienable que se le pretende dar al dominio patrimonial del Estado sobre las minas". (*Ibidem*).

Una concesión reforzada no cambia de naturaleza jurídica, sino de grado en su protección.

Incorre, además, el profesor Lira Ovalle en una contradicción flagrante.

En efecto, afirma el profesor Lira en *Actas, ibidem*, pp. 6 y 7: "Sin embargo, anota, hay un factor o una característica de esta concesión o de este derecho respecto del cual no está claro si se mantiene o no, y es la temporalidad. *Este derecho a explotar el yacimiento minero es un derecho que no puede ser perpetuo*, porque en la medida en que lo fuera, el yacimiento minero o la mina dejaría de ser inalienable" (4 de diciembre de 1975).

Con todo, en su discurso citado en la Universidad Católica afirma el 27 de abril de 1983, el Ministro Lira: "Por otra parte, la Ley Orgánica ha establecido *que la concesión se otorga a perpetuidad* y que ella no puede ser revocada, extinguiéndose solamente por hechos que dependen del concesionario" (*Revista Chilena de Derecho*, citada, p. 255).

Confunde el discurso citado "perpetuidad" con "duración a término incierto o duración indefinida", pues precisamente el artículo 17 de la LOCCM dice a la letra: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente (caducidad y extensión de concesiones), la concesión de exploración no podrá tener una duración superior a cuatro años, y la de explotación tendrá *una duración indefinida*". No hay pues, en Chile, concesión minera otorgada a perpetuidad.

Olvida el Ministro, incluso, que su propia inquietud de diciembre de 1975 fue sometida por la Junta de Gobierno a consulta del Tribunal Constitucional por oficio N° 52 de 9 de noviembre de 1981 y resuelta por el tribunal en sentencia de 26 de noviembre de 1981: "Considerando 11". "Que se afirma, para fundamentar la impugnación a la norma, que una concesión de explotación de duración indefinida, *equivaldría a transferir el dominio de la mina*. Esto no es exacto, pues si bien la Constitución Política ha consagrado el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre las minas, al mismo tiempo ha establecido el sistema de concesiones sujetas a la obligación impuesta al dueño de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento y bajo un régimen de amparo con la consiguiente caducidad, todo lo cual indica claramente que la duración indefinida no implica, en caso alguno, transferencia por parte del Estado de su dominio sobre las respectivas minas" y "12. Que el hecho de que la concesión de explotación minera pueda tener una duración indefinida no significa que ella carezca de término. Por lo demás, el propio proyecto de ley señala causales de terminación, como ser: la caducidad, la renuncia y la expropiación".

En síntesis: La naturaleza jurídica de la concesión minera no es expresada por el señor Lira Ovalle de una manera científicamente clara.

Su interpretación reduce la Constitución de 1980 al sistema ideado por la Comisión Ortúzar y no se ajusta al texto de la Ley Orgánica Constitucional, además de incurrir en ambigüedades manifiestas.

* * *

El *Informe Técnico* habla de *concesión plena*.

El término es jurídicamente desdichado. La concesión que es una institución de derecho público, dinámica y expansiva, no puede ser entendida jamás como "plena", a menos de entenderla como propiedad.

El derecho administrativo actual, y profundizaremos este tema en la tercera parte de este informe, ha estructurado una teoría unitaria del instituto concesional. La concesión, por lo demás, ha tenido una larguísima historia desde el derecho romano y del derecho germánico y ha mostrado una gran plasticidad.

Aún reducida a términos estrictos, la concesión, que opera preferentemente en el ámbito del servicio público y del dominio público, puede revestir formas de actos unilaterales o formas contractuales y puede ser traslativa o constitutiva. Y si, como sostendré en la tercera parte, la naturaleza jurídica de nuestra actual concesión minera reviste formas a la par contractuales y constitutivas, es obvio que se alejó de ella la idea de la precariedad y de la discrecionalidad de la Administración.

Pero para ello no es necesario hablar de concesión plena, ni de concesión administrativa.

No puede identificarse concesión a precario, como con razón apunta el señor Lira: "Expresa que hay algo que no había señalado y es que en Chile no sabe por qué, y espera que ahora puedan cambiar las cosas, *la concesión siempre ha sido muy débil* y cuando se habla de concesión o derecho a explotar o de concesión sobre un bien determinado, siempre se está pensando en que esto es precario, es revocable y puede terminar en cualquier momento. En cambio, cuando se habla de propiedad, la expresión "está actuando por presencia" (*Actas*, sesión 171, 4 de diciembre de 1975, p. 22).

La "concesión plena" no deja de ser otra figura literaria del Informe Técnico.

El profesor Lira reseñó muy bien en *Actas* las razones por las que debía eliminarse del ámbito minero la concesión a título precario y meramente translaticia. (Véase, *discurso citado*). (Véase *Actas*, sesión 171, 4 de diciembre de 1975, pp. 6-10). "Lo lógico sería, añade, que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, un bien sobre el cual recae un dominio de esta naturaleza sólo pudiera ser explotado o aprovechado por los particulares por la vía de una concesión de tipo administrativo, porque los bienes del Estado, de dominio nacional (absoluto, exclusivo, inalienable o imprescriptible) tienen o pueden ser aprovechados por los particulares sobre la base de este tipo de concesiones, más aún si se está frente a un dominio tan marcado como éste. Pero, al mismo tiempo, resulta que *esta concesión de tipo administrativo* que podría recaer sobre las minas tendría las características que tiene toda concesión de esa especie: temporal, revocable otorgada por la vía de la autoridad administrativa y esencialmente precaria y discrecional.

Estas características de una concesión minera, que serían la consecuencia lógica de esta disposición, no se avienen en absoluto con las características de la industria minera. La discrecionalidad, vale decir, el hecho de poder otorgar un descubrimiento minero sin considerar a quién gastó los esfuerzos y las inversiones para lograrlo, naturalmente es un factor negativo para el desarrollo y desenvolvimiento de la industria minera. Lo mismo puede decirse de la temporalidad, pues producirá el afán del explotador de agotar en el plazo de la concesión el yacimiento y si no alcanza a hacerlo, elegirá las mejores partes del mismo, con las mejores leyes y posiblemente, ese yacimiento no podrá ser explotado posteriormente, pues se transformará en una actividad antieconómica. Igual cosa sucede con la revocabilidad de la concesión administrativa, ya que ella es un factor de inseguridad absoluta y que limitará las inversiones de importancia. Asimismo la tramitación por la vía administrativa tampoco da seguridad".

Es lamentable que se haya entendido que ésta es la única forma de concesión administrativa y esto es una muestra palmaria de nuestro provincianismo jurídico administrativo. La propia Constitución llama a este tipo de concesiones "concesiones administrativas", dando pie a que se denomine a las otras "plenas". Debíó hablarse, en un caso, de concesiones translativas y, en el otro, de concesiones constitutivas (otro ejemplo en nuestra legislación es la concesión de la personalidad jurídica).

La *concesión translativa*, como la que podía deducirse de la reforma de 1971 (aunque no necesariamente), va a implicar una subrogación en las facultades de que la Administración Pública es titular. Si se entendiera así la concesión minera, prácticamente la minería, toda la minería, sería un servicio público.

Nunca en la historia entera del país fue así entendido, e incluso la reforma de 1971 sólo fue un peligro eventual, que no llegó a ser efectivo.

En cambio, en la *concesión constitutiva* el Estado, en base a poderes que le son expresamente atribuidos por la Constitución y la ley, constituye a favor del administrado *nuevos* poderes y facultades.

Llamar a esto "concesión plena" es tan absurdo como llamar a la concesión translativa "concesión auténtica", como lo hace el Comité de Defensa del Cobre. A menos que entendamos por concesión una verdadera propiedad, en cuyo caso la inconstitucionalidad es manifiesta.

En efecto, la literatura de unos trae consigo la antiliteratura de los otros.

Lo único cierto para el jurista es que, apoyándose en la Constitución, la LOCCM ha definido *la concesión minera* en su artículo segundo como "derechos reales e inmuebles, distintos e independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño, oponibles al Estado y a cualquier persona, transferibles y transmisibles, susceptibles de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato, y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de esta ley o del Código de Minería".

* * *

El *Informe Técnico* define muy bien que los derechos del concesionario son derechos reales: "Son derechos reales, toda vez que establecen un vínculo y se poseen y se ejercen directamente sobre un objeto sin referencia a determinada persona, razón por la cual son oponibles a toda persona y susceptibles de todo acto o contrato: Se trata, además, de derechos inmuebles, pues el objeto sobre que recaen, la sustancia mineral que forma la mina, es un inmueble, que se distingue y se considera separado de la propiedad del terreno superficial" (p. 51).

Su naturaleza jurídica es definida en el discurso del Ministro Lira Ovalle: "La concesión es un derecho real inmueble, está sujeta a la misma con-

dición que la antes denominada propiedad minera, es transferible y transmisible, da derecho a extraer y hacerse dueño de todas las sustancias minerales concesibles situadas dentro de sus límites, el concesionario no puede ser privado de estos derechos sin la previa indemnización que tal privación le cause y goza de su concesión por tiempo indefinido" (citado, p. 255). Veremos en la tercera parte cuál es la naturaleza de esos derechos reales.

Dice el Informe Técnico: "La Constitución sujeta la vigencia y conservación de la concesión minera al cumplimiento de requisitos especiales para amparar su dominio, que debe establecer la Ley Orgánica" (p. 63). El Ministro Piñera entiende que la Ley Orgánica es soberana para fijar estos requisitos y el régimen de amparo. La propia LOCCM fijó en su artículo 12: "El régimen de amparo a que alude el inciso séptimo del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política consistirá en el pago anual y anticipado de una patente fiscal, en la forma y por el monto que determine el Código de Minería".

Este es uno de los puntos más delicados de la LOCCM.

Indiqué en la primera parte cómo para el concesionario minero existe una discriminación. Si para todo propietario la ley puede establecer y sólo la ley limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, para el propietario de una concesión minera existe una obligación aún más exigente: "la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento".

Y recuérdese que si el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional del 19 N° 24, lo está bajo la condición que el concesionario desarrolle esa actividad requerida.

Es conocido que la Comisión Ortúzar intentó asimilar lo más posible al propietario minero con cualquier otro propietario. Pero esa tesis no fue acogida en el texto de la Constitución de 1980.

La Constitución de 1980 discrimina entre el titular de la concesión minera y el propietario común y ha establecido un gravamen especial, contrario a lo dispuesto en el artículo 19, N° 22 que pesa sobre el concesionario.

Y para mi interpretación constitucional ello es la incidencia más importante del dominio del Estado sobre las minas. Existe una obligación en el concesionario que deriva de dicho dominio absoluto, exclusivo, imprescriptible, inalienable del Estado y no de la función social del dominio.

Uno puede lamentar o no que ello ocurriera, pero pese a todas las seguridades que la Constitución pueda dar al concesionario, es claro que el 19 N° 24 dejó sin aplicación el 19 N° 22.

Esto hace recordar la frase de Forsthoff: "Hay disposiciones constitucionales que son contrarias a la Constitución". La explicación de estos

cambios fue entregada ya en la primera parte del trabajo y reside en la pugna entre el ideario neoliberal y el ideario nacionalista.

Pero, siendo el 19 N° 24 una norma constitucional especial debe primar sobre el 19 N° 22.

Tan obvia es esta observación que la Sociedad Nacional de Minería ya en una comunicación de 1° de diciembre de 1981 al Presidente Pinochet le solicita que la Junta de Gobierno dicte una ley interpretativa “para precisar y definir, en preceptos de rango constitucional, los aspectos más trascendentales de la legislación minera, de suerte que —conciliando los intereses generales de la Nación y las aspiraciones del sector minero— *esa legislación quede dentro del contexto de la nueva institucionalidad, armonizando, así, el régimen especial de la minería con los principios que informan el modelo económicosocial que el Gobierno ha impulsado con tanto éxito.* De esta manera se establecería la debida congruencia entre las normas constitucionales y se obtendría el objetivo de la nueva institucionalidad, *en un marco homogéneo y no discriminatorio*, tal como emana de la esencia del pensamiento filosófico y político de S. E. el Jefe del Estado y de los miembros de su Gobierno”.

* * *

El derecho del concesionario se condiciona a que él mismo procure, mediante la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento, el amparo de su derecho.

Dice el texto Constitucional de 1980: “La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, *tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación* y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben ser establecidas al momento de otorgarse la concesión”.

El Informe del Ministro Piñera descarta la protección o amparo por el trabajo.

La LOCCM señala en su artículo 12: “El régimen de amparo a que alude el inciso séptimo del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política consistirá en el pago anual y anticipado de una patente a beneficio fiscal, en la forma y por el monto que determine el Código de Minería” y en su artículo 18: “Las concesiones mineras caducan extinguiéndose el dominio de los titulares sobre ellas: a) por resolución judicial que declare terreno franco, si no hubiere postores en el remate público del procedimiento judicial originado por el no pago de la patente”.

He tratado en todo momento de separar lo que es el comentario de una ley de lo que es la ley misma y en esta segunda parte he analizado la obra de los comentaristas y no las leyes mismas que será el objeto de la tercera parte.

Sin embargo, en este caso es imposible hacerlo por estar ambas estrechamente vinculadas, porque se ha discutido la constitucionalidad de los artículos citados de la LOCCM.

Existe para el concesionario una obligación esencial, de rango constitucional: "desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento".

Para el legislador existe un mandato constitucional expreso: — La ley (LOCCM) deberá establecer un régimen de amparo tal, que tienda a obtener, directa o indirectamente, el cumplimiento de dicha obligación.

El problema, entonces, va a radicar en examinar si el amparo por la patente tiende de un modo indirecto (queda obviamente excluido que lo sea de modo directo) a obtener el desarrollo por el concesionario de la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento.

¿Qué es actividad?

En *Actas*, Juan Luis Ossa señaló en la sesión 180, el 8 de enero de 1976: "... "En tercer término, le preocupa la expresión "actividad" que se usa en el inciso final, y agrega que el Diccionario de la Real Academia contiene una serie de acepciones para el término y de acuerdo con ellas se interpretará lo que esta Comisión decida: 1. "Facultad de obrar. 2. Diligencia, eficacia. 3. Prontitud en el obrar. 4. Y ésta le parece que sería la más adecuada, a primera vista, para interpretar la voz "actividad" en este caso: *conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad.*

Prosigue expresando que parecería que la actividad del minero es desarrollar su mina... (p. 25). "Porque si no se define claramente ahora lo que significa 'actividad' o el sentido que el Constituyente está dando a ese término, más tarde se encontrarán con el problema de que el significado de 'actividad' se va a buscar en el Diccionario, *y la actividad minera es la actividad minera, no es el pago de una patente*" (p. 26).

Tiene plena razón el Asesor de SONAMI: lo que busca el Constituyente es el desarrollo minero, es el laboreo de las minas concedidas.

De manera que el adjetivo "necesaria", califica el nivel de la actividad, porque no cualquier laboreo basta, sino el de un nivel o calidad que justifique el otorgamiento de la concesión, satisfaciendo el interés público. Así se entendió desde la primera hora por los constitucionalistas.

El primer comentario conocido sobre el texto constitucional sometido a plebiscito emana del doctor José Luis Cea Egaña, quien, en un seminario

para altos ejecutivos, militares y civiles de Codelco, afirmó el 16 de agosto de 1980:

“Viene después una cantidad de nuevas disposiciones permanentes, principalmente relativas al Derecho de Minería con excepción de su último inciso que versa sobre la propiedad de las aguas. Creo que lo más novedoso aparece en el inciso 7º, *relativo al amparo por el trabajo de la propiedad minera y no por el pago de las patentes respectivas*. Estimo que esto es una aplicación del criterio de la función social en el ámbito del dominio minero. Por eso se estatuye que la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento” (Véase Codelco-Chile, Servicio Jurídico. Profesor José Luis Cea Egaña “La Constitución 1980”, p. 85), (énfasis agregado).

Agradezco al señor Cea Egaña el aporte de este documento de circulación restringida que reviste especial interés para la historia fidedigna de los incisos introducidos en el seno de la Junta por la acción de los mandos militares ligados a Codelco, con el apoyo de altos oficiales de la Armada.

No lo entendió así la LOCCM, ni lo entiende así el Informe Técnico. *Pero es evidente que la Constitución de 1980 estableció constitucionalmente el amparo por el trabajo* y lo que deja al legislador es determinar el modo directo o indirecto de regularlo, sin excluir que pueda ir acompañado o no del pago de una patente.

Sostengo, entonces, la inconstitucionalidad del art. 12 y 18 (a) de la LOCCM, por incumplimiento del mandato que la Constitución hiciera al legislador y por modificación de la carta.

Estos artículos en el hecho interpretan restrictivamente la norma constitucional y violan el art. 19, inciso 1º, inciso 2º del artículo 19 y el artículo 20 del Código Civil, porque no se atienden al sentido natural y obvio de la palabra actividad, se desatiende el tenor literal del texto constitucional y se descuida el examen de la historia fidedigna de su establecimiento, no realizándose el análisis sistemático del texto.

Podrá argumentarse que no tenemos historia fidedigna. Pero es posible dar un argumento a *fortiori* porque si la actividad minera y su desarrollo ya eran el espíritu de la Comisión Ortúzar, cuánto más en el seno de la Junta donde se restablece el dominio del Estado calificado sobre las minas y se hace más gravosa la obligación del concesionario.

Dice el señor Diez en la sesión 180 citada, p. 10: “Estima que la Constitución debería decir que el primer paso es ser descubridor, y nadie que no lo sea podrá ser dueño del yacimiento.

Pero a ese descubridor puede fijársele una serie de requisitos nacionales, porque una persona no puede descubrir una mina, quedarse sentado en el descubrimiento, decir “esto es mío” y no trabajarlo “per sécula” . . . A pesar de lo difícil, el ideal para él lo constituiría el hecho de que el descubri-

miento fuera acompañado del trabajo, porque si no es así, aquel no sirve”.

El profesor Ovalle estima necesario señalar que la Constitución excluye el poder fijar una producción mínima como sistema de amparo y así también lo afirma el señor Diez quien señala que pueden existir “muchos parámetros para referirse a esa actividad: capital invertido, número de trabajadores, prospección”, pero no lo que no depende de la voluntad del propietario (*ibidem*, pp. 22 y 23), como sería el fijar una producción determinada”.

El señor Evans señala que “no quisiera limitar al legislador en el establecimiento de forma de amparo como el de actividad, porque puede haber explotaciones mineras en que la forma de amparo deba ser la producción mínima, puede haber otras en que por su naturaleza, ubicación o lo que fuere, el sistema de amparo sea por actividad, y puede haber alguna en que, *por su escasa significación* baste con que la actividad se traduzca en el pago de una patente” (p. 23).

Como se ve, el sentir de la Comisión era el permitir desarrollar una actividad minera (la palabra “actividad” viene del año 1967, cuando se discutía la modificación del estatuto constitucional de la propiedad para posibilitar la Reforma Agraria) y a esa obligación y su cumplimiento debe tender el sistema de amparo.

Tan sólo Samuel Lira se opone abiertamente. El recuerda —siempre fiel a su esquema derecho eminente - propiedad minera especial— en la sesión 181, 13 de enero de 1976, p. 6: “La verdad es que nuestra legislación minera establece el régimen de amparo por el pago de una patente porque es un sistema muy simple de cumplir. El cambio de sistema—el de amparo por el trabajo, por el amparo, por la patente— se debió justamente a la inseguridad que se produjo respecto del cumplimiento o del incumplimiento de las obligaciones de amparo por el trabajo” ... “porque un régimen de amparo por el trabajo o un régimen de amparo distinto del de la patente, es más fácil de manejar si acaso la propiedad se constituye o la concesión se constituye por la vía administrativa porque el régimen de amparo por el trabajo está en definitiva en manos de funcionarios que controlan el cumplimiento de las muy diversas obligaciones que se establecen para amparar la concesión minera, es muy difícil establecer condiciones objetivas en el amparo por el trabajo” (p. 7).

A lo cual va a responder el profesor Ruiz Bourgeois: “expresa que la Subcomisión estaba tan consciente de la dificultad que significa la circunstancia a que se refería el señor Lira, que cuando se habló de la posibilidad de un régimen de amparo que significara una cierta inversión —por ejemplo, una unidad tributaria por cada hectárea concedida—, se pensó en un sistema parecido al de la declaración de la renta: una per-

sona al hacer la declaración presentaría comprobantes de inversión por una determinada extensión de hectáreas, y entonces, el funcionario declararíá amparada la propiedad para los doce meses siguientes. Como se había invertido en los doce meses pasados el mínimo que la ley señala, se declararíá amparado el dominio para los doce meses venideros, lo que tiene la ventaja de que el amparo no sólo tiene efecto hacia el pasado, sino también hacia el futuro" (*ibidem*).

Y cuando al discutir la caducidad, el Sr. Ortúzar, ante las dificultades que para caducar el dominio especial minero supone el determinar el incumplimiento de las obligaciones del amparo por el trabajo propone en *Actas*, sesión 181 citada: "que la otra solución sería establecer que la caducidad sólo operará en el caso del no pago de la patente", la Comisión no acepta esta proposición, señalando el Sr. Ovalle "que en ese caso se cerraría la puerta a otro sistema de amparo, lo que no es el propósito de la Comisión" (p. 12) y el señor Evans: "repite que cree que se está cercenando al legislador una facultad que en materia minera le parece importante. Ya se ha dicho que la caducidad es la forma típica del derecho minero para extinguir el derecho del concesionario o del propietario del yacimiento, y ahora se quiere reducir la aplicación de esta institución minera exclusivamente al no pago de la patente" (p. 13).

Me parece irrefutable, entonces, el argumento a fortiori. Si ya en el proyecto Ortúzar con un dominio sólo eminente del Estado y con una propiedad especial minera la Comisión visualizaba el amparo por el trabajo, tanto más debe hacerlo cuando el Constituyente hoy establece el dominio calificado del Estado en los mismos términos del año 1971 y un concesionario minero.

Si ya en el proyecto Ortúzar y habiendo sólo establecido para el propietario minero la obligación de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer la función social del dominio, la Comisión visualizaba el amparo por el trabajo, tanto más debe hacerlo cuando el Constituyente hoy establece para un concesionario "la obligación de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento".

La LOCCM no realiza, entonces, tampoco una interpretación de sistema del texto constitucional sino prescinde del dominio del Estado y de la nueva legislación constitucional, atribuyéndose otra autoridad o derechos, distintos de los que expresamente se le atribuyen al legislador en el 19, Nº 24, inciso séptimo y violando por ende los artículos 5º, 6º y 7º de la Carta de 1980.

Así, pues, coincido con el pensamiento del abogado Pablo Rodríguez Grez cuando afirma: "El dominio que sibilinamente se genera sobre la pertenencia surge de los siguientes antecedentes: a. Del artículo 18 de la Ley 18.097, que no consagra entre las causales de caducidad la circuns-

tancia de que el dueño de la concesión no desarrolle actividades económicas que justifiquen la concesión . . . Esta conducta del dueño de la concesión no tiene sanción en la ley, pero sí en la Constitución que, de este modo, queda sin aplicación” (artículo: “Otro Error Histórico”, en *La Tercera de la Hora*, domingo 20 de noviembre de 1983, p. 3).

Por lo demás ésta fue la forma en que interpretó la Sociedad Nacional de Minería estos preceptos de la Constitución, como probaré a continuación.

Al promulgarse la Carta de 1980, temerosa del amparo por trabajo, la SONAMI solicita al Jefe del Estado una ley interpretativa constitucional sobre diversos puntos. Entre esos puntos, a juicio de SONAMI, el proyecto de ley interpretativa de la Constitución que solicita que se dicte podría disponer: “Que el sistema de amparo de la concesión será el que la Excm. Junta de Gobierno estableció mediante el decreto ley N° 1.759 de 1977” y “Que las únicas causales de caducidad de la concesión serán el no pago de dos patentes anuales consecutivas y la declaración de terreno franco hecha por el juez si no hubiere interesado en adjudicársela en el procedimiento de ejecución por mora en el pago de una patente . . .”.

La Sociedad Nacional de Minería pretendía así reducir la Constitución a algo que la Constitución no dice y no quiso deliberadamente decir.

* * *

Volvamos a los comentaristas del texto que es la materia de la segunda parte. El *Informe Técnico* da por supuesto que la palabra actividad está usada en un amplio sentido y que “con el objeto de lograr que se satisfaga directa e indirectamente el interés público de que se desarrolle la actividad minera, el amparo por la patente resulta un medio indirecto, adecuado y justo, tanto desde el punto de vista del Estado como de los particulares” (p. 64). “El proyecto conserva el sistema tradicional y general de amparo de la legislación minera chilena consistente en el pago anual y anticipado de una patente” (p. 65).

No es exacto el Informe al señalar el amparo por la patente como el modo chileno tradicional de amparo minero. Dice don Mario Góngora: “Hasta el Código de Minería de 1888 las minas están sujetas a la noción de “derecho-deber”, bien conocida en la historia del derecho. Las minas son concedidas por el Rey o por el Gobierno Republicano para ser trabajadas, y mientras sean trabajadas. El “amparo por el trabajo” está intrínsecamente vinculado al dominio, llámese “merced” en el XVI o “propiedad” (nombre que aparece por primera vez en las Ordenanzas de Nueva España de 1783, vigentes en Chile desde 1785). Es pues un dominio sui géneris, fundado en el derecho radical o eminente del Estado, que vela por el cumplimiento

efectivo de este "derecho-deber", permitiendo denunciar una mina no trabajada... También para el primer Código republicano, el de 1874, las minas son concedidas en "propiedad, posesión, uso y goce", pero "bajo la condición de trabajarlas y explotarlas constantemente", "conforme a las reglas del arte", la mina despoblada "vuelve a la propiedad del Estado". Es verdad que el Código de 1888 cambió "el amparo por el trabajo" e instituyó en su lugar el pago de la patente". (*El Mercurio*, 25 de noviembre de 1983, Cartas al Director).

Bástenos agregar a este respecto el testimonio de un tercero imparcial, el ingeniero de minas alemán Paúl Treutler quien visita Chile entre 1851 y 1863 y señala a la letra:

"Cuando una mina no se trabaja durante noventa días, cualquier persona puede pedir al Intendente que declare el despueblo y le otorgue a él el dominio. Una solicitud de esta índole se llama "denuncio" y por medio de él se piden antiguas minas abandonadas. El Intendente cita al último dueño y si se comprueba que éste no trabajó la mina durante noventa días, se traspa el dominio de inmediato al nuevo solicitante. En caso de ignorarse el último dueño de una mina abandonada, el denuncio es publicado en los diarios y se lo pregona durante tres domingos seguidos, después de la misa principal, en la puerta de la iglesia, con el acompañamiento de un tambor. Si nadie reclama, el denunciante obtiene el dominio de la mina y debe pagar por ello doce pesos de derechos" (*Fünfzehn Jahre in Süd-Amerika an den Ufern Des Stillen Oceans*, Weltpost-Verlag, Leipzig, 1881. En castellano: "Andanzas de un alemán en Chile" (1851-1863), traducción de Carlos Keller R., Editorial del Pacífico, 1965, Santiago de Chile, pp. 99-100).

Así, pues, no cabe duda alguna que la protección por el trabajo y no el amparo por la patente es el sistema chileno tradicional.

Lo que el Ministro Piñera no explica es cómo la patente es un medio indirecto para lograr la actividad minera. Sin lugar a dudas, la patente y su pago genera una cierta actividad, pero no es ese tipo de actividad el que tuvo en vista el Constituyente. No es la actividad de un departamento legal o el de una oficina de propiedades mineras lo que visualiza el Constituyente. A lo más la patente incentivará la generación de rentas para su pago, puesto que el artículo 12, inciso final, dispone: "Lo pagado por patente minera por una concesión de explotación se imputará al pago del impuesto a la renta que derive de la actividad minera realizada en la respectiva concesión, con arreglo a lo que determine el Código de Minería". En todo caso no es esa clase de actividad la que justifica su otorgamiento y satisface el interés público.

El Informe Técnico muestra en las páginas 63 y 64 la dificultad del amparo por el trabajo y llega a señalar que no satisface con él el interés

público, cosa en la que va más allá incluso de la propia Comisión Ortúzar, extrapolando en la Constitución lo que es su personal manera de ver.

El profesor Ruiz Bourgeois cree que la palabra actividad puede ser entendida en una forma amplísima. A lo menos lo creyó para el Proyecto Ortúzar, puesto que dice en *Actas*, en que como he demostrado se hablaba sólo de actividad necesaria para satisfacer la función social del dominio en el muy restringido concepto que acepta la Comisión: "Se analizó la forma de llevar adelante las ideas que aquí se debatieron. Había acuerdo en que era conveniente un sistema de amparo que "tendiera" —costó mucho encontrar la expresión adecuada, primeramente se empleó el término "propendiera"— a la actividad. Porque una de las críticas que se ha hecho al sistema de patentes es que quedan muchas pertenencias mineras inactivas. Es una crítica relativa, porque efectivamente no hay nadie tan desinteresado que, si una mina le ofrece un buen negocio, deje de explotarla.

Pero se entiende que la pertenencia minera —llámese "concesión" o "propiedad"— se otorga para ser explotada. Es de la esencia de la concesión minera, pertenencia o propiedad, que el titular de ella la explote, la haga producir. Naturalmente, no siempre esto es posible.

Hay ciertas circunstancias, independientes de la voluntad del titular, que tornan imposible, en un momento determinado, hacerla producir. Desde luego, no se podría hablar de "producción", porque, para que fuera justo el sistema, sería menester que la producción fuera proporcional a la importancia del yacimiento. Ahora para determinar de antemano cuál es la proporcionalidad en relación con la importancia del yacimiento, es menester cubicar previamente el yacimiento, y esto no lo soporta la mayor parte de las minas de Chile, pues la cubicación es muy cara. *De ahí, entonces, que se haya preferido habla de "actividad", entendiéndose por tal aquella que conduzca a hacer producir.* Ahora bien, se habla de actividad "para satisfacer la función social del dominio" y se habla de "régimen de amparo", porque se entiende que es un sistema complejo, y se busca la expresión que explique que este régimen debe tender, directa o indirectamente, a esa actividad. Esto significa —de ello quiere dejar expreso testimonio— que la patente es un sistema que, indirectamente, tiende a esa actividad". (*Actas*, sesión 181, 13 de enero, p. 3).

Ignoro si el Sr. Ruiz sigue sosteniendo, visto el nuevo texto Constitucional, que éste emplea la palabra actividad como expresión de "todo aquello que propende a producir" o como lo sostengo "todo aquello que está ligado a la explotación misma de la mina entregada en concesión". Es claro que el pago de la patente "propende a producir", pero no necesariamente conduce a ello y lo que el Constituyente desea es la explotación misma y no los meros actos preparatorios.

Por lo demás, los miembros de la Comisión Ortúzar sabían que en ese entonces la Comisión Redactora del Código de Minería estaba trabajando *en la substitución o al menos en el perfeccionamiento drástico del régimen de amparo* y es para ello que se le otorga mandato al legislador, como lo reconoce el propio Asesor de SONAMI, Juan Luis Ossa, en *Actas*, sesión 182, 14 de enero de 1976, p. 8.

Los incisos incorporados en el seno de la Junta no dejaron, a mi juicio, ninguna duda al respecto y los temores de SONAMI en 1980 tenían un gran fundamento.

Sólo que con posterioridad el codo neoliberal de la LOCCM borró lo que escribió la mano nacionalista del Constituyente.

No me cabe duda alguna entonces de la inconstitucionalidad del art. 12 y del art. 18 de la LOCCM, por haber modificado y tácitamente dejado sin efecto el inciso séptimo del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980.

No fue ésta, sin embargo, la interpretación del Tribunal Constitucional.

En efecto, la Junta de Gobierno envió al Tribunal Constitucional el proyecto de ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras. El 22 de diciembre de 1981 el Tribunal Constitucional falló que: considerando 4 "Que el proyecto de LOC referido, respecto de los demás preceptos, no contienen disposición contraria a la Constitución Política de la República", declaración 2: SE DECLARA: Que los demás preceptos del proyecto de ley remitido son constitucionales".

Entre los "demás preceptos" de que habla el Tribunal Constitucional se encuentran comprendidos los artículos cuya inconstitucionalidad he defendido.

Sin embargo, sostengo que puede alegarse la inaplicabilidad ante la Corte Suprema de acuerdo al artículo 80 de la Constitución, ya que el tribunal sólo se ha pronunciado respecto de dos "supuestos vicios" (necesidad de una ley ordinaria para determinar las sustancias concesibles y supuesta perpetuidad de la concesión minera). De manera que si se alegare ante la Corte Suprema la inconstitucionalidad del art. 12 y del art. 18 de la LOCCM, no es aplicable el inciso final del artículo 83: "Resuelto por el tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia". Recordemos, por último, que contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede el mismo tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido" (*ibidem*).

Como sabemos, el dominio del concesionario sobre su concesión se extingue por la expropiación, como cualquier otro tipo de propiedad.

Señala la Constitución de 1980: "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado" (art. 19, N° 24, inciso 3°).

El art. 10 de la LOCCM señala en su punto 4 que el concesionario de exploración tiene derecho exclusivo a "4. ser indemnizado, en caso de expropiación por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado".

El art. 11, punto 3, referido al concesionario de explotación, señala que éste tiene derecho exclusivo: "a ser indemnizado, en caso de expropiación de la concesión, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión".

Dice el *Informe Técnico*: "Para determinar el daño efectivamente causado en la expropiación de una concesión minera de explotación debe determinarse en qué consiste este derecho del cual se priva. Como este derecho —la concesión plena— implica la facultad de iniciar la extracción y apropiación de las sustancias —en el caso de que el concesionario sufriera la privación antes de comenzar a explotar— y la facultad de continuar ejerciéndolo —cuando se expropia durante la explotación—, se colige que la indemnización debe comprender el valor que a la fecha de la expropiación tenía la concesión de explotación o, lo que es lo mismo, *el valor que el mercado atribuye al negocio que el concesionario poseía*. Desde el punto de vista de las normas constitucionales hay que cubrir el valor del daño patrimonial y éste comprende el valor de cambio que su propietario podrá haber obtenido de no mediar el acto de privación, es decir, si la explotación de la mina hubiera continuado en poder del titular. Esto implica

que el daño patrimonial efectivamente causado consiste en lo que, en términos de ciencia económica, se llama el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión minera” (p. 61).

“La Constitución y la ley orgánica constitucional deben ser claras para indicar a los tribunales, que son los encargados de fijar la indemnización en casos de expropiación, cuando no existe acuerdo entre las partes, la naturaleza de los derechos del concesionario, para que los peritos que deba consultar el tribunal partan del principio correcto acerca de cuál es la indemnización que cubre el daño patrimonial efectivamente causado en los casos de expropiación de concesiones de explotación minera” (p. 20).

El problema de la interpretación constitucional va a radicar en la relación que exista entre el mandato constitucional que el expropiado “tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado en los casos de expropiación de concesiones de explotación minera” (p. 20).

El problema de la interpretación constitucional va a radicar en la relación que exista entre el mandato constitucional que el expropiado “tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado” y el sistema que propone la LOCCM que entiende que el valor presente del conjunto establecimiento-concesión será calculado de acuerdo a los flujos netos de caja de la concesión, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre.

Creo que, al margen de la conveniencia o inconveniencia del sistema ideado (que es un sistema por lo demás corrientemente empleado en ciencias económicas y administrativas y cuya aplicación estricta puede dar sorpresas, tanto para el expropiante como para el expropiado), el precepto es constitucional, pero no así la interpretación que el Ministro Piñera da del texto legal.

¿Qué tuvo en vista el Constituyente cuando exige la indemnización por el “daño efectivamente causado”?

Está claro en *Actas* lo que el proyecto no quiso. No quisieron los participantes que se repitiera en el futuro el tratamiento de que fueron objeto las empresas mineras nacionalizadas en el período Allende. Dice el señor Evans: “Precisamente, recuerda, uno de los grandes argumentos que tuvieron las compañías del cobre nacionalizadas, antes de que el actual Gobierno solucionara con racionalidad el problema que había legado el Gobierno del señor Allende, fue que se les había dado un tratamiento discriminatorio, pues se les había nacionalizado sus bienes en virtud de una reforma constitucional ad hoc, hecha a la medida, para producir determinados resultados, los cuales se tradujeron en que ninguna de las empresas, salvo la Minera Andina, que estaba iniciando su explotación en

1970, obtuvo un peso por concepto de indemnización, ya que el señor Allende, utilizando una disposición ad hoc, por la vía de la deducción de la rentabilidad excesiva, prácticamente redujo a cero toda posibilidad de indemnizar" (sesión 170, 27 de diciembre de 1975, p. 15). Dice el Sr. Silva Bascañán: "En su vida, advierte, no obstante que siempre estuvo en favor del principio de la nacionalización del cobre, no ha tenido un sufrimiento mayor, desde el punto de vista jurídico, que ver a una colectividad demagógicamente proyectada hacia una tremenda injusticia. Para el señor Silva Bascañán el proceso de nacionalización del cobre es lo más sorprendentemente contrario a lo que él habría querido se produjera. Recuerda que le correspondió sentirse absolutamente sólo, para refutar una posición que, desde su punto de vista jurídico, la considera vergonzante, cuando concurrió a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en los momentos en que se discutía la nacionalización del cobre, debiendo decir en esa oportunidad que la moral obligaba no sólo personalmente a los particulares, sino que a los grupos y a la colectividad nacional. Las más elementales normas de decencia en el trato se dejaron a un lado para obtener un resultado que podía ser muy laudable, pero a costa del atropello innecesario y grave de intereses que eran legítimos en virtud de contratos válidamente celebrados" (*ibidem*, p. 18).

Similares expresiones de Carlos Ruiz Bourgeois sobre la expropiación de Cerro Corporation (sesión 172, 9 de diciembre de 1975, pp. 4 y 5).

Idem Jorge Ovalle, *Actas*, sesión 172, p. 10. *Idem* Evans, p. 13.

Queda absolutamente claro en *Actas* que la indemnización no puede equivaler al valor de las reservas in situ, ya que el dueño del yacimiento es el Estado.

El señor Ortúzar señala en la sesión 171, 4 de diciembre de 1975, p. 11: "Le parecería extraordinariamente grave que se reconociera a una persona, por el sólo hecho de ser descubridora de una mina —podría haber comenzado todavía a explotarla—, la atribución de recibir una indemnización por el total del valor que esa riqueza signifique. Porque la verdad de las cosas es que esa riqueza pertenece a la Nación toda y ese minero no ha hecho otra cosa que descubrirla, si bien el hacerlo le da, naturalmente, un derecho que, en su concepto, debe ser garantizado, respaldado con todas las seguridades del caso para que pueda explorarla y explotarla. Pero en el caso de expropiación ¿va a tener derecho a una indemnización por el total de esa riqueza que puede ser de inestimable valor?

Agrega que, en cambio, con el dominio patrimonial del Estado, ese minero en caso de expropiación de su derecho a explotar, no tendría naturalmente el derecho de recibir una indemnización por el valor total de esa riqueza. Cree que en ese aspecto puede tener significación el

determinar el dominio del Estado como eminente o como patrimonial" (sesión 171, 4 de diciembre de 1975, p. 11) y luego agregará el Sr. Lira Ovalle en la sesión 172, p. 7: "No tendrá inconveniente alguno en que se estableciera un dominio patrimonial del Estado sobre la base de que el minero es dueño del yacimiento, pero sí que le parece absolutamente contradictorio e ilógico dar al Estado ese dominio patrimonial del yacimiento y, en seguida, establecer que el minero debe ser indemnizado por ese yacimiento, que no es de su dominio". Esa idea será aclarada por el asesor de SONAMI, Juan Luis Ossa: "Nadie pretende que el valor del yacimiento sea equivalente al producto bruto que se extraiga de él menos los costos, por ejemplo, no equivale al valor que tenga la masa del mineral una vez extraído y/o procesado" (sesión 173, p. 17).

Con todo la idea será revivida por la propia SONAMI en el memorándum citado al Presidente de la República: "que en el caso de expropiación, la indemnización corresponderá al valor comercial de la concesión a la fecha de la expropiación, valor que incluirá el que tengan in situ las substancias materia de ella, tasado por peritos que tomarán en cuenta la información fidedigna ya existente que permita una estimación técnica de las reservas a esa fecha" (1º de noviembre de 1981). Si esto hubiera ocurrido se hubiera sobrevaluado la concesión y se le pagaría como dueño y de una vez y al contado a un concesionario al que se ahorran los riesgos de la actividad minera.

Es el profesor Ruiz Bourgeois quien introduce la idea que el minero no sólo debería tener derecho a ser indemnizado por las inversiones que hubiere efectuado, sino también por *la justa expectativa* de la que dicha explotación pudiera producirle en un lapso prudente. El profesor Ruiz aclarará su idea en la sesión 173, 11 de diciembre de 1975: "Parece razonable entonces limitar el monto de la indemnización a un valor que, desarrollado a lo largo del tiempo que significa la explotación, le represente al minero el mismo valor con el interés que el capital le pudiese dar" (p. 23).

Don Alejandro Silva Bascañán, sin embargo, previene contra lo que él llama el peligro de tener que compensar "ad aeternum": "Estima que la expropiación no puede, en este caso, ser tan amplia que cubra más allá de una compensación comercial relativamente fácil de establecer, pero de ninguna manera ominosa por su monto; no puede comprender como fuente eterna el valor eventual del yacimiento a lo largo de muchas generaciones" (*Actas*, sesión 174, p. 21).

Finalmente, la Comisión señala y así es aprobado por el Constituyente, que *se harán aplicables a la expropiación del derecho de propiedad minera las mismas reglas generales aprobadas para la expropiación de toda propiedad, es decir, que se indemnizarían los perjuicios efectivamente cau-*

sados y que no habría norma especial sobre esa materia (*Actas*, sesión 182, 14 de enero de 1976) (voto en contra E. Evans, p. 13).

Frente a este acuerdo y constancia formal de la Comisión, en una sesión en que se encontraba presente el Sr. Samuel Lira, se producen dos importantes observaciones (*ibidem*, pp. 13 y 14).

Señala don Alejandro Silva que "según se desprende de la lectura de las actas correspondientes, en esa oportunidad quedó bien claro que en caso de expropiación de esta especie de propiedad no corresponde entregar el valor de la riqueza que puede estar en el yacimiento, sino que *debe compensarse el perjuicio sufrido por el expropiado en su patrimonio* y que, por lo tanto, es necesario acondicionar ese valor eventual de la propiedad minera en relación con el impacto que la expropiación produce en el patrimonio del expropiado. Reitera que de ninguna manera se pretende dar lugar a la entrega del valor de toda la riqueza minera que esté en el yacimiento". Queda pues descartada también ahí la idea de que la indemnización debe equivaler al valor total de las reservas *in situ* del mineral, incluso si se dedujeran los costos de extracción de éste.

No recuerdo que la Comisión haya tratado la indemnización de acuerdo al valor libro de los activos, salvo un recuento de diversos sistemas de indemnización hecho por Pedro J. Rodríguez. En todo caso, no fue el criterio retenido por la Comisión.

En la misma sesión citada Juan Luis Ossa formula la siguiente observación que por su importancia transcribo en su integridad: "Todos los depósitos de sustancias minerales, dice, cualquiera que sea el grado de desarrollo o falta de él, son susceptibles de apreciación pecuniaria más o menos aproximada, sea que hayan sido mensurados, que estén en explotación, o que hayan sido totalmente explotados y, consecuentemente, agotados. De manera que *nunca se ha pretendido* —y en esto concuerdo plenamente con el señor Silva Bascuñán—, *entregar al minero, a título de indemnización o compensación, todo el valor "histórico" que a la postre, luego de la explotación y agotamiento del yacimiento, se le puede asignar*. Nadie pretende eso, porque, además, se trata de un valor desconocido, imposible de determinar en el momento del cálculo del monto del valor de la expropiación. Insiste, sí, en que *todo yacimiento* es susceptible de una apreciación, de acuerdo con fórmulas más o menos aceptadas internacionalmente, y ese valor, así apreciado, es, a su juicio, el que debe compensarse al minero, porque constituye el perjuicio patrimonial efectivamente causado.

El señor Díez acota que el profesor Ossa ha manifestado exactamente lo que pensaba decir, razón por la cual se abstiene de intervenir por el momento.

El señor Evans solicita que se deje constancia, como acuerdo de la Comisión, de lo que acaba de manifestar el señor Ossa.

El señor Ortúzar (Presidente), declara que se dejará constancia en acta de lo expresado por el profesor don Juan Luis Ossa”.

El problema, entonces, radicaría, aparentemente, en ver *si el daño patrimonial efectivamente causado* de que habla la Constitución alberga el “valor presente de los flujos netos de caja” que la concesión generaría si no fuera expropiada o por el contrario implica el “valor histórico” del que quedó constancia en Actas como rechazado.

Creo que es defendible el que el método de la LOCCM es admisible en la orientación fijada por la Comisión Ortúzar por cuanto si se demuestra que la concesión de explotación puede generar utilidades en el futuro, deben descontarse esas utilidades a una tasa de interés determinada para traerlas al presente (debido al concepto del valor tiempo del dinero).

Con todo en las versiones del *Informe Técnico*, como en otras presentaciones de los Ministros Piñera y Lira Ovalle se da por descontado que ése es el valor de la indemnización y que el juez deberá fijar de acuerdo a este método la indemnización.

No dice eso el artículo 11.3 citado. El expropiado tiene derecho a ser indemnizado por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado (disposición constitucional). Este daño consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión.

Lógicamente, si hay acuerdo entre las partes el valor acordado será el valor de la indemnización.

Pero si no hay acuerdo el valor de dicho daño *será fijado por el juez*, previo dictamen de peritos.

El método del “valor presente de los flujos de caja” es obligatorio para los peritos, *pero no es obligatorio para el juez el atenerse a él*, como regla general.

Si se interpretara que el juez debe adecuarse a él, estaríamos ante una inconstitucionalidad manifiesta, porque la ley orgánica no puede dar criterios substantivos al juez.

Este punto se discutió expresamente en *Actas*.

Dice la Constitución en el art. 19, N° 24, inciso tercero que “la indemnización se fijará de común acuerdo o en *sentencia dictada conforme a derecho* por dichos tribunales (ordinarios).

En la sesión 172 el Presidente Ortúzar dice expresamente, contra la opinión de Pedro J. Rodríguez, que “le parecería sumamente grave que se abriera, a través de la interpretación de este precepto, la posibilidad de que el día de mañana el legislador pudiera, a su arbitrio, fijar la indemnización —quiere repetir al señor Rodríguez que la indemnización por el

daño patrimonial efectivamente causado o se fija de común acuerdo o la determinan los tribunales, y cualquiera que sea la naturaleza de los bienes, *no puede el legislador entrar a definir lo que es el daño patrimonial efectivamente causado*" (9 de diciembre de 1975, p. 21) . . . "A su juicio, el legislador no podría decir el día de mañana, por ejemplo, qué se entiende por daño patrimonial efectivamente causado el daño emergente, ni tampoco establecer qué se entiende por tal, en el caso de expropiación de bienes raíces, el avalúo fiscal que tenga la propiedad. Enfatiza que eso no lo podría decir, porque ése fue el sentido del acuerdo de la Comisión" (p. 22).

Enrique Evans señala que la expresión "daño patrimonial efectivamente causado" precisamente tuvo por objeto dejar amplio campo al tribunal para que apreciara todos los elementos de juicio que lo llevaran a concluir cuál era la naturaleza, especie y monto del daño patrimonial efectivamente causado".

Jorge Ovalle dice lo siguiente: "Cree con el señor Presidente que la ley no puede fijar el contenido de una expresión que el constituyente haya empleado en la Constitución y *que las leyes interpretativas en esta materia serían inconstitucionales*, como si una ley, por ejemplo, dijera que la indemnización comprende tan sólo la indemnización moratoria . . . las palabras y expresiones de la Constitución deben ser entendidas en el sentido que le dio el Constituyente, porque, de otro modo, se abriría una amplia brecha a través de la cual el legislador podría modificar la Constitución por una simple ley".

José María Eyzaguirre señala que la expresión "sentencia dictada conforme a derecho", en ningún caso implica darle a la ley la facultad de determinar, ella, la indemnización, o de establecer cualquier norma que pudiera ser distinta a indemnizar el daño patrimonial efectivamente causado. Estima que la ley está subordinada a la Constitución, por lo tanto, si se aprueba una ley con infracción de aquella disposición constitucional que dice que la indemnización debe comprender el daño efectivamente causado, esa ley sería declarada inconstitucional, o por lo menos, inaplicable por el mismo motivo.

Aclara que la norma de que la sentencia debe ser dictada conforme a derecho es para oponerla a la sentencia dictada en conciencia por cuanto aquí hay dos maneras de resolver la materia: o se resuelve conforme a derecho, vale decir, el juez está obligado a fundar su sentencia en norma; de derecho —sea la Constitución, sea la ley— y a apreciar la prueba en derecho, o sea, a establecer el monto de los perjuicios mediante las normas que el Código de Procedimiento Civil o el Código Civil dan para apreciar la prueba, y lo otro sería la dictación de un fallo en conciencia, en que el juez pueda simplemente decir que fija el monto de la indemnización

según su leal parecer y entender, y sin someterse a ninguna norma jurídica ni a las reglas que determinen el valor de las distintas probanzas que se hagan en el proceso.

Señala que ése es el alcance que le da a la frase "sentencia dictada conforme a derecho por los tribunales ordinarios", y no el darle "competencia al legislador para que pueda modificar al Constituyente".

Esta posición logró la unanimidad de la Comisión (p. 25).

Se rechazó, por lo tanto, expresamente la opinión de Pedro J. Rodríguez: "Al fijarse la indemnización por los tribunales, *éstos van a tener que determinar cuál es el criterio para fijar el daño patrimonial efectivamente causado*, y más aún, para establecer precisamente en qué consiste el daño patrimonial y si está efectivamente causado. Añade que sobre cada una de estas materias lógicamente pueden existir criterios distintos y si la ley establece esto que son definiciones —se dicta una ley estableciendo que se define por daño patrimonial tal cosa y por daño efectivamente causado, tal otra— la sentencia dictada en conformidad a la ley, que sería constitucional porque evidentemente sería conforme a ella y un desarrollo de ella, *tendría que ser obligatoria para el tribunal en la materia de su decisión*".

El señor Ortúzar (Presidente) aclara que no es ese el criterio de la Comisión, hecho que se advierte para que no vaya a quedar constancia en actas de que ese era el sentido de la disposición (p. 19).

A idéntica conclusión llegaba el profesor José Luis Cea Egaña en el estudio sobre la historia fidedigna de la Ley Orgánica de Procedimiento Expropiatorio:

En definitiva, la Comisión acordó que el juez, sobre la base de los informes periciales y otros de que dispusiera, soberanamente decidiera el momento para calcular el monto del daño patrimonial efectivamente causado (Actas de las sesiones números 265, 266 y 279 en pp. 37-46, 34-35, 39-40 y 36) (José Luis Cea Egaña: "Antecedentes Históricos de la Ley Orgánica de Procedimiento Expropiatorio", conferencia pronunciada en la U.C. de Chile el 22 de noviembre de 1978, *Boletín de Investigaciones*, 44-45, p. 16, diciembre de 1979).

Para un resumen de las Actas de la Comisión Ortúzar sobre el derecho de dominio, véase también de José Luis Cea Egaña: "Estatuto Constitucional del Dominio", conferencia dictada el 17 de noviembre de 1976, *Boletín de Investigaciones*, número 42, abril de 1979, pp. 1 a 60, especialmente pp. 28-31. Utilizaremos ambos trabajos en la tercera parte de esta ponencia.

No puede, entonces, la ley fijar criterios substantivos al juez, condicionando su decisión. Si así se pretendiera hacer se desconocerían las facultades exclusivas de los tribunales de justicia y se violaría la Constitución

de 1980, que incorporando el Acta Constitucional N° 3 alteró el criterio sostenido por la Constitución de 1925 después de la reforma constitucional de la Ley N° 16.615 de 20 de enero de 1967.

Pero precisamente ésta es la opinión del Ministro Piñera: "En el caso de la minería, puede resultar más difícil que en otras actividades determinar de común acuerdo el valor del bien expropiado, o sea, el valor del daño que se causa con su expropiación. *Por tal razón, la ley puede indicar criterios para determinar ese daño.* Por cierto que las indicaciones no pueden ser arbitrarias, ya que tienen que ajustarse al mandato constitucional de lo que se indemniza es el daño patrimonial efectivo y que la determinación la hace finalmente el juez" (José Piñera E.: La justa indemnización en *La Tercera de la Hora*, lunes 5 de diciembre de 1983, p. 3).

Si la opinión del Sr. Piñera fuera aceptada, la LOCCM sería inconstitucional porque violaría precisamente el mandato constitucional que pretende acatar y aplicar.

Como ya hemos visto en la constitución de la propiedad minera, el juez tiene su propia esfera de acción, donde la equidad tiene su rol. La fijación de una indemnización como dice el profesor Evans "envuelve la idea de que no se trata de una indemnización calzada matemáticamente que supone, en consecuencia, una apreciación más que un cálculo o una liquidación aritmética" (p. 20).

* * *

La seguridad jurídica que otorga al concesionario la Constitución y la LOCCM es que sus asuntos serán decididos por los tribunales de justicia y que específicamente será por ellos determinada la indemnización en caso de expropiación de la concesión.

He afirmado que, en definitiva, será el juez ordinario el que fijará la indemnización, teniendo presente entre otros antecedentes periciales, el del valor presente de los flujos de caja.

En mi interpretación no está vedado al juez el fijar otra indemnización distinta de la que emane de ese cálculo. Podría el juez determinar una indemnización de acuerdo al valor libros o de acuerdo a un cálculo de rentabilidad esperada, etc. No podría, por haberse hecho una expresa mención a ello en *Actas*, indemnizar de acuerdo al valor de las reservas in situ.

La obligación del juez es indemnizar por el daño patrimonial efectivamente causado, nada más y nada menos. Es lógico que si rechaza el método del inciso final del 11.3 deberá declarar por qué no se atiende a él, puesto que su decisión no puede ser arbitraria, y deberá atender a las leyes y principios jurídicos comunes relacionados con el daño, tal como veremos en la tercera parte.

Ya he señalado que obligar al juez a calcular una indemnización, mediante un método determinado por la ley, es inconstitucional. Ello como demostraré en el último acápite de esta parte vale también para una Ley Orgánica Constitucional.

A mayor abundamiento, la tesis del Ministro Piñera en el sentido de que el juez está obligado a ceñirse al método de los flujos de caja—valor presente no puede sostenerse ni al tenor literal del artículo 11.3 de la LOCCM ni en relación a las reglas de procedimiento del Código de Procedimiento Civil para la prueba de peritos.

La Constitución de 1980 establece que el monto de la indemnización alcanzará al “daño patrimonial efectivamente causado” por la expropiación; la expropiación se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales; a falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

Ningún precepto de la LOCCM obliga al juez a ceñirse al método. Debe recurrir el juez al dictamen de peritos y los peritos aplicarán el método señalado para su cálculo, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre.

* * *

¿Cómo se entiende el dictamen de peritos?

Estamos claramente aquí ante el caso de un informe pericial obligatorio, de manera que no podría omitir el juez la prueba pericial, so pena de nulidad por haber omitido un trámite que la ley considera esencial, procediendo en ese caso el recurso de casación en la forma (art. 768, N° 9, CPC).

Nombrados los peritos, de acuerdo a las reglas del artículo 414 del CPC, las dificultades se centrarán sea en las bases de cálculo, sea en la determinación de las reservas de sustancias concedidas que debe demostrar el expropiado. Así, por ejemplo, el precio, el costo y el nivel de producción en el futuro, la tasa de impuesto vigente, la de descuento serán motivo de impugnaciones y de observaciones de las partes.

A mi juicio la ley obliga al perito a presentar un cálculo de acuerdo al valor presente de los flujos de caja netos de la concesión, pero no se le prohíbe presentar en su informe pericial otros cálculos de acuerdo a la metodología que estime más adecuada para determinar, en el caso, el daño patrimonial efectivamente causado.

Porque el rol del perito es en nuestra legislación el de emitir una opinión técnica que ilustre la decisión judicial y no podría el legislador indicar a priori al perito el emplear un método única y exclusivamente y “ad aeternum”, como si el desarrollo de una ciencia o arte no pudiera

aportar mejoras o reemplazos a los métodos. Si así lo hiciera reduciría su rol a determinar sólo las bases de cálculo o estaría estableciendo una presunción.

Por lo dicho, estimo que el perito cumplirá con la LOCCM realizando los cálculos señalados en ella, pero tiene el deber de aportar al tribunal todo antecedente o método que de acuerdo a su ciencia y arte permita al juez fijar en equidad el daño efectivamente causado al patrimonio del concesionario. Así lo dice Carlos de Miguel, el que define el dictamen de peritos como "la opinión o parecer de una persona especializada en una profesión, arte u oficio, acerca de algún objeto o hecho que cae dentro de la esfera de su conocimiento, con el fin de que, aportando sus máximas de experiencia, el juez se ilustre y resuelva acertadamente el litigio" (*Revista de Derecho Procesal*, 1976, p. 29).

El artículo 425 del Código de Procedimiento Civil establece que los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen pericial en conformidad a las reglas de la sana crítica. Ello significa que su opinión no obliga al juez, el cual es libre para seguir o apartarse del criterio sustentado por el perito, de acuerdo a su propia convicción.

Y como bien dice Casarino Viterbo: "Entendemos *por reglas de la sana crítica*, el conjunto de normas lógicas y de sentido común que el juez debe emplear para valorizar o ponderar ese medio probatorio. Se trata de un criterio normativo no jurídico, que sirve al juez, en posición de hombre normal, o sea, en actitud prudente y objetiva, para emitir una apreciación acerca del dictamen que le ha presentado un científico o técnico" (*Manual de Derecho Procesal*, tomo IV, p. 195).

Estamos, pues, ante un sistema de valoración judicial de la prueba, sujeta a control interno, porque no debemos confundir "sana crítica" con "apreciación de la prueba en conciencia".

Para fijar la indemnización, que por mandato constitucional será siempre en dinero efectivo y al contado a menos de mediar acuerdo entre expropiante y expropiado, el juez apreciará el o los dictámenes periciales (incluido el referente al de valor presente de los flujos netos de caja) aplicando "las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar" (Eduardo Couture). Hay entonces una doble posibilidad de control: la lógica y las máximas de la experiencia que tienen éstas un estándar en el sistema social en que se insertan.

La apreciación en conciencia, si bien implica que el juez debe formar su convicción por los medios de prueba presentados, deja al juez el fallar de acuerdo a su leal saber y entender. El grado de objetividad, por lo tanto, es mayor en la apreciación de la prueba de acuerdo a la sana crítica que en la apreciación en conciencia.

No estamos pues ni ante una presunción ni ante una valoración legal de la prueba, ni siquiera relativa.

Y no podría ser de otra manera, porque no podría el Constituyente y el legislador cifrar tantas esperanzas en las garantías de la constitución y amparo judicial del concesionario minero por los tribunales ordinarios, para luego bruscamente desconfiar del tribunal quitando toda evaluación probatoria al juez en la fijación del monto de la indemnización, sometiéndolo a una valoración absoluta: "Inclusio unious, exclusio alterius".

En conclusión, la misma incomprensión del juez y su rol que revela el Ministro Piñera en la constitución de la concesión minera se muestra también en su interpretación del artículo 11 de la LOCCM.

* * *

Podría, finalmente, argumentarse que si bien a una ley ordinaria le está vedado dar criterios al juez para fijar la indemnización, no le estaría prohibido hacerlo a una Ley Orgánica Constitucional.

Ello equivaldría a señalar una jerarquía normativa superior a la Ley Orgánica Constitucional de aquella que ostenta la ley ordinaria, como lo hace el Informe Técnico y en ese mismo craso error cae el abogado Tomic quien afirma en una de sus cartas recientes al Ministro Lira Ovalle: "Usted como yo sabe que las disposiciones de una *ley común* (y el D.L. 1.349 es una ley común) no son aplicables a las garantías específicas de una ley de rango constitucional (¡y la Ley Minera 18.097 es una ley de rango constitucional!)" (Revista *Hoy*, número 336, 28 de diciembre de 1983, p. 12).

Del hecho que la propia Constitución señale materias confiadas a leyes orgánicas y de que para ser aprobada, modificada y derogada requiera del quórum de tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio o de la unanimidad de la Junta en el período de transición, de la no procedencia de la delegación de facultades legislativas a su respecto y de la obligatoriedad del control previo de constitucionalidad antes de su promulgación no puede inferirse que la Ley Orgánica forma parte de la Constitución, puesto que el propio Constituyente en el art. 60 1) las incluye entre "las materias de ley".

Esto viene siendo ya un lugar común entre los profesores de Derecho Público del país (Véase Luz Bulnes Aldunate: "Leyes Orgánicas Constitucionales" en *Gaceta Jurídica* N° 35, mayo de 1983, pp. 3-12; Manuel Daniel Argandoña: "Las Leyes Orgánicas y Constitucionales" en *Gaceta Jurídica* N° 37, julio de 1983, pp. 5-12; Hugo Caldera Delgado: "Las Leyes Orgánicas Constitucionales y el Recurso de Inaplicabilidad" en *Gaceta Jurídica* N° 37, julio de 1983, pp. 12-16; Lautaro Ríos Alvarez: "Las

Leyes Orgánicas Constitucionales”, Universidad de Valparaíso, Escuela de Derecho, 1983).

No existe, pues, a mi juicio, una supremacía de la ley orgánica sobre la ley ordinaria, sino que es la nueva aplicación del principio especialidad-generalidad la que excluye que una ley ordinaria pudiera regular materias de competencia de la Ley Orgánica, pues lo que se violaría en ese caso sería la propia Constitución.

El hecho de que haya un examen de constitucionalidad previo del tribunal constitucional no es obstáculo al recurso de inaplicabilidad, ni ello cambia la naturaleza de la LOC que substancialmente no es distinta de la ley ordinaria.

Porque si bien en la sentencia del 22 de diciembre de 1981 el tribunal como lo indiqué anteriormente declaró que los preceptos de la LOCCM son constitucionales y lo hizo mediante una sentencia, no es menos cierto que el art. 25 del Reglamento sobre Tramitación de Leyes reduce este control a “que no existen reparos de constitucionalidad en el proyecto remitido”. Y que lógicamente aquí no se ha suscitado controversia y el Tribunal Constitucional está actuando en sede consultiva-legislativa y no propiamente como tribunal.

Así, pues, la LOC no puede fijar criterios al juez para determinar la indemnización, a pretexto de estar dando derechos al concesionario porque si el Constituyente lo hubiera deseado lo hubiere efectuado expresamente, cosa que no hace, y, por el contrario, asimila la protección del derecho del concesionario a la garantía general del derecho de propiedad.

No es, pues, el concesionario minero un propietario y si su derecho está protegido por la garantía constitucional debe estarlo como cualquier otro dueño de un derecho real, sometido por tanto al 19, N° 24, incisos 3, 4 y 5.

Por lo tanto si la norma del artículo 11.3 de la LOCCM fuere interpretada como lo hace el Ministro Piñera, esa norma sería claramente inconstitucional.

En la forma en que interpreto este precepto ello es constitucional, si bien el ajuste automático al valor presente de los flujos de caja netos para fijar la indemnización se esfuma y queda como una mera indicación auxiliar de la decisión judicial.

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE

Establecido en la primera parte de este trabajo que la Constitución de 1980 no constituye un sistema jurídico armónico, sino un conjunto de disposiciones difícilmente compatibles entre sí y aparentemente contradictorias en materias mineras, se concluyó que: “Corresponderá a la

LOCCM buscar una armonización jurídica y a la doctrina explicar el sentido de la interpretación del texto Constitucional”.

La introducción en el seno de la Junta de los incisos referentes al dominio calificado del Estado y necesaria actividad del concesionario producen en los comentaristas la tendencia a desacreditar el debate, calificándolo de intrascendente o inútil.

Por el contrario, esta segunda parte demuestra que estos incisos no fueron fruto de la inadvertencia o de la ligereza del Constituyente y encuentran ambos sus raíces en las discusiones sobre la propiedad y la Reforma Agraria en 1967 y se incorporan en la Reforma Constitucional de 1971.

La conclusión del Ministro Piñera es entender el dominio del Estado como un dominio subsidiario y la concesión como “concesión plena”. El estudio muestra que ambas explicaciones deben ser entendidas más como figuras literarias que como interpretaciones jurídicas. Tanto el Sr. Piñera como el Ministro Lira reducen el dominio calificado del Estado a una especie de dominio público “sui generis”, cercano e idéntico al dominio eminente. Queda en pie con todo que no se trata de un dominio civil.

El estudio señala que el conservar los mismos adjetivos al dominio del Estado sobre las minas se debió, en alguna medida, a la eventual reclamación de las compañías nacionalizadas en 1971 y al alegato de una reforma constitucional ad hoc.

La tesis de la concesión plena (o de dominio completo sobre el derecho real de la concesión) supone en las explicaciones del Informe Técnico que el juez declara un derecho preexistente del particular a constituir concesión y una falta de cauce jurídico al derecho de dominio del Estado. Ello no es consistente ni con la LOCCM ni con la Constitución.

Las explicaciones del Ministro Lira Ovalle si bien son coherentes con sus posturas en la cátedra y en la Comisión Ortúzar y el Proyecto del Consejo de Estado, no lo son con los textos definitivamente promulgados. Es manifiesta su tendencia a reducir los nuevos textos a la tesis dominio eminente-propiedad especial minera. Algunas de sus explicaciones de hoy son contradictorias con sus declaraciones en Actas y no están exentas de extrapolaciones y ambigüedades.

El presente estudio a contrario de la interpretación corriente prueba que el cauce jurídico lógico al dominio del Estado sobre las minas y a la obligación de actividad del concesionario es el amparo por el trabajo, como consta en Actas. Así el amparo por la patente deja sin aplicación preceptos constitucionales claros, no cumple el legislador con el mandato del Constituyente y cae en una inconstitucionalidad abierta. No es óbice al alegato de inconstitucionalidad ni al recurso de inaplicabilidad la declaración en sede legislativa-consultiva del Tribunal Constitucional, acerca

de la constitucionalidad de los preceptos de la LOCCM, porque no ha actuado en sede jurisdiccional ni se ha pronunciado específicamente sobre el vicio que se invoca.

Por el contrario, el presente estudio rechaza a la par la interpretación corriente en la oposición política de que los preceptos de la LOCCM referentes a la indemnización son inconstitucionales como la interpretación del Informe Técnico.

El Informe Técnico sostiene y es acorde con los planteamientos del Sr. Tomic y Rodríguez que la ley tiene facultades para fijar criterios al juez para determinar la indemnización y que el juez está obligado a aplicar el método del valor presente de los flujos de caja netos señalado en el art. 11, punto 3 de la LOCCM.

El presente trabajo prueba que el juez no está obligado a fijar la indemnización de acuerdo a ese método, sino que aprecia las pruebas periciales de acuerdo a la sana crítica y que por lo demás toda pretensión de encasillar al juez en criterios fijados por la ley para determinar la indemnización es de inconstitucionalidad manifiesta. Para el juez sólo existe la obligación de apreciar las pericias de acuerdo al Código de Procedimiento Civil y de determinar según los principios generales el daño efectivamente causado en el patrimonio del concesionario, que se indican con ciertas restricciones en *Actas*.

En consecuencia, gran parte de la polémica suscitada en torno a la justa indemnización carece de asidero constitucional y legal.

Una interpretación jurídica coherente de los preceptos de la Constitución, de la LOCCM y del Código de Minería será intentada en la tercera parte, teniendo presente el aforismo de Justiniano: "Glossatores non sunt legislatores".

El impacto de la nueva legislación y de la Constitución de 1980 en los poderes de policía que la Administración del Estado conserva respecto de la minería y que se suponen vigentes por el Ministro del ramo serán analizados en una cuarta parte.