

FORMULACION DE PRINCIPIOS PARA EL DERECHO MINERO

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Profesor de Derecho Minero

Facultad de Derecho - Universidad Católica de Chile

SUMARIO

I. Los "sistemas" de régimen minero señalados habitualmente por la doctrina. II. Nuestra disconformidad con dicho criterio. Razones. III. La disciplina denominada derecho minero. Su autonomía. IV. Formulación de principios. V. El planteamiento de una reconstrucción del régimen jurídico de la minería. VI. Sobre la aparente originalidad de esta formulación. VII. La historia como antecedente fundante.

I. "SISTEMAS" DE RÉGIMEN MINERO SEÑALADOS HABITUALMENTE POR LA DOCTRINA

Es habitual que la doctrina —o, los libros de texto¹, en general— al analizar, con cualquier perspectiva o profundidad el régimen jurídico

*El texto que se ofrece forma parte de la *Introducción* de mi tesis doctoral intitulada *Reconstrucción histórica y dogmática del Derecho minero*, Pamplona, 1988. Sobre Derecho Minero, y del mismo origen, véase nuestros: *El dominio eminente y su aplicación en materia de minas*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, Nº 1 (1988), 87-110, y *Sobre los derechos mineros en Chile*, en *idem* vol. 16 Nº 1 (en prensas).

¹Así: en Chile, Julio Ruiz Bourgeois, *Instituciones de Derecho minero chileno*, t. I Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949, 30-32; Armando Uribe Herrera, *Manual de derecho de minería*, 3ª. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968, 27-32; Octavio Gutiérrez Carrasco, *El régimen de la propiedad minera*, en: "Modificaciones legales del sexenio 1973-1979", II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980, 465-468; y, Juan Luis Ossa

de la minería, (o en otras palabras, al comienzo de toda exposición del contenido de lo que constituye el Derecho minero, como disciplina) —y refiriéndolo siempre sólo al problema de la llamada “propiedad minera”—, haga mención a ciertos “sistemas” que se habrían adoptado por las legislaciones a través de los tiempos, los cuales serían no sólo diversos, sino —en muchos casos— opuestos, lo que evidenciaría —desde ese punto de vista— una total ausencia de unidad histórica de estos regímenes jurídicos, caracterizados, al contrario, por sus constantes cambios. Por lo tanto, la pregunta sobre el régimen de la minería, en general, no tendría —actualmente— una respuesta global, comprobable a través de ciertos *leit-motiv* que hundiesen sus raíces en el tiempo, sino —de acuerdo a este acético parecer generalizado— sólo es posible obtener una respuesta *hic et nunc*, de acuerdo a la actual situación jurídica, desdénando implícitamente todo un posible trasfondo histórico-jurídico, por ser este

Bulnes, *Derecho de minería*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago (en prensas).

En Argentina, Eduardo Pigretti, *Manual de derecho minero y de la energía* (2ª ed.). Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1976, 11-13.

En Colombia, José Luis Aramburo, *Curso de derecho minero* (2ª ed.). Editorial Temis. Bogotá. 1984, 49-55.

En fin, en España, José Luis Villar Palasí, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, “Revista de Administración Pública” Nº 1, (1950), 80-88; Carlos Puyuelo, *Derecho minero*, Editorial Revista de Derecho Privado. 1954, 3-24; Florentino Quevedo Vega, *Derecho Español de Minas. Tratado Teórico Práctico*, 2 vol., Revista de Derecho Privado, Madrid. 1964, vol. 4, 14-29; Isidro de Arcenegui, *El demanio minero*, Madrid, Editorial Civitas, 1979, 21-30 (antes en: *El nuevo derecho de minas*, en “Revista de Administración Pública” Nº 78, (1975), pp. 117-221; y luego en: *Minas*, en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, (Barcelona). Editorial Francisco Scix T. XVI, (1978), 356-403; por contener todos los trabajos el mismo contenido, y sólo algunas modificaciones circunstanciales, citaremos según el más moderno, de 1979), quien ofrece un elenco de autores que se refieren al tema, aun cuando él mismo lo trata muy superficialmente; y, en fin, Aurelio Guaita, *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas*, Editorial Civitas. Madrid. 1982, 313-323 (antes en su: *Derecho administrativo especial*, T. V., “Aguas, Montes, Minas”, Editorial Librería General. Zaragoza. 1970, pp. 371-460; siempre citaremos según su trabajo más moderno, que es una reelaboración del anterior, incluyendo las modificaciones introducidas por la ley de Minas española, de 1975), etc.

*Aunque, como veremos, *infra*, la efectiva autonomía de esta disciplina no es siempre aceptada.

tañendo —a su juicio— carente de unidad, el que no proporcionaría ningún principio válido para la actualidad.

De acuerdo a lo que venimos señalando, la respuesta que brinda la doctrina en cuestión es una sencilla sistematización de las diferentes fórmulas que a su manera de ver, se han presentado en el tiempo, a saber: un "sistema fundiario"; de las "regalías"; de las "*res nullius*"; de las "*res communis* o demanial"; y en fin, un pretendido "sistema de las nacionalizaciones". Antes de formular nuestras observaciones generales a esta visión, es preciso analizar, aun cuando sea brevemente, lo que normalmente se entiende por cada una de estas fórmulas, que se nos muestran tan distintas por la doctrina:

1º El "*sistema fundiario*". Se basaría en la unidad del suelo y del subsuelo, extendiéndose el dominio privado, según la famosa hipérbole del glosador: *cuius est solum eius est usque ad coelum, usque ad inferos*, en virtud de lo cual se reconocería, en definitiva, al propietario del suelo todas las sustancias minerales que guarda en el subsuelo, operándose —a su entender— una verdadera *accessio*. Pensamos que un sistema así no debiera ni mencionarse en un estudio del Derecho minero, ya que significa precisamente su negación, aún reconociendo el gráfico contraste que ofrece a la exposición. El nacimiento de cualquier sistema minero habrá de suceder en cuanto se vaya ofreciendo una separación de los conceptos jurídicos de *solum* y *subsolum* —matizando esto último en su contenido de sustancias minerales—, y, especialmente, mientras sean aprovechables *in re aliena*.

2º El "*sistema de las regalías*". Este sistema habría tenido vigencia durante la época feudal, en que como consecuencia del concepto de *dominium virtuale o eminentis*, las minas constituían una regalía más de los Príncipes; entendiéndose durante tal época por regalías todos aquellos derechos que los reyes reservaban para sí. Si bien —creemos—, en los hechos, es efectiva la constatación de las minas como *iura regalia* en el período feudal, considerarlo una fórmula distinta, casi sin relaciones con lo que regia o regiría en otras épocas, es privar a esta concepción regaliana de todos sus matices, que sí los tuvo, y de su estrecha conexión con el posterior desenvolvimiento histórico de las instituciones propiamente mineras.

3º El "*sistema de las res nullius*". Este sistema, concibien-

do a los minerales en una condición jurídica distinta del suelo, los considera —se dice— como una cosa de nadie, la cual *cedit primo occupanti*. Es visible como aquí, con el objeto de forzar el alumbramiento de un sistema más, se toca sólo un aspecto del problema real: el acceso a las sustancias minerales, salvando el problema de su titularidad original mediante el subterfugio de una artificiosa presunción de *dominio communis*. No obstante, este no sería más que un matiz de una época que tuvo el mérito de consagrar, definitivamente, derechos prioritarios para los descubridores.

49 *El "sistema de dominio público"*. El sistema "demanial", como se le llama usualmente (mejor: dominical), es el que regiría hoy en día, y en virtud del cual las minas se consideran parte integrante del llamado "dominio público". Aun cuando por algunos se ha visualizado que correspondería a una evolución del llamado "sistema regaliano"³, no se ha explorado —en esta perspectiva— las causas de su transformación, el impacto que habría ocasionado en la concepción de los modernos derechos mineros, ni su relación con estos últimos.

50 *El "sistema de nacionalización"*. Incluso, por último, se ha llegado a hablar de un "sistema de nacionalización", como distinto y separado de los anteriores⁴, lo que en el fondo no sería sino un mecanismo de cambio, sólo en lo referente a la explotación, normalmente aplicado a casos particulares, el que, en definitiva, ni siquiera constituiría —en la terminología empleada al efecto— un nuevo "sistema".

II. NUESTRA DISCONFORMIDAD CON DICHO CRITERIO. RAZONES

Estimamos que todo este procedimiento —por valiosos que sean los antecedentes que en algunas ocasiones se aporta en la descripción de cada sistema⁵— no rinde, en la práctica, provecho alguno. Desde el punto de vista expositivo, al consignar esos antecedentes no se pre-

³Aurelio Guaita, op. cit., 316.

⁴En este sentido: Isidro de Arcenegui, *El demanio minero*, op. cit., 27; y Aurelio Guaita, op. cit., 316.

⁵Como es el caso, entre otros, de José Luis Villar Palasí, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, op. cit., loc cit., quien aporta ricos datos históricos.

tende otra cosa, al parecer, que "adornar" el texto o entretener o distraer al lector, con unos datos más o menos interesantes, casi siempre por lo exóticos y nunca por su valor orientativo o condicionante de la exposición posterior de cualquier cuestión, general o particular, sobre materias jurídico-mineras; la prueba es que esos antecedentes normalmente son olvidados al entrar a estudiar estas últimas frente al derecho vigente, dejando de lado toda posible conexión. Esto es agravado por el hecho que dichas exposiciones nunca pueden mantener siquiera un orden histórico, no ofreciéndose conclusión teórica alguna al respecto.

Cuando llega el momento de relacionar las materias mineras con el derecho administrativo, se despacha rápidamente el asunto al tratar el llamado "sistema demanial", considerándose que se trataría "de una concepción publicista de la riqueza minera que lleva su regulación al ordenamiento jurídico administrativo"⁶, lo que es consecuencia de un criterio un tanto extremo en torno a los derechos mineros, llegándose a considerar su regulación como "carente de todo indicio institucional, por la normativa exclusivamente publicística y por la inexistencia de costumbre como fuente de derecho".

Creemos que estas últimas opiniones no han sido justificadas convenientemente, y que la respuesta precisa en torno al por qué se integra el Derecho minero dentro del estudio del Derecho administrativo aún está pendiente; no se trata de poner en discusión esta última cuestión, sino de razonarla y de verificar si es efectiva la ausencia de todo "indicio institucional".

Grosso modo, pensamos que tal es el *status quaestionis* de la actual concepción de la que podríamos llamar "parte general" del Derecho minero.

III. LA DISCIPLINA DENOMINADA DERECHO MINERO. SU AUTONOMÍA

Lo que la doctrina denomina, con algún ánimo de unidad o independencia "Derecho minero", constituye una parte importante del Derecho administrativo de los bienes. Si bien se estudia por sepa-

⁶Isidro de Arcenegui, *El demanio minero*, op. cit., 26.

⁷José Luis Villar Palasí, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, op. cit., 80.

rado, y es posible que a su respecto haya una completa especialización, esta individualidad no sería más que el fruto de un "desgajamiento", "desborde" o "derrame", como se quiera, del Derecho administrativo⁸, del cual se conservarían, en todo caso, sus principios. No hay, entonces, un quiebre con su disciplina superior, como en otros casos que ha conocido la ciencia del derecho (vgr. Derecho laboral o comercial, respecto del Derecho civil). Su estudio y enseñanza separada sería una nueva especialización, pero ello no implica la existencia de principios contrapuestos a los que rigen el derecho administrativo, en general; quizás acentuación de algunos, pero no desencuentro disciplinar.

No obstante, esta no es la opinión general de la doctrina. Así, algunos autores niegan tal autonomía. Arcenegui ha considerado que "por muchas peculiaridades que el llamado derecho minero pueda ofrecernos (...) el mismo no puede ser considerado como constitutivo de un derecho autónomo"⁹, opinión que fuera de exponerse —en este caso— no se justifica ni razona convenientemente. Más enfático se muestra Villar Palasí, al señalar —aspecto que ya hemos citado *supra*— que "las características del derecho minero (...) quedan calificadas en el Derecho actual como un derecho administrativo, enmarcado en el *jus publicum* y carente, por otra parte, de todo indicio institucional, por la normativa exclusivamente pública y por la inexistencia de costumbre como fuente de derecho"¹⁰.

Más cauteloso es Personnaz¹¹ quien, no obstante reconocer que constituye el derecho minero un "derecho especial", en cuanto a su autonomía señala que aún no ocurriría con el derecho minero lo que en su momento ocurrió con el nacimiento del derecho marítimo, comercial, o del trabajo.

Del mismo modo, Guaita, algo ambiguo no obstante en este

⁸Felices expresiones éstas debidas a la pluma de Eduardo Soto Kloss.

⁹Cfr. Arcenegui, *El demanio minero*, cit., 15, quien agrega que se trataría el Derecho minero de una "regulación especial de un sector del dominio público dentro de su régimen jurídico general" (*idem*, nota 1), lo que es una demostración más de una visión un tanto parcial de la doctrina: sólo ve un aspecto, el del dominio, olvidando los amplios campos que hay también a su rededor.

¹⁰Cfr. José Luis Villar Palasí, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, cit., 79-80, parte de lo cual ya hemos citado *supra*.

¹¹Cfr. Jean Personnaz, *Droit des mines*, Librairies Techniques, Paris, 1958, 9.

punto, señala que "el derecho minero, que es en su mayor parte derecho administrativo, constituye en casi todos los países un amplio sector complejo y abigarrado, pero con perfiles acusados y propios que el ordenamiento jurídico suele trazar con particular atención"¹². Sólo nos preguntamos, y lo que no es "su mayor parte", ¿qué es? Por otro lado, nada dice de la posible autonomía del Derecho minero, al menos claramente.

Pero no se piense que ésta es la opinión general de la doctrina, pues otros ya hablan de autonomía del Derecho minero. Así, Abbate habla de un derecho autónomo, con perfiles y características propias¹³. Del mismo modo, d'Avanzo quien, más preciso, apunta que "el carácter autónomo del derecho minero emana del hecho de constituir un complejo de normas jurídicas orgánicamente dirigidas a la disciplina de una precisa y delimitada materia", agregando luego que "el derecho minero se ha concretado en normas coordinadas y orgánicas, las que constituyen un verdadero y propio sistema, no menos importante del sistema normativo de otras ramas del derecho objetivo"¹⁴.

No obstante, a pesar de los deseos de todos los autores que reivindican una verdadera autonomía del derecho minero, a través de esa forma de explorar la "parte general" de la disciplina que hemos criticado *supra*, no es posible contestar convenientemente esa enfática acusación de Villar Palasi¹⁵ en cuanto a que el Derecho minero carecería de todo indicio institucional. La verdad es que, hasta ahora, ningún autor —creemos— ha demostrado suficientemente las razones de una posible autonomía para el derecho minero.

Demostrar que un derecho es autónomo no significa sólo decir que existe una legislación que rija su sector, por muy abundante que ésta sea (de aquí la insuficiencia de los argumentos de d'Avanzo¹⁶, por ejemplo), sino, como se ha dicho recientemente, ante un caso muy similar, "precisa también que se incardine en unos institu-

¹²Cfr. Aurelio Guaita, *Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas*, cit., 318.

¹³Cfr. Giuseppe Abbate, *Corso di diritto minerario*, Milán. Giuffrè editore, 1946, 20.

¹⁴Cfr. Walter d'Avanzo, *Diritto minerario e delle fonti di energia*, Roma, Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1970, 1 y 2.

¹⁵Cfr. José Luis Villar Palasi, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, cit., 80.

¹⁶Citado *supra*.

tos jurídicos propios, los cuales, a su vez, han de responder a unos principios especiales y han de conformar un verdadero sistema"¹⁷.

Así, no existe un acuerdo actual sobre este importante aspecto de la disciplina. La opinión generalmente aceptada hasta ahora habla de un sector especial dentro del derecho administrativo, pero no de autonomía. Ante esto nos mostramos disconformes, y si es posible probar la existencia de algunas instituciones propias; enmarcadas dentro de algunos principios propios, y todo un sistema propio, sistema que se armonizaría a través de esos principios e instituciones, se habrá probado, a la vez, creemos, la autonomía del derecho minero.

Lo anterior significaría una nueva visión, un nuevo planteamiento de esta disciplina.

IV. FORMULACIÓN DE PRINCIPIOS

En Chile, a partir de las leyes 18.097 (21.1.1982) y 18.248 (14.10.1983) en que se publica, respectivamente, la "Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras", y un "Código de Minería"¹⁸, se operaron importantes modificaciones al ordenamiento jurídico minero anterior.

Tal vez, para exponer, en general, el régimen jurídico de la minería, podríamos limitarnos única y exclusivamente a buscar los presupuestos básicos normalmente aceptados por la doctrina para el derecho minero en estas disposiciones legales, e interpretarlas de acuerdo a una sistemática determinada. No obstante, sin olvidar este aspecto, creemos que es necesario someter a revisión previa algunas cuestiones fundamentales que merodean en torno de la discipli-

¹⁷Cfr. V. Onida, citado por Luis Alberto Pomed Sánchez, *Seminario sobre derecho ambiental comparado en Alicante*, en: "Revista de Administración Pública", Nº 116, (1988), 356, tratando sobre la posibilidad que el "Derecho ambiental" sea considerado como una disciplina autónoma. Llamamos la atención de esta cita en cuanto se refiere a "institutos", "principios especiales", y conformación de un "sistema", lo que podría resumir, incluso, lo que a través de nuestra *Reconstrucción*, cit. tratamos de probar para el derecho minero.

¹⁸Además, con fecha 27.2.1987, se publicó en el *Diario Oficial*, mediante el Decreto Supremo Nº 1, de Minería, el "Reglamento del Código de Minería".

na; sobre todo empujados por nuestra disconformidad con el planteamiento tradicional de lo que podríamos llamar la "parte general" del estudio de la minería, como sector regulado jurídicamente.

De un examen de estos textos legales, y de la historia de los textos jurídico-mineros, podemos comprobar *a priori*, algunas características de todo el Derecho minero; estas características generales, de ser efectivas, nos podrían proporcionar, entre otras, dos respuestas: que el ordenamiento jurídico-minero estaría informado de ciertos extremos que podrían constituir verdaderos "principios generales", cuya validez se arrastra en el tiempo, y es en su virtud —y no de categorías jurídicas modernas— que el estudio del Derecho minero (no obstante su virtual autonomía actual, en nuestra opinión) ha pasado a constituir parte integrante del Derecho administrativo; y, como segunda respuesta —de paso—, que la artificial división del estudio de las legislaciones mineras en "sistemas" que se habrían modelado arbitrariamente a través de la historia, todos ellos distintos entre sí —según hemos comprobado—, no tendría ni asidero ni utilidad alguna.

Entonces, creemos que en lugar de pensar en "sistemas" de legislación minera, podía pensarse en ciertas características generales, con posibilidad de perfilarse como verdaderos principios, los que moldean unas especiales instituciones que le darán el carácter de sistema jurídico autónomo (como disciplina) al derecho minero.

A nuestro entender, estas características esenciales o principios generales, como derechamente los hemos enunciado al inicio, podrían ser la(os) siguientes:

19 *Dominio público minero*. Esto es, dominio estatal sobre las minas, o, con los matices necesarios, formando parte, primero de las "regalías", luego del llamado "dominio público", o —incluso, si se prefiere— afectadas a este dominio. En otras palabras, es lo que se denomina *publicatio*, en este caso, de todo el sector minero. Históricamente, dentro de esta característica debe incluirse la separación jurídica entre "mina" y "suelo", concepción que marca el nacimiento de un régimen jurídico especial, en virtud del cual se crean derechos mineros.

20 *Procedimiento concesional minero*. Posibilidad de los particulares de acceder a su disfrute a través de un procedimiento

concesional que otorga derechos mineros. Este procedimiento da lugar a la institución más típica y caracterizada del derecho minero: la concesión minera, a partir de la cual se crean derechos *ex novo* a favor de los concesionarios.

39 *Derechos mineros.* El nacimiento, a partir de la concesión, de un derecho de aprovechamiento de las sustancias minerales, verdadero derecho subjetivo público, a partir del cual surgen, también, obligaciones (de pagar un impuesto y de trabajar efectivamente, de aprovechar los yacimientos minerales concedidos), única forma de mantenerse titular de esos derechos mineros; e.

40 *Intervención administrativa minera.* Intervención administrativa que está dirigida no sólo a los aspectos técnicos y al fomento de la industria minera, sino que también —como causa y consecuencia, a la vez, de las anteriores características—, se presenta desde el origen mismo de la obtención de los derechos mineros.

Además, por más que parezca obvio, todo esto —pensamos— gira alrededor de una institución básica, central, el verdadero gozne, y que es la que le da vida a los derechos mineros: la concesión minera. Desde el punto de vista de la concesión minera ha de estudiarse el régimen jurídico de la minería, en torno a la cual giran los demás aspectos, si bien importantes, pero que no tendrían sentido actualmente sin esta institución¹⁰.

V. EL PLANTEAMIENTO DE UNA RECONSTRUCCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MINERÍA

Ahora —creemos— se ve más clara la artificial división en “sistemas” para pretender explicar la disciplina, sobre todo cuando a través de esta fórmula —según nuestra manera de ver las cosas— se enfocaría sólo un aspecto del problema: el del dominio de las sustancias minerales.

Por lo tanto, un estudio de la “parte general” del Derecho minero debe pretender algo más que dar respuesta a la consabida y

¹⁰El desarrollo de estos principios, histórica y dogmáticamente, frente a la legislación española y chilena, lo hemos efectuado en nuestra *Reconstrucción*, cit.

repetida pregunta "¿de quién son las minas?". La reconstrucción de estos "principios generales", y su comprobación, debe ser realizada a través de una revisión del trasfondo histórico de estos principios que hemos enunciado y, especialmente, desde la concesión, como institución jurídica, midiendo, dogmáticamente, su validez actual.

La exposición de diferentes "sistemas" induce a creer que en la historia jurídica de las instituciones mineras no ha habido un solo "hilo conductor" que, con uno u otro matiz, haya desembocado en su actual régimen jurídico. A través de esa visión errática se deja la impresión que, en cada acto legislativo, se fue eligiendo arbitrariamente, o según las preferencias de las épocas, entre uno u otro "sistema".

En nuestra opinión, se debe singularizar el régimen jurídico de la minería y, por lo tanto, la visión de la disciplina que denominamos Derecho minero, desde un punto de vista diferente, marcando el acento en estas características que creemos visualizar como "claves históricas" presentes en las legislaciones mineras desde siempre; y si ha habido variaciones, han sido sólo matices con el objeto de ir acondicionando tal régimen a la evolución de los tiempos y al desarrollo de las instituciones jurídicas y sociales; lo que se ha visto tradicionalmente como diversos "sistemas", son sólo estos matices de un mismo régimen de fondo.

Esto se debe verificar a través de una reconstrucción histórica, primero, y luego justificar a través de una reconstrucción dogmática.

Esta reconstrucción debe ser, en primer lugar, dogmática (en el sentido que d'Ors²⁰ le otorga al término), esto es, ofrecer una proposición doctrinal que se tenga por cierta e indiscutible (al menos en sus proposiciones fundamentales), de la cual se derivarán las lógicas consecuencias para todo el sistema del derecho minero. En segundo lugar, debe ser histórica, pues creemos que el método histórico debe presidir toda investigación jurídica.

El que se señale que se debe efectuar una reconstrucción, no significa, por otro lado, pensar que la doctrina ha "destruido" el derecho minero y se deba volver a construirlo, sino que utilizamos

²⁰Cfr. Alvaro d'Ors, *Sobre el dogma jurídico*, en: "Papeles del oficio universitario", Madrid, Ediciones Rialp, 1961, 171.

la expresión "reconstrucción" en el correcto sentido figurado²¹ de unir, allegar a la memoria todas las circunstancias necesarias e importantes del Derecho minero para completar su conocimiento.

VI. SOBRE LA APARENTE ORIGINALIDAD DE ESTA FORMULACIÓN

El desarrollo de estos cuatro principios es el fruto de nuestra investigación en el tema. No obstante, pensamos que ello no tiene mayor originalidad, pues ahí han estado siempre, sólo que, en nuestra actual formulación, ocultos al ojo del jurista.

Luego hemos visto desarrollados en uno u otro sitio algunos de ellos, si bien en forma incompleta y sin desarrollar justificación alguna en cuanto a su elección, lo que nos convencía aún más de la necesidad de desarrollar histórica y dogmáticamente su existencia.

Es aquí donde aparece en evidencia que no siempre es posible exigir una completa originalidad en los trabajos de esta índole²², y, en general, en cualquier investigación jurídica, por lo que, al menos, se podrá considerar que este trabajo nuestro ha sido original en su resultado, siquiera "en el sentido de que el autor haya llegado a él siguiendo una línea de investigación nueva".

No obstante, estos alcances se nos podrán atribuir tan sólo en cuanto reiteramos algunos principios que ya venían siendo señalados por la doctrina, la legislación o la jurisprudencia, pero no en cuanto a todos ellos, ni al hecho de señalar estos cuatro (lo que, entendemos, puede ser discutible, y alguien estimar correcto a alguno o a algunos de ellos, o a algún otro no visualizado por nosotros), y a justificarlos histórica y dogmáticamente, y a pretender sistematizarlos de tal manera que ofrezcan, para el Derecho minero, una nueva visión doctrinal.

VII. LA HISTORIA COMO ANTECEDENTE FUNDANTE

Creemos que la historia jurídica es antecedente fundante de todas

²¹Vid., en este sentido, la segunda acepción de la voz "reconstrucción" que ofrece el diccionario de la Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*.

²²Como lo señala Alvaro d'Ors, *Tesis doctorales*, en: "Papeles del oficio universitario", cit. 119. p. 119.

las características actuales del Derecho minero, especialmente de su principal institución, la concesión minera. En virtud de lo anterior, su estudio debe efectuar un uso sistemático del método histórico.

Es notorio que la fundamentación que la conciencia histórica ha aplicado con éxito en ricas construcciones jurídicas debe ser ensayado con urgencia sobre el Derecho minero, como desgajamiento que es del Derecho administrativo: "...es acaso en esta tarea donde el futuro encierra las más sustanciosas posibilidades de nuestra ciencia...".²² Es cierto que el Derecho administrativo, como objeto parcializado de estudio por especialistas, es de nacimiento relativamente reciente; pero, a través del estudio histórico podemos descifrar claves que han estado siempre presentes en los ordenamientos jurídicos, y que, por cierto, tienen un carácter eminentemente jurídico-administrativo; lo que ocurre es que, en sustancia, es verdad que siempre ha existido un Derecho administrativo, como fuente de principios e instituciones propias.

Podemos aventurar que algunas de sus instituciones, en especial, la concesión minera, están cubiertas de lastre histórico, y que, como las rancias instituciones del Derecho civil, se han ido depurando a través del curso de los siglos. A la vez, aquellos "sistemas" a través de los cuales usualmente la doctrina estudia los contrastes del régimen minero²³, se han transformado en verdaderos "mitos jurídicos" —en el sentido de Santi Romano²⁴— y que, en caso de ser así, es necesario enfrentar de diverso modo el estudio histórico de las instituciones jurídico-mineras.

La minería, hoy y siempre, sólo adquiere relevancia jurídica a través de la institución de la concesión minera, cualquiera sea la denominación que se le haya dado en distintas épocas; y esta misma institución es la que ha permitido el nacimiento de un régimen

²²Cfr. Eduardo García de Enterría, *El dogma de la reversión de concesiones*, en: "Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo" (2ª ed.). Editorial Tecnos, Madrid, 1974, 19. Aunque pensamos que la historia del Derecho administrativo, como fuente de principios jurídicos, debe ir mucho más atrás de la Revolución Francesa. Vid. en ese sentido, al mismo Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Taurus, Madrid, 1972 (1ª ed.), 99.

²³Vid. *supra* nota 1.

²⁴Cfr. Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*. Giuffrè Editore, Milano, 1953, voz "Mitología Giuridica", 126-134.

especial para la minería; con razón —de acuerdo con la lúcida y permanente visión de Savigny²⁴— si son los institutos jurídicos el punto de partida y la base del desarrollo jurídico²⁵.

Sólo a través de la historia es posible descubrir el nacimiento y desarrollo posterior, hasta nuestros días, de las instituciones de derecho minero; verificar las constantes y la evolución de los principios que han girado a su torno (y que hemos señalado *supra*). Todo ello se debe visualizar y descifrar, en esta historia institucional, basándonos sólo en "textos jurídicos"²⁶, a partir de los cuales surgen, evidentemente, los dogmas jurídicos²⁷, y luego plantearnos ante ellos.

²⁴Cfr. M. F. C. de Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, trad. de J. Mesía y M. Poley, (2ª ed.). Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/f, t. I, 66 (§ I. Instituciones de derecho).

²⁵Y esta línea de pensamiento es la que nos ha parecido más correcta, y que comenzamos a perfilar desde nuestras primeras incursiones en el campo del Derecho: a partir de los institutos jurídicos, y de los principios que les rodean, es posible comprender su operatividad jurídica, institutos que a veces se infiltran en vastos campos del derecho, lo que les otorga el carácter de interdisciplinarios. Un ejemplo de ello: el instituto del secreto bancario. Cfr. nuestros: *El secreto bancario*, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1983; *El secreto bancario ante el derecho chileno*, en: "Revista de Derecho (Chile), Nº 180, (1986), 39-61 [y, ahora, en: "Cladernos Iberoamericanos de Estudios Fiscales" (Madrid), Nº 8, (1988), 381-427]; y, *Sobre el fundamento del secreto bancario*, en: "Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública" (Madrid), vol. xxxviii, Nº 194, (1988), 363-390. A la visión interdisciplinaria de un instituto jurídico (un tanto legalista) que ahí mostrábamos, agregamos ahora lo que para nosotros es un gran acervo: la visión histórico-dogmática que a nuestro juicio, debe presidir en los estudios jurídicos.

²⁶En cuanto nos referimos a la historia de "textos jurídicos", recuérdese que, como ha dicho Alvaro d'Ors: "la historia, y también la del derecho, consiste en textos y sólo en textos", ejemplo magnífico de lo cual él ofrece en su breve trabajo *Notas para la historia del acueducto forzoso*, en: "Homenaje al Profesor Alfonso Otero", Santiago, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, 219. Véase, además, A. d'Ors, *Sobre historiografía jurídica*, en: "Nuevos papeles del oficio universitario", Madrid, Ediciones Rialp, 1980, 404-426, especialmente, 411 y ss.

²⁷Esta visión o enfoque "histórico-dogmático-jurídico" que nosotros postulamos aquí es señalado, en forma muy sugerente en el trabajo de Alfredo Gallego Anabitarte, *Los cuadros del Museo del Prado. Primera Parte. Reflexiones histórico y dogmático-jurídicas con ocasión del art. 132 (y 133.1) de la Constitución Española de 1978*, en: "Administración y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Mesa Moles", Madrid, Presidencia de Gobierno, 1981, 277-309. Tal trabajo, contiene en tal sentido

El lector no debe encontrarse "con el ornamento fácil, convencional y arbitrario de los "antecedentes" al uso, con la erudición pintoresca y anecdótica con que frecuentemente se nos abruma" (como se lamenta algún autor³⁰), sino, en lo posible, con un análisis crítico y meditado de la evolución del pilar básico del derecho minero: la concesión minera, y de los principios jurídicos que le rodean.

Una vez probados estos principios, ellos deben ser, a su vez, no sólo planteamiento sino premisa de trabajo en todo desarrollo dogmático destinado a desentrañar el concepto, naturaleza jurídica y contenido sustancial de todas las instituciones jurídico-mineras³¹.

riquísimos datos doctrinales en las notas 19 a 23 (237-239) enfoque seguido por dicho autor en éste y otros trabajos suyos.

³⁰Cfr. Eduardo García de Enterría *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, cit., "prólogo", 13.

³¹Y este es el planteamiento metodológico correcto y que una fructífera corriente de administrativistas españoles ha acogido, fruto de lo cual son los *Symposium* de la historia de la Administración que vienen celebrándose desde 1967 (sólo que con una lamentable discontinuidad): Véase *Actas del I Symposium de historia de la Administración*, Alcalá de Henares, Instituto de Estudios Administrativos, 1970; *Actas del II Symposium de historia de la Administración*, Alcalá de Henares, Instituto de Estudios Administrativos, 1971; *Actas del III Symposium de historia de la Administración*, Alcalá de Henares, Instituto de Estudios Administrativos, 1974. Existe en las actas del I *Symposium*, cit., un trabajo de Villar Palasí, *Problemática de la historia de la administración*, 31-38, en que se expone una metodología de trabajo que es la que debe imponerse en esta materia. Una excelente muestra de esta metodología es el trabajo de Alfredo Gallego Anabitarte, *Administración y jueces: Gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el antiguo régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho Administrativo español*, IEA, Madrid, 1971, línea de trabajo que, lamentablemente, no es la más difundida en la disciplina.