

VISIÓN HISTÓRICO-DOGMÁTICA DEL DERECHO MINERO*

Alejandro Vergara Blanco
Profesor de Derecho Minero

I. INTRODUCCIÓN

Es habitual que la doctrina al analizar las cuestiones de derecho minero haga referencia sólo a sus relaciones con la apropiación de los minerales, ya sea por parte del Estado o de los particulares, y así, incluso, se suele hablar de una "propiedad minera", o de una "propiedad especial minera", y la explicación disciplinaria que usualmente se ofrece es una referencia a ciertos "sistemas" que —a su juicio— se habrían adoptado por las legislaciones a través de los tiempos.

Estos sistemas serían no sólo diversos sino que —en muchos casos— opuestos, lo que evidenciaría, desde ese punto de vista, una total ausencia de unidad histórica, caracterizando así al régimen jurídico de la minería, como sujeto a constantes y sustanciales cambios.

Por lo tanto, la pregunta sobre el régimen jurídico de la minería 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 parecer aceptado acriticamente por la casi unanimidad de

la doctrina— sólo es posible obtener respuestas en el derecho vigente, desdeñando implícitamente todo trasfondo histórico-jurídico, por ser este trasfondo —a su juicio— carente de toda unidad institucional, el que, entonces, no aportaría ningún principio jurídico válido para la actualidad.

Así, lo que se podría llamar "parte general" del derecho minero, sólo recibe de la doctrina una respuesta que dice relación con estos "sistemas".

Estimo que este planteamiento doctrinal no rinde, en la práctica, provecho alguno, a lo que creo debe anteponerse el estudio histórico-dogmático que aquí se ofrece.

Fruto de mi desacuerdo con tal planteamiento y del análisis meditado del material que ofrece la riquísima trayectoria del Derecho minero a través de la historia, fui comprobando, quizás como meras intuiciones en un principio, que era posible encontrar ciertos indicios institucionales, o, como quiera llamárseles, características generales o fundamentales, muy persistentes en la historia jurídica.

Entonces, como meras hipótesis de trabajo, en un inicio (las que, bien o mal, creo haber probado en definitiva), es posible visualizar cuatro características generales, las que podrían constituir o albergar las instituciones fundamentales del Derecho minero.

Estas cuatro características serían.

1º en primer lugar, la existencia de un *dominio público minero*.

2º en segundo lugar, la existencia de un *procedimiento concesional minero*.

3º en tercer lugar, la creación de *derechos mineros*.

4º y, por último, en cuarto lugar, la existen-

*Las palabras circunstanciales de la exposición ofrecida en Copiapó, con fecha 17 de enero de 1990, se omiten. He agregado subtítulos para facilitar la lectura. Debo agradecer a la Universidad de Atacama la oportunidad que me brindó para exponer el fruto de un trabajo disciplinario sobre el derecho minero, al que he dedicado ya varios años de mi vida. El contenido de esta exposición es el resultado de un trabajo doctoral (Cfr. mi tesis doctoral: *Reconstrucción histórica y dogmática del derecho minero. Ensayo de una nueva matriz disciplinar*. Pamplona, 1989, 848 págs.) y que en dicha ocasión cumplió una doble función: a) mostrar una visión disciplinaria del derecho minero, un planteamiento desde el punto de vista de la ciencia del Derecho; y b) lo que es para mí de mucho valor, fue una ofrenda, una humilde y emocionada ofrenda, en homenaje a un gran autor del Derecho minero: a Julio Ruiz Bourgeois.

cia de una intensa *intervención administrativa minera*.

Estos cuatro aspectos giran alrededor de una institución básica, central, verdadero gozne, y que es la que le da vida a los derechos mineros: la concesión minera.

Así, mi planteamiento tiende a obtener una visión de la disciplina desde un punto de vista diferente, marcando el acento en estas características que creo visualizar como “claves his-

tóricas”, presentes en las legislaciones mineras desde siempre.

Y si a través de la historia 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”, serían, entonces, sólo estos matices de un mismo régimen de fondo.

II. METODOLOGÍA DE TRABAJO

Ahora, en cuanto a la metodología de trabajo, quiero hacer varias puntualizaciones.

El método histórico-dogmático creo que es el planteamiento metodológico correcto para obtener respuestas válidas sobre el tránsito histórico de los dogmas jurídicos, y que una fructífera corriente de pensamiento, en el ámbito jurídico, lo ha acogido desde hace un tiempo.

Hay una segunda precisión que, previamente, me interesa también destacar, y dice relación con el aparente entrecruzamiento de los temas que aquí se tratan con los principios del Derecho privado.

Al respecto, creo que gran parte de la actual indefinición de algunas instituciones que se vinculan al derecho minero se debe a la pretensión de introducir en su explicación dogmática principios puramente civiles.

Si bien el derecho privado ha configurado

valiosas instituciones —y su aprendizaje es la sabia primera de que se nutre todo jurista—, la explosiva introducción del Estado en todo orden de relaciones, ha significado, en este sentido, una efectiva crisis institucional para el derecho privado, lo que impide que, desde esa perspectiva, sea posible comprender las instituciones que forman parte del derecho minero, tan unido a lo público.

La consecuencia primaria de esta afirmación es la exclusión en materia minera de la institución de la propiedad. Por lo tanto, afirmo que la institución de la propiedad (no obstante su riquísimo contenido dogmático ante el derecho civil, si bien también en crisis interna, y su importancia vital para la libertad del hombre en otros ámbitos) no tiene aquí —en el Derecho minero— ninguna operatividad. Sencillamente, ninguna de las instituciones centrales del Derecho minero se conectan, institucional y jurídicamente, con la propiedad.

III. EL “ENSAYO DE UNA NUEVA MATRIZ DISCIPLINAR”

Dentro de una línea de pensamiento de la epistemología científica moderna, se encuentra el concepto de lo que es una matriz disciplinar.

Este planteamiento dice relación con la tradición y cambio en las ciencias, y se explica a través de los conceptos de “ciencia normal” y “matriz disciplinar”.

La investigación, usualmente, opera a través de lo que se denomina “ciencia normal”, que sería el modo típico de operación de una comunidad científica, a través de la cual se extiende, se asienta, se pule, se desarrolla, en

fin, se profundiza el campo de lo conocido, sin buscar novedades fundamentales. Y eso es precisamente así porque hay una aceptación generalizada de la “matriz disciplinar” que rige el ámbito científico de que se trate; hay un consenso sobre ello.

Las matrices disciplinares se pueden definir, entonces, como “las realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”.

Pero, ¿qué puede ocurrir en medio de esa

ciencia normal? Puede ocurrir que, a través de las mismas tareas de investigación y de profundización en los aspectos de la matriz disciplinar vigente, comiencen a surgir disidencias entre los investigadores. Así, la existencia de problemas que tercamente se resisten a ser asimilados terminan por desencadenar la sospecha de que algo no funciona en esa matriz disciplinar.

Por lo tanto, de acuerdo a lo dicho anteriormente, y señalada mi disconformidad con los planteamientos que para el Derecho minero maneja usualmente la doctrina en los libros de texto, he declarado, entonces, mi disidencia con la matriz disciplinar existente actualmente en la materia.

De ahí la pretensión de ensayar la formulación completa de una nueva matriz disciplinar para el Derecho minero. Obviamente esta formulación, como primera aproximación que es, pudiese parecer un poco tosca, elemental, primaria, pues siempre las matrices disciplinares, en su primera formulación son así, y si ella fuese correcta o aceptada, la riqueza puede surgir después, ya que al plantearse una nueva visión, ésta puede abrir los ojos al jurista para observar nuevos enfoques, nuevos problemas, nuevas teorías.

Entonces, con las finalidades indicadas y utilizando la metodología reseñada, se podría estructurar el estudio del Derecho minero de la siguiente manera.

En primer lugar, debe efectuarse una re-

construcción histórica, esto es, un recorrido con la pretensión de analizar los más significativos textos jurídico-mineros que ofrece la historia.

La historia de los textos jurídicos-mineros, como la de cualquiera otros textos jurídico-históricos, debe efectuarse de forma "retrospectiva", esto es, partiendo del presente hacia el pasado, en una cadena, en que cada eslabón es el precedente inmediato del otro, y así, hasta su origen.

Así, en el Derecho minero se deben revisar todos los textos jurídico-mineros del derecho histórico contemporáneo; del derecho de Indias; del derecho español moderno y medieval, y, siguiendo en esta búsqueda hasta el último eslabón del Derecho minero, se debe efectuar una revisión ante el derecho romano.

Fundamental importancia tiene el estudio del derecho minero provincial romano, lo que se reduce a analizar las famosas tablas de bronce de Vipasca, esto es, la *lex territorii metalli vipsascensis dicta* y la *lex metallis dicta*, dos preciosos documentos epigráficos, cuyas respuestas son riquísimas, y en donde a mi juicio se encuentra el origen de todo el derecho minero.

En segundo lugar, debe efectuarse una reconstrucción dogmática de las cuatro hipótesis señaladas anteriormente, esto es, lo que sea el *dominio público minero*; el *procedimiento concesional minero*; lo que sean los derechos mineros; y la *intervención administrativa minera*.

IV. LA HISTORIA JURÍDICA

Las conclusiones más importantes desde una perspectiva histórica del derecho minero, es posible resumirlas del siguiente modo.

a) En cuanto al *derecho romano*, debe destacarse el *derecho provincial*.

Los textos romanos de esta época, en materia de minas, tienen una importancia sustancial, pues es aquí donde se encuentra la génesis de todo el Derecho minero.

Así, en primer lugar, existe en esta legislación una verdadera afectación de las minas a favor de la organización política —que hoy llamamos Estado—.

Existe además perfectamente diseñado un

procedimiento concesional, que permite a los particulares acceder al aprovechamiento y al disfrute de las minas, a través de dos fases bien marcadas: un *ius occupandi* —que se dibuja como una verdadera concesión de exploración— y una *proprietatis* —verdadera concesión de explotación.

Se exige a los "concesionarios" el cumplimiento de obligaciones para poder mantenerse en su calidad de titulares de estos derechos, tales como el pago del *pretium* y, luego, el trabajo efectivo, en ambos casos so pena de caducidad de sus respectivos derechos.

El solo hecho de existir esta legislación es-

pecial, con amplias exigencias técnicas a la explotación, evidencia la alta intervención administrativa en el sector, entregada al cuidado de un funcionario del Estado: el *procurator metallorum*.

Se ve entonces con claridad que —ya a estas alturas— se encuentran perfectamente consagradas, en esencia, las características del derecho minero, que no variarán sustancialmente en dos milenios de evolución, y que aún hoy es posible visualizar en las actuales legislaciones del sector.

Entonces, se puede afirmar sin temor a equivocarse que aquí se encuentra el origen de los principios que siempre han regido al sector minero, y el de su institución más caracterizada: la “concesión minera”.

b) El derecho español medieval y moderno está claramente inspirado en las fuentes romanas.

Desde el mismo origen del derecho minero castellano se establece el principio de que las minas forman parte del patrimonio del rey, influjo de la concepción dominical que se había infiltrado en la última época del derecho romano, y que se traduce, ahora, en la consideración de las minas como una “regalía”, concepto jurídico este último creado por los juristas de la época, rigiendo además un procedimiento concesional, fuente de derechos mineros, junto a una importante intervención administrativa.

c) Estos mismos cuatro principios se trasladan al derecho minero indiano.

En todos los ordenamientos mineros dictados para las Indias queda claro el carácter de patrimonio real que les corresponde a las minas, en virtud de su naturaleza jurídica de regalía.

Además, en ellos se encuentra una clara confirmación de la vigencia de un procedimiento concesional, y la “concesión”, como derechamente ya se la denomina en esta época, concede derechos, los que están sujetos a contribuir a la real Hacienda, y a cumplir la obligación de “amparo” o el “pueblo”, es decir, trabajar continuamente la mina.

d) Por último en el derecho minero contemporáneo chileno, hay sólo una continuidad de los principios que habían venido desarrollándose hasta entonces.

e) Como corolario de estas constataciones históricas, haciendo un juego metafórico de palabras, y considerando las características señaladas como integradas a una hipotética cuenca hidrográfica, se puede decir que: junto con encontrarse el afluente original en el Derecho minero Romano, emana de él, entre otros, como cauce principal, el Derecho minero Español; y de éste se habría desmembrado el derecho minero Indiano, convertido luego en Derecho minero Chileno.

Hoy, el cauce del Derecho minero chileno, en cuanto a principios e instituciones, discurre con el mismo contenido sustancial heredado del manantial romano.

En otras palabras, el Derecho minero ha tenido unas mismas características esenciales, unos mismos principios, y unas mismas instituciones, formando un sistema propio, muy caracterizado, desde sus orígenes, hace dos milenios casi.

La perspectiva que proporciona esta visión histórico-jurídica del derecho minero resulta insospechada, y una trayectoria que hasta ahora parecía estar oculta a los ojos del jurista (sobre todo del jurista positivo) muestra al derecho minero, como se verá a continuación, dotado con una gran riqueza dogmática.

V. LA DOGMÁTICA JURÍDICA

En segundo lugar, las conclusiones más importantes desde una perspectiva dogmática del derecho minero, podrían ser las siguientes.

a) La primera característica que postulo para el Derecho minero, esto es, el dominio público

minero, puede resumirse en dos palabras, como la armónica bipolaridad de potestad y función.

Por lo que, en cuanto al dominio público es posible decir lo siguiente:

No existe hoy una respuesta definitiva —o,

por lo menos, de amplia aceptación doctrinal— sobre la calificación dogmática del llamado “dominio público”.

Una de las formulaciones que, hasta hace algunos años, reclutaba más adeptos era la que llamo concepción “patrimonialista” del dominio público, de clara procedencia francesa, y la que evidencia —asimismo— una errónea infiltración de los principios jurídico privados.

Según esta corriente doctrinal, el dominio público no sería más que un conjunto de bienes sobre los cuales existiría una titularidad especial: del Estado, el cual sería un verdadero “propietario” de estos bienes. En otras palabras, casi como decir, una “propiedad” pública.

Frente a la concepción señalada anteriormente que ve en el dominio público una forma de propiedad, ya no privada, sino pública, surgió una corriente doctrinal que hoy goza de amplia aceptación: la concepción “funcionalista” del dominio público, como la he denominado.

Según esta tesis, el dominio público no es más que una técnica funcional que, a través de la *publicatio* construye un título de intervención, de potestades.

Mi pensamiento es cercano a esta última concepción, pues, a mi entender, el Estado, en este caso, es titular de potestades. Así, creo que es necesario olvidarse de un derecho público de cosas, pues no hay que partir desde la titularidad de una cosa, sino de la potestad.

Es el nacimiento de una potestad estatal, para el cumplimiento de ciertos fines, para ciertas funciones, lo que explica la categoría. Y una de estas funciones, de estas finalidades —especialmente en derecho minero—, es el otorgamiento de derechos a favor de los particulares.

Por otro lado, en cuanto al concepto jurídico de dominio eminente es necesario precisar que este concepto jurídico es una creación de Grocio, el fundador de la escuela iusnaturalista moderna, concepto ligado en sus inicios a la soberanía estatal, y desvinculado de la *proprietatis*.

Se concibe en sus orígenes como una facultad del príncipe sobre las personas y los bienes de las personas, y en este sentido, por lo demás, lo desarrollaría toda la escuela iusnatura-

lista moderna: con un significado puramente público, de poder soberano.

No obstante, más tarde, este concepto sería reformulado por la doctrina —principalmente privatista—, otorgándosele un contenido “patrimonialista” que no tenía en sus orígenes. Y este es el errado criterio generalmente aceptado en la doctrina chilena hasta hoy, quien lo aplica exclusivamente al caso de las minas.

Finalmente, es la afectación una figura “clave” dentro de la relación de dominio público, pues es la figura instrumental, en virtud de la cual se integra un determinado bien dentro de la categoría del dominio público.

En Chile las minas integran el dominio público; el ordenamiento jurídico las ha “afectado” al dominio público; en otras palabras, hay una *publicatio* de las minas.

Sobre la base de la clarificación de estos tres conceptos fundamentales (es decir: dominio público; dominio eminente; y afectación) se construye la primera característica del derecho minero: el dominio público minero.

b) En segundo lugar, el procedimiento concesional minero da origen a la institución más caracterizada en esta materia: la concesión minera, y constituye la segunda característica general de derecho minero.

El concepto de concesión, a mi juicio, está conformado de cuatro ideas fundamentales: (1^a) la vinculación estrecha de la idea concesional a su evolución histórica; (2^a) la dificultad de elaborar un concepto unitario; (3^a) el hecho de que toda concesión es un acto administrativo; y (4^a) la realidad indiscutible de que a partir del acto constitutivo surge una relación jurídico concesional.

Recalco la importancia de considerar a la concesión como un acto administrativo; es ésta su naturaleza jurídica y no otra; es mero instrumento, mera técnica, puro procedimiento, y no se le puede confundir —en ningún caso— con el derecho que, en su virtud, se crea *ex novo*.

Por otro lado, es fundamental considerar plenamente aplicable en esta materia la idea de relación jurídico concesional (que forma parte del concepto más genérico de relación jurídico-administrativa).

A partir del acto constitutivo de la concesión surge una relación jurídico concesional,

en la que se entrelazan las potestades de la Administración con el derecho del concesionario.

Sobre estas ideas se construye la segunda característica del derecho minero: el procedimiento concesional minero, fruto del cual surge la concesión minera y la consiguiente relación jurídico concesional entre concesionario y Administración.

c) La tercera característica estaría conformada por los derechos mineros que, desde el punto de vista subjetivo, nacen de la concesión minera.

Desde el punto de vista dogmático, a través de la teoría de los derechos reales administrativos se establece la naturaleza jurídica del derecho que, sobre el dominio público, nace a favor de un particular a partir de una concesión administrativa.

Los problemas dogmáticos que, en un principio, se pensó insalvables para tal formulación, han sido rigurosamente aclarados, por lo que puede considerarse a esta teoría como una sólida construcción jurídica, y —por lo tanto— plenamente aplicable al Derecho minero.

Así, siendo los derechos mineros unos derechos subjetivos, reales (pues se ejercen sobre una cosa), teniendo por objeto un bien de dominio público y habiendo nacido de una concesión, se puede concluir que los derechos mineros son, ciertamente, en cuanto a su natu-

raleza jurídica, derechos reales administrativos.

La caracterización jurídica de los derechos mineros, con un contenido de facultades y obligaciones, como un "derecho-deber", gira, a mi juicio, alrededor de este concepto "clave" o medular que es el aprovechamiento.

Así, en torno a estas ideas, se consagra la tercera característica del derecho minero, es decir, los derechos mineros como derechos reales administrativos.

d) La cuarta y última característica general es la intervención administrativa minera, sobre la cual puedo decir lo siguiente:

La intervención administrativa dice relación con el trasvase al ámbito público de ciertas actividades que pudieran parecer del ámbito privado; así, el sector público se expande e invade el área privada, alterando su *statu quo* por medio de la *publicatio* o publicación, que opera en ocasiones sobre todo un sector.

La *publicatio* es una arma del Estado para intervenir; es un título, un instrumento que ha fabricado para realizar esta intervención, que puede significar: tasas; seguridad minera; fomento, etc., todo lo cual se lleva a cabo con el uso de las potestades administrativas.

La intervención administrativa está emparentada con los mismos orígenes del derecho minero, y a partir de ella se explican varias de sus instituciones, e involucra el estudio dogmático de las potestades administrativas.

VI. COROLARIO

Y, para terminar, ¿cómo se compatibilizan estas cuatro características generales para formar un todo armónico?

Creo que todas ellas conviven en armonía pues, dogmáticamente, en casi todos los casos, unas son la consecuencia obligada de otras, por lo que no se puede prescindir de ninguna de ellas.

Así:

a) el dominio público, por su carácter inalienable no podría compatibilizarse con ninguna otra institución que no fuese como la concesión, que otorga derechos reales de aprovechamiento, los cuales no quiebran este principio propio del dominio público.

b) por otro lado, en segundo lugar, la concesión sólo tiene cabida si se trata de crear derechos antes inexistentes, y sobre un bien de dominio público, como lo son las minas. Si hubiese derechos preexistentes del particular o no se tratase de bienes del dominio público, no cabría la concesión.

c) en tercer término, dogmáticamente sólo existen derechos reales administrativos cuando se trata de los que nacen de una concesión, y cuando recaen sobre el dominio público, por lo que, por lógica, los derechos mineros no podían tener otra naturaleza jurídica que la de derechos reales administrativos.

d) y la cuarta característica, que encierra la

institución de la intervención administrativa, no es sólo una consecuencia de las anteriores, sino un presupuesto necesario, pues por el interés público que hay envuelto en la minería, la intervención administrativa justifica la existencia de un dominio público minero, y el otorgamiento de la explotación a los particulares a través de una concesión, y, este mismo interés, conlleva que la intervención administrativa se mantenga en toda la relación jurídico-administrativa que se originó luego de la concesión.

En fin, escuetamente, estas cuatro características: dominio público minero; procedi-

miento concesional minero; derechos de aprovechamiento minero e intervención administrativa minera, que albergan sendas instituciones bien caracterizadas y de la misma denominación e inspiradas en principios definidos dogmáticamente, y de tanta pervivencia histórico-jurídica, conforman, a mi juicio, la disciplina denominada Derecho minero.

Y si es posible definir sus principios y sus instituciones que, en armonía, conforman un sistema, entonces, el Derecho minero es, verdaderamente, una disciplina autónoma, que debe convivir entre todas las demás que ha definido la ciencia del Derecho.