

CONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DE CATAR Y CAVAR EN SUELO AJENO POR QUIEN NO ES AÚN CONCESIONARIO MINERO

Alejandro Vergara Blanco
Profesor de Derecho Minero
Pontificia Universidad Católica de Chile
Universidad de Atacama

La facultad de catar y cavar, como he tenido oportunidad de decirlo en una ocasión anterior¹, es en realidad un antiguo vestigio que aún contiene la legislación chilena en los artículos 14 y siguientes del Código de Minería. Esta facultad general de catar y cavar, concedida "a toda persona", sin necesidad de previa concesión, nos produce —reconocíamos en tal ocasión— un serio problema de definición dogmática. Pues bien, quisiera ampliar tal intuición con algunos desarrollos histórico-jurídicos y constitucionales.

Considero que es especialmente útil este desarrollo teórico para encontrar respuestas jurídicas a los conflictos que puedan enfrentar a los propietarios del suelo (por ejemplo, agriculto-

res) con titulares de "derechos" mineros que otorga la legislación (quizás ilegítimamente) a los manifestantes y peticionarios una vez inscritas sus presentaciones (arts. 53 y 54 del Código de Minería) y aún con "toda persona" facultada para catar y cavar (artículo 14 del Código de Minería).

No me referiré, por lo tanto, a las limitaciones que impone la legislación a tales propietarios del suelo frente a concesionarios, cuyo título tiene una legitimidad evidente, a lo que se refieren los artículos 113 y 116 del Código de Minería. Entonces, todo lo que yo diga sobre la facultad de catar y cavar no lo entiendo referido a los derechos de los concesionarios mineros².

A) LA FACULTAD DE CATAR Y CAVAR ES UN VESTIGIO HISTÓRICO

La facultad de catar y cavar es una de las instituciones más antiguas del derecho minero, cuya primera aparición, en el siglo II de nuestra Era, fue a través de la "occupatio" de los bronceos de Vipasca³; luego este principio revolucionario de facultar, buscar y cavar en tierras ajenas se con-

sagraría en el año 320 en la ley tardo-romana "*secandorum marmorum*"⁴.

³Vid. d'Ors, Alvaro, *Régimen jurídico de las concesiones mineras de la España romana: Los bronceos de Vipasca (texto, traducción y comentarios)*, en *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, III (1992), Vp. 1, 9.

⁴Vid. Vergara, Alejandro, *Principios y Sistema* (n. 1), p. 139. Según esta ley se otorga facultad a quien lo desee, de extraer mármol de cualquier cantera, así como cualquiera puede extraer otros metales (Código Teodosiano, 10, 19, 1). Según Gothofredi, Jacobi, *Codex Theodosianus in perpetuis commentariis* (Leipzig, 1738), III, p. 518, esta facultad regia en canteras propias y ajenas. Esta Ley del Teodosiano, junto a otras de la época es central en la construcción del derecho minero, como disciplina. Incluso ha sido calificada de "revolucionaria": Cfr. Biondi, Biondo, *Il diritto romano cristiano* (Milán, Giuffrè editore, 1954), 3, p. 308.

¹Véase: Vergara, *Principios y Sistema del Derecho Minero*, Santiago, 1992, p. 401.

²Nótese en la legislación minera, al respecto, una curiosidad que por ahora no desarrollo mayormente: los artículos 113 y 116 del Código de Minería, en una pésima sistemática, cuando se refieren a los derechos de los concesionarios de exploración y de explotación, en su caso, no señalan directa y expresamente su contenido, sino se remiten a estos artículos 14 y siguientes, dando la impresión que los concesionarios gozan de las mismas posibilidades de frente al propietario del suelo que aquellos que aún no son concesionarios.

Estas primeras ideas romanas serían también consagradas en el medioevo español en una ley de las Ordenanzas de Briviesca, de 1387, donde se ordena y manda "que todas y qualesquier personas de nuestros reynos puedan buscar, y catar, y cavar en sus propias tierras (...) y en otros qualesquier lugares (...)"⁵.

Esta facultad seguiría siendo acogida en la legislación posterior española (en 1559, 1563 y 1584) y luego se traspasaría a la legislación minera indiana, incluso a las Ordenanzas de Nueva España, de 1783, que rigieron en Chile hasta 1874⁶.

Andrés Bello recogió esta facultad desde aquella ley medieval y la insertó en el inciso 2º del artículo 591 del Código Civil (artículo cuya derogación tácita es evidente, y que aún luce en las últimas ediciones de tal Código), el que sería reproducido como artículo 1º en los Códigos de Minería de 1888, de 1930 y de 1932, rigiendo este último hasta el año 1983.

Aún más, los Códigos de Minería de 1874, de 1888, de 1930 y de 1932 establecieron, en arti-

culado especial, esta facultad de catar y cavar, lo que sencillamente es reproducido en el Código vigente, con leves variantes, sin parar mientes que esta facultad, dogmáticamente, ha quedado en el baúl de los vestigios históricos. Hoy es reemplazada por la concesión de exploración, lo que es una evidente consecuencia de los avances tecnológicos, de los modernos sistemas de prospección, pues ningún minero invertirá capital sin tener al menos la seguridad de que su "preferencia" será resguardada; y la preferencia sólo la otorga una concesión de exploración y no una mera facultad de catar y cavar (Vid. artículos 10 Nº 2 de la ley Nº 18.097, de 1982, Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras y 41 y 114 del Código de Minería vigente).

La existencia de este lastre histórico en el actual Código de Minería, entonces, es incomprendible, pero, además, hoy debemos enfrentarnos a la realidad del estatuto constitucional de la propiedad del suelo, y de la exacta magnitud de las limitaciones a que ésta puede estar sujeta de frente a las labores mineras.

B) INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DE CATAR Y CAVAR PARA QUIEN NO ES CONCESIONARIO

El Código de Minería autoriza a realizar labores mineras a quienes no son concesionarios mineros. A mi juicio los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 53 del Código de Minería, en cuanto permiten realizar labores mineras a quien no es concesionario, limitando al propietario del suelo, atentan contra aquellas disposiciones sustantivas de la Constitución que establecen el estatuto del dominio privado sobre el suelo, por un lado; y, por otro, quebrantan el estatuto del dominio público minero.

a) Quebrantamiento del estatuto de la propiedad privada

El Art. 19 Nº 24, inciso 1º y siguientes protegen la propiedad en sus diversas especies, y señalan

que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, salvo expropiación. El mismo Art. 19 Nº 24, inciso 6º *in fine*, establece una excepción a esta regla (cuya interpretación debe ser *restrictiva*), señalando que "los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la *exploración*, la *explotación* y el beneficio de dichas minas".

Esta es la única posibilidad de limitación de la propiedad desde el punto de vista constitucional, y tales limitaciones sólo dicen relación con la "exploración", la "explotación" o el "beneficio", y tales actividades sólo pueden llevarlas adelante quienes tengan derecho a ello.

Y, ¿quiénes tienen derecho a ello? Sólo pueden explorar, explotar o beneficiar, *los concesionarios*, como fluye claramente de los arts. 10 y 11 de la Ley Nº 18.097, de 1982, Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras y los concordantes Arts. 107, 113 y 116 del Código de

⁵Vid.: Ordenanzas Reales de Castilla, 6, 12, 8; Nueva Recopilación, 6, 13, 3; Novísima Recopilación, 9, 18, 2.

⁶Vid., Vergara, Alejandro, *Principios y Sistema* (n. 1), pp. 58, 98, 111 y 117.

Minería. En virtud de lo anterior, de acuerdo a la Constitución, sólo a favor de los concesionarios mineros, se puede establecer obligaciones y limitaciones en contra del propietario del suelo.

En conclusión, los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 53 del Código de Minería, en cuanto autorizan limitaciones y obligaciones en contra del propietario del suelo y a favor de "toda persona", incluyendo a quienes no son concesionarios de exploración o de explotación, *son inconstitucionales*.

Y la razón fluye prístina: sólo es posible establecer, de acuerdo a nuestra Constitución (Art. 19, N° 24, inciso 6° parte final) y a la Ley N° 18.097, de 1982, Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras (Art. 7°, que habla sólo del "concesionario", en armonía con la Constitución), limitaciones en favor de títulos de derechos de exploración o explotación y ellos surgen sólo de concesiones vigentes.

Además, la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras es la única que puede establecer los "derechos" de los *concesionarios mineros*, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 N° 24, inciso 7° de la Constitución. Y, en forma juiciosa y concordante con el texto constitucional, y con el razonamiento anterior, el Art. 7° de dicha ley orgánica constitucional, según lo dicho, *sólo otorgó la facultad de catar y cavar a los concesionarios*, y no a "toda persona" ni a los meros manifestantes o peticionarios.

Por lo tanto, las personas que aún no son titulares de concesiones mineras no pueden —según nuestra Constitución— efectuar labores mineras. Éstas son sólo legítimas cuando las llevan adelante *los concesionarios mineros*.

La propiedad privada está resguardada en la constitución fuertemente, en su artículo 19, N° 24, inciso 1° y siguientes, y sujetarla a limitaciones que excedan el marco autorizado por el artículo 19, N° 24, inciso 6° parte final no es constitucional. Y eso es lo que ha hecho el Código de Minería, incluso sometiendo al propietario, frente a quien no es siquiera concesionario minero, a soportar labores mineras en su propiedad (artículo 16, Código de Minería), soportar servidumbres (artículo 19, Código de Minería), soportar trabajos propios de la explotación minera ("reconocer mina", en artículo 53, inciso 2°, Código de Minería), y aún la posi-

bilidad de un auxilio de fuerza pública, previo un informe lleno de ambigüedad legislativa, del Servicio Nacional de Geología y Minería (artículo 53, inciso 3°, Código de Minería). ¿Esto significa "respeto" por la propiedad privada?⁷

En suma, a mi juicio, el Código de Minería, a través de sus artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 53 impone limitaciones y obligaciones al propietario superficial, en favor de quien no tiene aún constituido un derecho de explorar o explotar, esto es, de quien no es concesionario, y por tal razón *es inconstitucional* pues infringe sustantivamente los artículos 19 N° 24, inciso 1° y 6° parte final y 7° de la Constitución, y se aparta de los artículos 7°, 10 y 11 de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, de superior rango jerárquico a él, la que sí guarda armonía con la Constitución.

Creo que lo único que queda a salvo de esta inconstitucionalidad es, como diré más adelante, la posibilidad de "constituir" la concesión, esto es, mensurarla a través de un perito, pues de otro modo no podría constituirse tal concesión.

b) *Quebrantamiento del estatuto del dominio público minero*

Por otro lado, el artículo 19 N° 24, inciso 6° de la Constitución establece, en forma concisa, el estatuto del dominio público minero, señalando que "el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas".

Luego, en su inciso 7° establece que sólo una ley orgánica regulará lo atinente a las concesiones mineras, en cuanto a derechos y obligaciones, y que éstas deben constituirse por resolución judicial.

Pues bien, a su turno, la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, en sus artículos 3°, 6°, 7°, 10 y 11 establece los derechos esenciales de los concesionarios mineros, de donde fluye que son éstos los únicos, una vez obtenida su concesión, autorizados a la exploración y explotación minera.

⁷Este artículo 53, además está sujeto a otras dudas de inconstitucionalidad: Vid. Vergara, Alejandro, *Principios y Sistemas* (n. 1), p. 348.

El silogismo opera del siguiente modo:

- a) El Estado tiene el "dominio" (en sentido funcional) exclusivo y absoluto de los minerales, y nadie puede aprovecharlos sin un título jurídico;
- b) El único título jurídico hábil y legítimo para aprovechar las minas, según la Constitución, es la concesión minera, cuyos derechos y obligaciones fija, en forma exclusiva y excluyente, la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras; y,
- c) La Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras sólo otorga derechos de aprovechamiento minero a los concesionarios. Sólo los concesionarios pueden "catar y cavar" (artículo 7^o de tal ley). Sólo los concesio-

narios pueden explorar o explotar (artículos 10 y 11 —misma ley) y hacerse dueños de los minerales que extraigan.

Por lo tanto, en la medida que los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 53 del Código de Minería autorizan, en primer lugar, a aprovechar las sustancias minerales, a "catar y cavar", o, en general, a realizar labores mineras a quien no tiene título para ello, y, en segundo lugar, a hacerse dueños de tales minerales, quebranta sustantivamente el artículo 19 N^o 24, incisos 6^o y 7^o de la Constitución y los artículos 3^o, 6^o, 7^o, 10 y 11 de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, que guardan armonía con aquéllos.

C) ÚNICA EXCEPCIÓN: LA MENSURA

La única posibilidad, natural y obvia, de limitación a una propiedad privada por alguien que no es concesionario, está constituida por la mensura de la pertenencia. Ello no infringe las

disposiciones constitucionales ni de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, pues tal trabajo de campo no es "labor minera", sino sólo una medición de terreno.

D. CONCLUSIÓN

En virtud de lo anterior, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución creo que, ante un conflicto de esta naturaleza, es posible solicitar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 53 del Código de Minería, en cuanto otorgan derechos de aprovechamiento minero

a quien no es concesionario, limitando ilegítimamente la propiedad privada y quebrantando el estatuto del dominio público minero, pues infringen sustantivamente al artículo 19 N^o 24, incisos 1^o, 6^o y 7^o de la Constitución.

Santiago, 1 de diciembre de 1992.