Santiago, 1992, 433 pp.

Alejandro
Vergara
Blanco

PRINCIPIOS Y SISTEMA DEL DERECHO MINERO

ESTUDIO HISTORICO-DOGMATICO

Editorial Jurídica de Chile

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Minero
Pontificia Universidad Católica de Chile
Universidad de Atacama
Universidad Gabriela Mistral

PRINCIPIOS Y SISTEMA DEL DERECHO MINERO

ESTUDIO HISTORICO - DOGMATICO

UNIVERSIDAD DE ATACAMA
EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Para Ruth

INDICE GENERAL[1]

Presentación XV
Advertencia preliminar XXI

INTRODUCCION

I. LA INDUSTRIA MINERA 3
1. *En general* 3
2. *Su objeto* 4
3. *Su desarrollo histórico* 5
4. *Actuales características* 8
5. *Su relación con los motivos para emprender este trabajo* 8

II. LA ACTUAL VISION DEL DERECHO MINERO: ESTADO DE LA CUESTION 11
1. *Los "sistemas" de régimen minero señalados habitualmente por la doctrina* 11
2. *Nuestra disconformidad con dicho criterio. Razones* . . . 14

III. HIPOTESIS DE TRABAJO 17
1. *La disciplina denominada Derecho minero. Su autonomía* 17
2. *Formulación de hipótesis de trabajo* 19
3. *El planteamiento de una reconstrucción del régimen jurídico de la minería* 22
4. *Sobre la aparente originalidad de esta formulación* . . . 23

IV. METODOLOGIA DE TRABAJO 25
1. *La historia como antecedente fundante* 25
2. *El recorrido histórico del Derecho minero* 28

[1] Véase Indice Detallado en pp. 423 y ss.

3. *Precisiones dogmáticas previas* 29
4. *El ensayo de una nueva matriz disciplinar* 40

PRIMERA PARTE

RECONSTRUCCION HISTORICA

CAPÍTULO I

LAS MINAS EN EL DERECHO CONTEMPORANEO

I. EL DERECHO VIGENTE 45
Grupo normativo 45

II. EL DERECHO HISTORICO 47
1. *Código de Minería de 1932* 47
2. *Código de Minería de 1888* 48
3. *Código de Minería de 1874* 50
4. *La pervivencia de ciertas normas coloniales* 50

CAPÍTULO II

LAS MINAS EN EL DERECHO INDIANO

I. PROEMIO 53
1. *Insuficiencia bibliográfica* 53
2. *Las fuentes jurídicas* 54
3. *Las ordenanzas indianas* 55
4. *Interés adicional de su estudio* 56

II. LOS GRANDES ORDENAMIENTOS 56
1. *Las Ordenanzas de Nueva España, de 1783* 57
2. *La Recopilación de las Indias, de 1680* 61
3. *Las Ordenanzas de Toledo, de 1574* 63

III. ORDENANZAS LOCALES 67
1. *Ordenanzas de Villagra, de 1561* 68
2. *Ordenanzas del Cabildo de Santiago, de 1550* 70
3. *Ordenanzas de Pedro de Valdivia, de 1546* 73
4. *Ordenanzas de Mendoza, de 1550* 75

IV. GENESIS DEL DERECHO MINERO INDIANO 80
1. *La configuración del derecho minero indiano* 80
2. *Las minas como* iura regalia 84

APENDICE BIBLIOGRAFICO 87

CAPÍTULO III

EL REGIMEN DE LA MINERIA EN EL DERECHO ESPAÑOL MODERNO Y MEDIEVAL

I. PROEMIO 91
1. *El concepto jurídico de regalía* 91
2. *Un alcance metodológico previo* 94

II. LEGISLACION MINERA DE LA EDAD MODERNA 95
1. *Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584* 95
2. *Pragmáticas de Madrid, de 1563* 110
3. *Ordenanzas Antiguas, de 1559* 115

III. LEGISLACION MEDIEVAL 119
1. *Las Ordenanzas de Bribiesca, de 1387* 120
2. *Las Siete Partidas* 122
3. *Origen del Régimen minero castellano: Cortes de Nájera, de 1138* 131

CAPÍTULO IV

UNA REVISION ANTE EL DERECHO ROMANO

I. PROEMIO 135
1. *Explicación previa* 135
2. *Las limitaciones de este examen* 136
3. *La bibliografía* 137

II. LA MINERIA EN EL REGIMEN TARDO-ROMANO 138
1. *La consagración de nuevos principios* 139
2. *Las leyes del Teodosiano* 141
3. *El derecho minero justinianeo* 145

III. EL DERECHO MINERO PROVINCIAL ROMANO 145
1. *Las tablas de bronce de Vipasca* 146
2. *La* lex territorio metalli Vipascensis dicta 147
3. *La* lex metallis dicta 148
4. *El régimen jurídico* 149

IV. LA MINERIA EN EL DERECHO ROMANO CLASICO . . . 155
1. *Una explicación previa* 155
2. *La minería en tierras privadas* 156
3. *Régimen tributario* 166
4. *Los* metalla *públicos* 168

SEGUNDA PARTE

RECONSTRUCCION DOGMATICA

CAPÍTULO V

EL DOMINIO PUBLICO MINERO

I. EL VINCULO JURIDICO DEL ESTADO CON LAS MINAS . . 174
1. *Dos constataciones básicas* 174
2. *Presupuesto de trabajo* 176

II. LA TEORIA DEL DOMINIO PUBLICO 177
1. *Justificación* 177
2. *El problema histórico* 178
3. *Su formulación doctrinal en España* 181
4. *La concepción "patrimonialista"* 183
5. *Dos criterios doctrinales* 191
6. *La concepción "funcionalista"* 195
7. *Críticas formuladas a la teoría del dominio público como tal* 201
8. *Disección del dominio público: potestades de la Administración y derechos reales de aprovechamiento* 202
9. *Apéndice bibliográfico* 206

III. EL CASO CHILENO Y EL DOMINIO EMINENTE 207
1. *Palabras previas* 207
2. *Primera base legislativa: el Código Civil* 210
3. *El concepto jurídico de dominio eminente* 220
4. *La interpretación de la doctrina chilena* 230
5. *La reforma constitucional de 1971* 236
6. *El estado actual de la legislación y la doctrina* 238

IV. LA AFECTACION DE LAS MINAS AL DOMINIO PUBLICO 247
1. *La afectación minera* 247
2. *El contenido del dominio público minero* 250

CAPÍTULO VI

EL PROCEDIMIENTO CONCESIONAL MINERO

I. PROEMIO 258
1. *La concesión minera en la historia* 258
2. *La concesión en el derecho minero* 259

II. DE LAS CONCESIONES EN GENERAL Y DE LA CONCESION MINERA 260
Introducción 260

1. *Teoría de la concesión* 261
2. *Caracterización de las concesiones mineras* 283

III. EL PROCEDIMIENTO CONCESIONAL MINERO CHILENO 285
1. *Aspectos generales* 285
2. *Procedimiento de constitución de las concesiones mineras* 292
A) Características comunes 292
B) Concesión de exploración 298
C) Concesión de explotación 303

Capítulo VII

LOS DERECHOS MINEROS

I. PROEMIO 312
1. *Contenido* 312
2. *La aparición de los derechos mineros en la historia jurídica* 312

II. LOS DERECHOS MINEROS Y LA TEORIA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS 315
1. *La teoría de los derechos reales administrativos* 315
2. *Los derechos mineros como derechos reales administrativos* 328
3. *Caracterización jurídica del derecho de aprovechamiento minero: una hipótesis* 334

III. LOS DERECHOS MINEROS EN CHILE 337
1. *De la facultad de catar y cavar* 338
2. *Derechos emanados de los pedimentos y manifestaciones* 342
3. *Contenido de las concesiones mineras* 349
4. *Efectos comunes a toda concesión* 359
5. *Preferencias y exclusividades* 361
6. *Extinción de los derechos mineros. Causales. Crítica* . . . 368

Capítulo VIII

LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA MINERA

I. PROEMIO 371
1. *La intervención administrativa en la historia de los textos jurídicos* 371
2. *La intervención administrativa como principio del derecho minero* 373

II. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y EN EL SECTOR MINERO 374
1. *La intervención administrativa en general* 374
2. *La intervención administrativa en el sector minero* . . . 376

III. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA MINERA EN CHILE 379
1. *Generalidades* 379
2. *Intervención en la constitución de las concesiones mineras* 380
3. *Intervención relativa a la seguridad minera* 384

CONCLUSIONES

A) CONCLUSIONES PARA UNA RECONSTRUCCION HISTORICA DEL DERECHO MINERO 389
I. *Derecho minero romano* 389
II. *Derecho minero español medieval y moderno* 392
III. *Derecho minero indiano* 393
IV. *Derecho minero contemporáneo chileno* 395
V. *Corolario* 396

B) CONCLUSIONES PARA UNA RECONSTRUCCION DOGMATICA DEL DERECHO MINERO 397
I. *El dominio público minero* 397
II. *El procedimiento concesional minero* 399
III. *Los derechos mineros* 400
IV. *La intervención administrativa minera* 402
V. *Corolario* 403

C) CONCLUSION FINAL 405

BIBLIOGRAFIA 407

Indice Detallado 423

PRESENTACION

Podrá parecer extraño que la Universidad de Atacama, que no tiene Facultad de Derecho, patrocine la publicación de "Principios y Sistema del Derecho Minero" del señor Alejandro Vergara Blanco.

Sin embargo, diversas circunstancias históricas en la enseñanza de las disciplinas que auxilian a la minería, como en la institucionalidad de los títulos y grados que otorgan los organismos de Educación Superior, permiten dar sustento racional a esta acción universitaria, la que nos ha demostrado cómo pueden explorarse con seriedad nuevas formas de desarrollo y crecimiento de las universidades.

La Universidad de Atacama tiene como sus antecesoras a la Escuela de Minas de Copiapó, fundada en 1857, y a la Sede Copiapó de la ex Universidad Técnica del Estado; de manera que durante 134 años se ha dedicado atención preferente a los estudios y a la formación de los profesionales que requiere la actividad minera, comprendiéndose en ese esfuerzo no sólo las disciplinas científicas y técnicas que la auxilian, sino que también las ciencias sociales, como la Administración y el Derecho, específicamente el Derecho Minero.

Por otra parte, la reforma de la Educación Superior del año 1981, junto con crear universidades en regiones, sobre la base de las sedes de las universidades tradicionales, estableció una clara diferencia entre los títulos profesionales y los grados académicos, señalando en la ley la jerarquía de estos últimos, como el contenido de sus programas, los requisitos de acceso a éstos y las condiciones necesarias de cumplir para obtener la graduación respectiva.

La clara diferenciación que estableció en esta materia la ley, entre el grado de Licenciado y el de Magister, hizo posible pensar que podría ser desarrollando este último, por cuerpos académicos distintos a aquellos que otorgan la licenciatura toda vez

que al comprender ésta los aspectos básicos de la respectiva disciplina, en el caso del Derecho, el Licenciado está capacitado para profundizar, investigar y crear en alguna rama determinada de esa disciplina, dirigido por un grupo de académicos con formación superior y adecuada al objetivo propuesto.

Junto con adquirir esta convicción se fue desarrollando la reflexión acerca del rol de las nuevas Universidades respecto de las regiones y macrorregiones en que se hallan insertas, una de cuyas primeras constataciones consistió en la necesidad de fortalecer el recurso humano necesario para dirigir y ejecutar todo el desarrollo social y económico que muestran la mayoría de las regiones del país. En el Norte y en el Centro de Chile aparecía como necesidad evidente el preparar los hombres de Derecho que auxiliaran con un conocimiento especializado la aplicación del Derecho Minero, como su constante crítica y progreso. De esta manera, la acción más que centenaria de la Universidad de Atacama y sus antecesoras, ya no se limitaría a la formación de los ingenieros de minas, sino que ahora comprendería a los profesionales del Derecho.

Estas convicciones nos hicieron buscar la colaboración de los más distinguidos profesores de Derecho, para dar inicio en 1985 al primer Programa de Magister en Derecho de Minería, que dirigió don Carlos Ruiz Bourgeois, asistido por profesores de Derecho, y, entre ellos, el profesor Alejandro Vergara Blanco.

Esta acción innovadora de la Universidad de Atacama, encuentra en 1987 apoyo institucional del mayor significado, al celebrarse un convenio de colaboración académica con la Universidad de Chile, mediante el cual recae la responsabilidad directa del Programa de Magister en Derecho de Minería en el Instituto de Postgrado de la Universidad de Atacama y en la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, circunstancia en que se han recibido dos generaciones más de postulantes al grado de Magister. Esta valiosa colaboración académica se ampliará en el futuro, seguramente, con el apoyo de otras Facultades de Derecho.

El objeto es consolidar en el país un grupo de investigadores y estudiosos que continúen el cultivo del Derecho de Minería, para beneficio de la sociedad toda, especialmente del sector de la minería chilena.

Entre las acciones de extensión de esta relevante actividad universitaria, está la próxima edición de la Revista de Derecho de Minas y Aguas y la publicación de esta obra mayor: "Principios y Sistema del Derecho Minero", texto que Alejandro Vergara Blanco entrega a la luz pública.

* * *

¿Qué es este libro? Quizás sea más fácil responder a la pregunta inversa: ¿qué no es este libro? No es un manual, no es un tratado, tampoco es una monografía.

Este libro contiene la tesis defendida por Alejandro Vergara Blanco para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Universidad de Navarra, España, en el año 1989, y es el honrado intento del estudioso del Derecho que, antes de introducirse en el estudio pormenorizado, trata de comprender su disciplina en su totalidad, trata de encontrar el orden sistemático, la "matriz disciplinar" como indica el autor.

En esta búsqueda, el autor constata la falta, especialmente en Chile, de una sistematización de los principios generales y de las instituciones sustentadas en la ciencia del Derecho que, al integrarse armoniosamente, llenen de contenido y autonomía al Derecho de Minería, como una rama distinta del Derecho.

Esta búsqueda es lo que el autor denomina "ensayo de una nueva matriz disciplinar", elaborada desde la ciencia del Derecho, usando su metodología y su lenguaje. Se define una matriz disciplinar como el conjunto de realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica. Respecto de esta matriz puede ocurrir que, a través de las mismas tareas de investigación y de profundización, comiencen a surgir disidencias, problemas que se resisten a las soluciones tradicionales, todo lo cual pone en crisis a la matriz como fuente de explicaciones y soluciones científicas.

Este es el planteamiento que se hace el autor respecto de la sistematización del Derecho de Minería y se lanza al intento de encontrar una nueva matriz. El método usado es el histórico-dogmático, asegurando el autor que es el correcto para obtener respuestas válidas sobre "el tránsito histórico de las instituciones jurídicas".

La mitad de este libro es una reconstrucción histórica, efectuada en "retrospectiva", esto es, partiendo del presente hacia el pasado, en una cadena en que cada eslabón tiene su precedente en el anterior, hasta su origen. De esta manera, partiendo el autor desde el Derecho Contemporáneo, el Derecho Español Moderno y Medieval, hasta entroncar en el Derecho Romano, específicamente el derecho provincial, donde encuentra la génesis de todo el Derecho Minero, contenido en instituciones como la afectación de las minas a una organización política, un procedimiento concesional que permite a los particulares acceder al aprovechamiento de las minas, a través de dos fases bien marcadas: un *ius occupandi*, verdadera concesión de exploración y *proprietas*, verdadera concesión de explotación. Ya en esa época se exige a los "concesionarios" el cumplimiento de obligaciones para mantenerse en su calidad de titulares de estos derechos, tales como el pago del *pretium* y, luego, el trabajo efectivo, bajo pena de

caducidad del derecho. La exigencia técnica a la explotación evidencia la intervención administrativa en el sector de la minería entregada al cuidado de un funcionario del Estado: el *procurator metallorum.*

De esta manera, Vergara Blanco señala que, con claridad a estas alturas, se encuentran perfectamente consagradas y en esencia las características del Derecho Minero, que no variarán sustancialmente en dos milenios de evolución, frutos que llegarán hasta nosotros a través de los sucesivos sistemas históricos del Derecho.

Sobre esta sólida base histórica, el autor plantea una reconstrucción, dogmática, señalando el conjunto de instituciones que en su concepto constituyen esencialmente el Derecho de Minería, le dan contenido y autonomía.

Estas instituciones serían las siguientes:

En primer lugar, la existencia de un dominio público minero, que comprende la propiedad del Estado sobre todas las minas, que armoniza potestad y función.

En segundo lugar, la existencia de un procedimiento concesional minero.

En tercer lugar, la creación de derechos mineros.

Por último, en cuarto lugar, la existencia de una intensa intervención administrativa.

Estas cuatro características se ordenan en torno a una institución básica, verdadero gozne, al decir del autor, que da vida a los derechos mineros: la concesión minera.

Este planteamiento tiende a obtener una visión integral de la disciplina, marcando el acento en aquellas características que aparecen como verdaderas "claves históricas" presentes en la legislación minera desde siempre.

Alejandro Vergara Blanco es de aquellos que creen que todo planteamiento jurídico que no esté fundado en los principios científicos del Derecho, develados a través del método histórico-dogmático, es erróneo y que no hay error en el planteamiento jurídico que no sea dañino al cuerpo social, puesto que tuerce una evolución natural de instituciones cuyo enriquecimiento, por la experiencia de siglos, les permite ir adaptándose a los requerimientos de cada época y lugar.

El intento de Alejandro Vergara Blanco, como su logro, es una obra significativa y constituye un valiente esfuerzo por renovar los estudios del Derecho de Minería, que seguramente le acarreará incomprensiones de quienes sólo miran el Derecho Minero desde el interés privado o sólo desde el interés público. Sin embargo, sus proposiciones ya comienzan a acusar el impacto renovador esperado, el cual será mayor en el futuro y dará seguramente base a una larga corriente de nuevos estudios del Derecho de Minería, tarea ineludible en este país donde la minería aporta tanto a su ser nacional.

Como comunidad universitaria, dedicada por más de un siglo a la enseñanza minera, nos sentimos complacidos de contribuir a la influencia que tendrá la obra de Alejandro Vergara Blanco, patrocinando esta primera edición.

MARIO MATURANA CLARO
Rector
UNIVERSIDAD DE ATACAMA

ADVERTENCIA PRELIMINAR

El presente libro es, con algunas modificaciones circunstanciales, la tesis doctoral que elaboré en una reciente estadía en España, en un programa de doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra (Pamplona).

Mi adscripción a dicho programa fue posible gracias a la beca "Presidente de la República", para estudios de postgrado, la que me fue otorgada en 1986 e hice efectiva desde el 4 de enero de 1987 hasta el 4 de febrero de 1989, fecha de defensa de mi tesis doctoral.

La tesis fue juzgada, entonces, el 4 de febrero de 1989, por un Tribunal constituido por los profesores Alvaro d'Ors Pérez-Péix (Presidente), Ismael Sánchez Bella, Luis Carlos Fernández-Espinar, Juan Cruz Alli y José Luis Lopez-Muñiz, a los cuales quiero agradecer el interés que demostraron en este trabajo a través de diversas observaciones y sugerencias, las que he tenido muy presentes en la posterior revisión del mismo.

Deseo agradecer sinceramente al catedrático director de esta tesis, Dr. D. Francisco González Navarro, a quien debo no sólo el resultado de este trabajo, sino buena parte de mi formación en el estudio del Derecho. Son incontables los consejos y sabias indicaciones que de él recibí, a través de numerosísimas conversaciones, los que han hecho que en mí se afinque —creo, definitivamente— una vocación por conocer e investigar científicamente en el campo del Derecho. El ha sido para mí un verdadero maestro, y no podía dejar de reconocerlo en este lugar.

Debo recordar, además, a otros dos maestros: D. Ismael Sánchez Bella y D. Alvaro d'Ors Pérez-Péix, pues ambos me dirigieron en la factura de los capítulos II y III, y IV, respectivamente, y cuyo magisterio se ha extendido más allá de los límites materiales y temporales de este trabajo. De la amistad de ambos y de sus consejos no puedo sino estar profundamente agradecido.

* * *

También debo agradecer a Ruth, no sólo por todos sus sacrificios y desvelos para hacer posible que yo trabajase en esta tesis, sino por su efectiva "participación" en ella, pues le correspondió la dura tarea de corregir muchas de sus páginas, y también fue importante su aporte ayudándome a matizar muchas ideas, no con conocimientos de Derecho estricto, sino aplicando su gran sentido común, del cual no está ajena esta ciencia. Cada página debiera llevar, también, su nombre. Ella bien sabe lo sincero que soy al decir esto.

En fin, no puedo olvidar a Francisca, testigo silencioso de la escritura de muchas de estas páginas; ni a mis padres, de quienes, de diferente modo, sigo y seguiré siendo deudor.

* * *

En fin, debo advertir que varios pasajes de esta tesis han sido publicados anteriormente en diferentes revistas de Derecho (en *Revista de Derecho Público* y en *Revista de Estudios Políticos*, ambas de Madrid; en *Revista Chilena de Derecho*, en *Revista de Derecho Público*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* y en los *Anales de la Universidad de Chile*, todas de Santiago; y en *Revista de Derecho* y en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, ambas de Valparaíso), gracias a la gentileza de sus editores, según doy cuenta en la Bibliografía.

A.V.B.

INTRODUCCION

I. LA INDUSTRIA MINERA

SUMARIO: 1. *En general.* 2. *Su objeto.* 3. *Su desarrollo histórico:* a) Antigüedad. b) Conquista romana. c) Edad Media. d) Las Indias. e) Epoca Contemporánea. 4. *Actuales características.* 5. *Su relación con los motivos para emprender este trabajo.*

1. En general

La industria minera realiza fundamentalmente la labor cuyo fin es poner a disposición de las demás industrias básicas las materias primas minerales, buscándolas y extrayéndolas de la corteza terrestre y del fondo marino. La industria, por su sentido etimológico, siempre es una realización; la extracción minera se realiza a través de lo que se ha venido en llamar *tecnología analítica,* esto es, la distinción y separación de las partes de la materia prima sobre la que opera. Si bien a la industria minera le interesa saber la composición de los minerales que extrae, lo que le interesa aún más es separar "la mena de la ganga";[1] una vez separado el mineral útil de toda la escoria, y de toda otra sustancia inútil o, incluso, dañosa, tiene lugar la segunda fase de la industria minera: el tratamiento del mineral, también llamada *mineralurgia.*

[1] La "ganga" es materia de escaso valor que va mezclada con la "mena", mineral aprovechable y del que se separa como cosa inútil. Mena y ganga forman parte del "filón", depósito metalífero encajado en los lechos o fisuras de la corteza terrestre.

2. Su objeto

El elemento constitutivo esencial de la industria minera es el yacimiento minero natural, esto es, los minerales; lo que constituye, además, su objeto. Los minerales son los compuestos inorgánicos que se presentan de un modo natural en la parte sólida del universo, formando vetas, filones, bolsas u otras formas geológicas que alternan con materiales inservibles; las vetas de carbón, por ejemplo, tienen capas de roca intercaladas. Los minerales pueden hallarse también en la misma superficie terrestre, lo que supone indudables ventajas para su explotación. Pero en la mayoría de los casos, o a la larga, se tiene que recurrir al laboreo subterráneo mediante excavación de pozos y galerías, que reciben propiamente el nombre de "minas".[2]

Desde un punto de vista técnico, suelen diferenciarse los conceptos de yacimiento y mina, criterio que es útil a la hora de conceptuar —especialmente esta última— desde el punto de vista jurídico. "Yacimiento" sería simplemente una concentración de minerales que, por su presentación, puede o no ofrecer interés para la industria extractiva; "mina", a pesar de su etimología celta —*mein*, metal en bruto—, es hoy para la geología las "labores superficiales o subterráneas realizadas para el reconocimiento o beneficio de minerales existentes o que se presume existen en el subsuelo", o, más simplemente, "excavación que se hace por pozos, galerías, socavones o a cielo abierto, para extraer un mineral".[3] En todo caso, no hay un parecer preciso sobre si se atiende más a la presentación natural de los minerales, lo que podría ser más bien un yacimiento, por un lado; o si, por otro, se atiende primordialmente a la forma de laboreo, lo que se acerca al concepto de mina.

---

[2] Cfr. un libro ya clásico sobre la organización de una empresa minera y la dirección de una mina durante su período productivo, y para su objeto particular, la explotación de las minas: Hoover, Theodore Jesse, *Economía Minera* (Trad. esp., México, Fondo de Cultura Económica, 1946).

[3] Conceptos extraídos, respectivamente, de *Gran Enciclopedia Rialp* t. XV, p. 851, y *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*, t. XXXV, p. 353. La Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, en su difundido *Vocabulario Científico y Técnico* (Madrid, 1983), sólo contiene una escueta definición de "mineral", como producto de la naturaleza, omitiendo un pronunciamiento sobre mina (p. 329). Por su parte, la Real Academia Española, en su *Diccionario de la Lengua Española* (20ª edición, Madrid, 1984), 2, p. 910, indica para la voz "mina" dos acepciones: a) como "criadero de minerales de útil explotación", y b) como "excavación que se hace por pozos, galerías y socavones, o a cielo abierto, para extraer un mineral", acepción esta última que concuerda con el sentido técnico que se ha señalado en el texto.

3. Su desarrollo histórico

El descubrimiento de los minerales y el desarrollo de las técnicas para su aprovechamiento constituyen pieza fundamental en la historia de las civilizaciones. Nos interesa destacar algunos datos de su desarrollo desde la Antigüedad hasta hoy, circunscritos a la unidad geográfica cuyo régimen jurídico será objeto de nuestra indagación: Chile, considerando, además, sus precedentes histórico-jurídicos, ubicados territorialmente en España. Tanto en la Península Ibérica como en América del Sur, desde tiempos remotos se conocieron noticias de riquísimos yacimientos mineros, lo que fue motivo, si no de conquista por parte de otros pueblos diferentes a los primitivos, sí de dominación y explotación permanentes.

a) *Antigüedad*

Lo que singularizó a la Península Ibérica en la Antigüedad fue su riqueza mineral, constituyéndose en la causa de continuas arribadas de extranjeros. El descubrimiento de su riqueza dio lugar a formar de ella un estado general de opinión semejante al que se formó de América, sobre el mismo motivo, en tiempos posteriores.[4] El laboreo de las minas y la técnica de los metales se remontan a 2.000 a. C., aproximadamente, atrayendo a fenicios y griegos, antes de la vasta explotación practicada por los bárquidas. Pertenece a esta época el documento científico más antiguo relativo a los minerales: *Sobre las piedras*, del filósofo griego Teofrasto (374-287 a. C.).

b) *Conquista romana*

Aun cuando no podemos precisar si la conquista romana se debió a razones económicas —estrechamente ligadas con la riqueza mineral—, o si, por el contrario, fue dirigida por razones de índole política o estratégica,[5] de uno u otro modo, la Península

[4] Véase García y Bellido, A., *La Península Ibérica en los comienzos de su historia* (Madrid, Instituto "Rodrigo Caro", Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1953), p. 437.

[5] García Moreno, Luis A., *La Antigüedad clásica*, en *Eunsa. Historia Universal* (Pamplona, Editorial Universidad de Navarra, 1980), 2, 1, p. 414, sostiene un fundamento político. Por su parte, Blázquez, José María, *Economía de la Hispania romana* (Ediciones Nájera, Bilbao, 1978), p. 409, sostiene que la causa determinante de la colonización romana fue el interés por las explotaciones mineras. Piensa que esto último es una exagera-

pasó a constituir una verdadera colonia de explotación, como antes lo fue de los púnicos.

Si bien la historiografía actual nos proporciona amplias informaciones sobre la minería hispana durante el período romano,[6] podrían bastar los textos clásicos para formarse una idea sobre ella.

Así, según Plinio, casi toda Hispania abundaba en yacimientos de plomo, hierro, cobre, plata y oro.[7]

Estos antecedentes —tanto en cuanto a su riqueza como a su abundante explotación— son confirmados en las obras de otros autores latinos, como Estrabón,[8] Polibio,[9] Tácito[10] Vitruvio[11] y, en fin, Diodoro.[12]

---

ción: SCHULTEN, cit. por TORRES, Manuel, *La Península hispánica, Provincia Romana*, en *Historia de España* dirigida por Ramón MENÉNDEZ PIDAL (Madrid, Espasa-Calpe, 1955), 2, p. 332.

[6] De entre la vastísima bibliografía, y de lo ya señalado en nota anterior, sólo mencionaremos: BLÁZQUEZ (n. 5), que incluye la monografía *Explotaciones mineras en Hispania durante la República y el Alto Imperio romano*, con una amplia cita bibliográfica (pp. 253-305); SÁNCHEZ LEÓN, María Luisa, *Economía de la España meridional durante la dinastía de los Antoninos* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1978), pp. 98 y ss., excelente trabajo, con abundante bibliografía, aun cuando circunscrito al s. II d. C. Ya desde un punto de vista más general, pero con utilísimos antecedentes: DE MARTINO, Francesco, *Storia Economica di Roma Antica* (Florencia, la Nuova Italia Editrice, 1980), 1, pp. 161-162; 2, pp. 315-320; y FANFANI, Amintore, *Storia Economica* (Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1968), 1, especialmente pp. 90-92.

[7] PLINIO, *Naturalis historia*, III, 3 (ed. lat., B. G. TEUBER, Stuttgart, 1967). Según PLINIO, *"luba minium nasci et in carmania tradit, Timagenes et in Aethiopia, sed neutro ex loco invehitur ad nos nec fere aliunde quam ex Hispania celeberrimo Sisaponensi regione in Baetica miniaro metallo vectigalibus populi Romani, nullius rei diligentiore custodia"* (*Nat. hist.*, XXXIII, 118). Las múltiples referencias de PLINIO a los *metalla* de Hispania son analizadas actualmente por los arqueólogos para sus pesquisas; véase: DOMERGUE, Claude, *A propos de Pline, Naturalis historia, 33, 70-78, et pour illustrer sa description des mines d'or romaines d'Espagne*, en *Archivo Español de Arqueología*, XLV-XLVII (1972-1974), pp. 499-548. Sobre la descripción de PLINIO de las minas de oro de España, véase también la "Introducción" de la tr. fr. de *Nat. hist.*, de ZEHNACKER, Hubert (París, "Les belles lettres", 1983), pp. 26-28.

[8] ESTRABÓN, *Géographie* (ed. fr. de François LASSERRE, París, "Les belles lettres", 1966), 2, dedica su libro III, íntegro, a la descripción geográfica de Iberia, para quien "Iberia, toda entera, es rica en minas" (*Géog.*, III, 2, 8).

[9] POLIBIO, *Historias* (ed. fr. de Jules DE FOUCAULT, París, "Les belles lettres", 1971), habla de la abundancia del oro y de la plata en Hispania (III, 57, 3). Véase además trad. española: POLIBIO, *Historias*, libros I-IV, trad. y notas de M. BALASCH RECORT (Madrid, Editorial Gredos, 1981).

[10] TÁCITO, *Anales* (tr. esp. de MORALEJO, Madrid, Editorial Gredos, 1979), relata la confiscación de ricas minas a un hispano acaudalado (VI, XXIX, 1).

[11] VITRUVIO, *De architectura* (tr. esp. de BLÁZQUEZ, Barcelona, 1982), señala cómo el *minio* (plomo) se lleva a Roma desde Hispania (VII, 9, 4).

[12] DIODORO, en su monumental *Biblioteca Histórica* (*The library of*

Sin embargo, el procedimiento de acudir a los clásicos, a pesar de su preciosismo, no pasa de ser un acopio erudito, y para tener una correcta visión de lo que fue la minería en Hispania durante la dominación romana, es necesario recurrir a los estudios arqueológicos, epigráficos y numismáticos, en virtud de los cuales se está realizando, hoy en día, una notoria reconstrucción de este pasado, lo que —es obvio— se aleja de nuestro interés, esencialmente jurídico. Durante el período en que los romanos redujeron a Hispania a la calidad de provincia, se realizó una intensa explotación minera, llegando en un momento determinado a justificarse, para ella, una legislación especial. Esta consolidación no fue obstáculo para que luego, en el siglo IV d. C. —según la última palabra de los arqueólogos y sus modernos trabajos de campo—, se produjera el más completo abandono de las minas.[13]

c) *Edad Media*

Si bien muchas minas dejaron de producir luego de la irrupción germana, conforme fue pacificándose la Península, y con el advenimiento de la etapa medieval, debió volver a explotarse la riqueza mineral, lo que cada vez fue interesando más a los monarcas. Pero el desarrollo de la minería en la Península no cobraría pleno auge, pese a las importantes medidas de fomento que se dispusieron, por el serio debilitamiento que le infligiría el descubrimiento de América.

d) *Las Indias*

A partir de ese momento, el fomento irá destinado fundamentalmente a propiciar nuevas explotaciones en las riquísimas vetas de América, panorama que no cambiará hasta comienzos del siglo XIX. Los españoles desarrollaron en América una explotación minera tan intensa como la que durante seis siglos en la Edad Antigua llevaron a cabo los romanos en Hispania.[14]

---

history, ed. ingl. C. H. OLDFATHER, Harvard University Press, 1961), describe ampliamente las minas de Iberia (V, 35-38).

[13] Cfr. ARCE, Javier, *El último siglo de la España romana. 284-409* (Madrid, Alianza Editorial, 1982), p. 119.

[14] Expresión de TAMAMES, Ramón, *Estructura económica de España. I: Medio ambiente, población, sector agrario, industria*[14] (Madrid, Alianza Editorial, 1982), p. 45.

e) *Epoca Contemporánea*

En Chile, ya como república, la minería tuvo un gran desarrollo a finales del siglo XIX y a comienzos del XX; lo que no debe considerarse un fenómeno aislado, ya que los cambios científicos de los últimos 250 años, junto a la aparición de la industria moderna, dieron paso en todo el mundo a un crecimiento sin precedentes de la minería; así, la mayoría de las naciones industrializadas usaron los recursos naturales para respaldar su desarrollo. Para Chile, donde la naturaleza ha sido tan pródiga en riquezas naturales, la minería ha constituido una significativa fuente de progreso; si antes llenó los cofres con que los conquistadores volvían triunfantes a la Península, desde su independencia ha sido el principal instrumento de desarrollo para el país.[15]

4. Actuales características

La importancia de la minería en el desarrollo económico de los países —muchos de los cuales basan su desarrollo casi exclusivamente en la riqueza minera— le ha dado a este sector ciertos perfiles que le son propios. En efecto, tiende a producirse en su torno una alta tendencia monopólica, que incidirá en la posibilidad de acceso que a su explotación tengan los particulares; los costes crecientes en las explotaciones la hacen muy sensible a las políticas estatales, sobre todo por las elevadas inversiones que exige su explotación; y —de alto interés en lo que a nosotros se refiere— la legislación sobre el sector ha quedado marcada definitivamente con indudables sesgos *ius publicistas*, como consecuencia de la importancia estratégica que ha tenido —desde siempre— la minería. Esto ha significado —según comprobaremos— un mayor control, una mayor intervención administrativa.

5. Su relación con los motivos para emprender este trabajo

Uno de los motivos para decidir emprender este trabajo fue la previa dedicación del autor a la especialidad del derecho minero y la importancia que tiene la materia para Chile.

---

[15] Sobre las explotaciones mineras en América, aun cuando enfocado fundamentalmente a Nueva España (México), véase, con interés: Bargalló, Modesto, *La minería y la metalurgia en la América española durante la época colonial* (México, Fondo de Cultura Económica, 1955), y Bakewell, P.J., *Minería y sociedad en el México colonial zacatecas (1546-1700)* (México, Fondo de Cultura Económica, 1976).

En efecto, la práctica profesional del autor, antes de emprender esta investigación, se había centrado casi exclusivamente en el derecho minero, bajo una fundamentación —como ocurre con casi toda la doctrina chilena—, en ocasiones, muy alejada del derecho administrativo. Así, ello motivó un desafío personal en superar esta visión algo alejada de la realidad.

Por otro lado, es imposible negar el impulso que significa la conciencia de la relevancia del sector minero para Chile. Pues una de las mayores riquezas del país —después de sus gentes— es la minería, cuya explotación es una importante fuente para el desarrollo económico.

Si con este trabajo aportamos algo al conocimiento y mejora del régimen legal que rige o debería regir en el sector, habremos satisfecho, en gran medida, nuestro esfuerzo.

II. LA ACTUAL VISION DEL DERECHO MINERO: ESTADO DE LA CUESTION

SUMARIO: 1. *Los "sistemas" de régimen minero señalados habitualmente por la doctrina.* 1º El "sistema fundiario". 2º El "sistema de las regalías". 3º El "sistema de las *res nullius*". 4º El "sistema de dominio público". 5º El "sistema de nacionalización". 2. *Nuestra disconformidad con dicho criterio. Razones.*

1. Los "sistemas" de régimen minero señalados habitualmente por la doctrina

Es habitual que la doctrina —o los libros de texto,[16] en general—, al analizar, con cualquier perspectiva o profundidad, el régimen

[16] Así, en Chile: Uribe Herrera, Armando, *Manual de Derecho de Minería* (Santiago, Nascimento, 1948), pp. 27-33; Ruiz Bourgeois, Julio, *Instituciones de Derecho Minero Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949), 1, pp. 30-32; Gutiérrez Carrasco, Octavio, *El régimen de la propiedad minera*, en *Modificaciones legales del sexenio 1973-1979* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980), 2, pp. 465-468; y, recientemente, Ossa Bulnes, Juan Luis, *Derecho de Minería* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989), pp. 14-19; etc.

En España: Villar Palasí, José Luis, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, en *Revista de Administración Pública*, 1 (1950), pp. 80-88; Puyuelo, Carlos, *Derecho Minero* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954), pp. 3-24; Quevedo Vega, Florentino, *Derecho Español de Minas. Tratado Teórico Práctico* (Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964), 1, pp. 14-29; Arcenegui, Isidro de, *El Demanio Minero* (Madrid, Editorial Civitas, 1979), pp. 21-30 [antes en: *El Nuevo Derecho de Minas*, en *Revista de Administración Pública*, 7 (1975), pp. 117-221, y luego en: *Minas*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1978), XVI, pp. 356-403; todos los trabajos tienen el mismo contenido, y sólo algunas modificaciones circunstanciales, por lo que 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, Guaita, Aurelio, *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas*, 2ª (Madrid,

jurídico de la minería (o, en otras palabras, al comienzo de toda exposición del contenido de lo que constituye el derecho minero, como disciplina),[17] y refiriéndolo siempre sólo al problema de la llamada "propiedad minera", haga mención a ciertos "sistemas"[18] 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 *leitmotiv* que hundiesen sus raíces en el tiempo, sino —de acuerdo a este acrítico parecer generalizado— sólo es posible obtener una respuesta *hic et nunc*, de conformidad a la actual situación jurídica, desdeñando implícitamente todo un posible trasfondo histórico-jurídico, por ser este trasfondo —a su juicio— carente de unidad, el que no proporcionaría ningún principio jurídico válido para la actualidad.

De acuerdo a lo que venimos señalando, la respuesta que brinda la doctrina a esta 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 algunas observaciones generales a esta visión, es preciso analizar, aun cuando sea brevemente, e insertando un pequeño aparato crítico, lo que normalmente se entiende por cada una de estas fórmulas, que se nos muestran tan distintas por la doctrina.

1º *El "sistema fundiario"*

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 reconocerían, en defini-

Editorial Civitas, 1986), pp. 318-321 (antes en su *Derecho Administrativo Especial. V: Aguas, Montes, Minas* (Zaragoza, Editorial Librería General, 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 1973.

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

[18] Vocablo este, el de "sistema", que los autores no lo emplean en este caso en sentido sistémico, de acuerdo a la terminología de la conocida Teoría General de Sistemas.

tiva, al propietario del suelo todas las sustancias minerales que guarda en el subsuelo, operándose —a su entender— una verdadera *accesio*. Pensamos que un sistema así no debiera ni mencionarse en un estudio de los derechos mineros, ya que significa precisamente su negación, aun reconociendo el gráfico contraste que ofrece a la exposición. El nacimiento de cualquier sistema minero —pensamos— 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 fuesen aprovechables *in re aliena*. Ya luego corresponderá, de uno u otro modo, la intervención a quien detenta el poder político, ideas todas estas que tendremos ocasión de precisar en el transcurso de nuestro trabajo.

2º *El "sistema de las regalías"*

El "sistema de las regalías" habría tenido vigencia durante la época feudal, en que, como consecuencia del concepto de *dominium virtuale o eminens*, las minas constituían una regalía más de los príncipes; entendiéndose durante tal época por regalías todos aquellos derechos que los reyes se 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 regía 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, consideraciones válidas no sólo para lo que fue el derecho intermedio peninsular, sino también para la legislación de Indias.

3º *El "sistema de las* res nullius"

El "sistema de las *res nullius*", concibiendo 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 cómo 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*. Como veremos, éste no es más que un matiz de una época que tuvo el mérito de consagrar, definitivamente, derechos prioritarios para los descubridores.

4º *El "sistema de dominio público"*

El "sistema 'demanial'" 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",[19] no se han explorado —en esta perspectiva— las causas de su transformación ni el impacto que habría ocasionado en la concepción de los modernos derechos mineros.

5º *El "sistema de nacionalización"*

Incluso, por último, se ha llegado a hablar de un "sistema de nacionalización", como distinto y separado de los anteriores,[20] lo que en el fondo no sería sino un mecanismo de cambio, sólo en lo referente a la explotación, normalmente aplicado a casos particulares. En definitiva, ni siquiera constituiría —en la terminología empleada al efecto— un nuevo "sistema".

2. Nuestra disconformidad con dicho criterio. Razones

Estimamos que el planteamiento doctrinal que precede —por valiosos que sean los antecedentes que en algunas ocasiones se aportan en la descripción de cada "sistema"—[21] no rinde, en la práctica, provecho alguno. Desde el punto de vista expositivo, al consignar esos antecedentes no se pretende 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 de que la exposición nunca puede mantener siquiera un orden histórico, no ofreciéndose conclusión teórica alguna al respecto.

En Chile, como veremos, no se ha estudiado el problema de la parte general del derecho minero. No existe una visión de esta

---

[19] Guaita (n. 16), p. 320.

[20] En este sentido: Arcenegui (n. 16), p. 27, y Guaita (n. 16), p. 320.

[21] Como es el caso de Villar Palasí (n. 16), pp. 80 y ss., quien aporta ricos datos históricos.

parte general, la que usualmente se vincula con lo civilístico. En España, donde las materias mineras forman parte del derecho administrativo, cuando llega el momento de relacionar ambas disciplinas, cierta doctrina despacha rápidamente el asunto al tratar el llamado "sistema 'demanial'", considerando que se trataría "de una concepción publicista de la riqueza minera que lleva su regulación al ordenamiento jurídico administrativo",[22] lo que es consecuencia de un criterio un tanto extremo en torno a los derechos mineros. Otros llegan 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".[23]

Creemos que estas últimas opiniones no han sido justificadas convenientemente, y que la respuesta precisa en torno a la parte general del derecho minero aún está pendiente. Se trata de poner en discusión esta última cuestión; de razonarla y de verificar si es efectiva la ausencia de todo "indicio institucional". Nosotros, por nuestra parte, pretendemos buscar, por lo menos, una nueva visión del problema del derecho minero.

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

[22] ARCENEGUI (n. 16), p. 26.

[23] VILLAR PALASÍ (n. 16), p. 80.

III. HIPOTESIS DE TRABAJO

SUMARIO: 1. *La disciplina denominada derecho minero. Su autonomía.* 2. *Formulación de hipótesis de trabajo:* 1º Dominio público minero. 2º Procedimiento concesional minero. 3º Derechos mineros. 4º Intervención administrativa minera. 3. *El planteamiento de una reconstrucción del régimen jurídico de la minería.* 4. *Sobre la aparente originalidad de esta formulación.*

1. La disciplina denominada derecho minero. Su autonomía

A nuestro juicio, lo que la doctrina denomina, con algún ánimo de unidad o independencia "derecho minero", constituye —efectivamente— una disciplina autónoma. Esta individualidad no sería más que el fruto de un "desgajamiento", "desborde" o "derrame",[24] como se quiera, del derecho administrativo, 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 (v.gr., derecho laboral o comercial, respecto del derecho civil). Su estudio y enseñanza separada sería una nueva especialización, mas no implica la existencia de principios contrapuestos a los que rigen el derecho administrativo, en general; quizás acentuación de algunos, pero no desencuentro disciplinario.

No obstante, ésta no es la opinión general de la doctrina, y algunos autores niegan tal autonomía. Así, Arcenegui ha considerado que "por muchas peculiaridades que el llamado derecho minero pueda ofrecernos (...) el mismo no puede ser considera-

[24] Felices expresiones estas debidas a la pluma de Eduardo Soto Kloss.

do como constitutivo de un derecho autónomo",[25] 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 publicística y por la inexistencia de costumbre como fuente de derecho".[26]

Más cauteloso es Personnaz,[27] 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 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".[28] 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 propios.[29] 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".[30]

---

[25] Cfr. ARCENEGUI (n. 16), p. 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", 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.

[26] Cfr. VILLAR PALASÍ (n. 16), pp. 79-80, parte de lo cual ya hemos citado *supra*.

[27] Cfr. PERSONNAZ, Jean, *Droit des mines* (París, Librairies Techniques, 1958), p. 9.

[28] Cfr. GUAITA (n. 16), p. 318.

[29] Cfr. ABBATE, Giuseppe, *Corso di diritto minerario* (Milán, Giuffré, 1946), p. 20.

[30] Cfr. D'AVANZO, Walter, *Diritto minerario e delle fonti di energia* (Roma, Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1970), pp. 1 y 2.

No obstante, a pesar de los deseos de todos los autores que reivindican una verdadera autonomía para el derecho minero, a través de aquella forma de exponer la "parte general" de la disciplina que hemos criticado *supra*, no es posible contestar convenientemente la enfática acusación de Villar Palasí[31] 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'Avanzo,[32] por ejemplo), sino, como se ha dicho recientemente, ante un caso muy similar, "precisa también que se incardine en unos institutos jurídicos propios, los cuales, a su vez, han de responder a unos principios especiales y han de conformar un verdadero sistema".[33]

Así, sobre este importante aspecto de la disciplina, no existe un acuerdo actual. Unos señalaban que el derecho minero sería parte del derecho civil. 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. Si bien todo ello de una forma tosca, inicial, o, como se quiera, parcial, es el resultado de ser ésta una primera aproximación ante tal cuestión, que estimamos, por lo demás, fundamental.

Este trabajo dice relación, entonces, con una nueva visión, con un nuevo planteamiento de esta disciplina.

2. Formulación de hipótesis de trabajo

El trabajo que aquí comienza está enfocado, preferentemente, al derecho vigente en Chile.

---

31 Cfr. Villar Palasí (n. 16), p. 80.

32 Cfr. D'Avanzo (n. 30), p. 2.

33 Cfr. Onida, V., citado por Pomed Sánchez, Luis Alberto, *Seminario sobre derecho ambiental comparado en Alicante*, en *Revista de Administración Pública*, 116 (1988), p. 356, tratando sobre la posibilidad de 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 aquí tratamos de probar para el derecho minero.

A partir de las leyes Nºs. 18.097 (Diario Oficial de 21 de enero de 1982) y 18.248 (Diario Oficial de 14 de octubre de 1983), en que se promulgó, respectivamente, la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y un Código de Minería, se operaron importantes modificaciones al ordenamiento jurídico minero anterior.[34]

Tal vez podríamos habernos limitado única y exclusivamente a buscar los presupuestos normalmente aceptados por la doctrina para el derecho minero en estas disposiciones legales, e interpretarlas de acuerdo a una sistemática determinada, dando así por cumplida la labor; no obstante, sin olvidar este capital aspecto, quisimos someter a revisión previa algunas cuestiones fundamentales que merodean en torno de la disciplina; sobre todo empujados por nuestra disconformidad con el planteamiento tradicional de la parte general de la disciplina.

De un examen de estos textos legales, y de los textos históricos jurídico-mineros, podemos comprobar *a priori*, y con la sola finalidad de utilizarlas como hipótesis de trabajo, algunas características de toda la legislación minera; estas características generales —cuya veracidad no quedará probada por ahora, sino una vez terminada nuestra labor—, 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, dada su virtual autonomía actual, en nuestra opinión, ha dejado de 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, como meras hipótesis de trabajo —como hemos dicho—, creemos que en lugar de pensar en diversos "sistemas" de legislación minera, podía pensarse en ciertas características generales, las que moldean unas especiales instituciones informadas por principios jurídicos perfectamente definibles, todo lo cual le dará el carácter de sistema jurídico autónomo (como disciplina) al derecho minero.

A nuestro entender, estas hipótesis de trabajo podrían ser la existencia de:

---

[34] Además, con fecha 27 de febrero de 1987, se publicó en el Diario Oficial, mediante el Decreto Supremo Nº 1, de Minería, el Reglamento del Código de Minería.

1º *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.

2º *Procedimiento concesional minero*

Se trata de la 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.

3º *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 impuestos y de trabajar efectivamente, de aprovechar, los yacimientos minerales concedidos), única forma de mantenerse titular de esos derechos mineros; y

4º *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 gira alrededor de una institución básica, central, verdadero gozne, y que es la que les 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 institución.

3. 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 repetida pregunta "¿de quién son las minas?". La reconstrucción de estas características generales —y su comprobación— debe ser realizada a través de una revisión del trasfondo histórico, 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 de que, en cada acto legislativo, se fue eligiendo arbitrariamente, o según las preferencias de las épocas, entre uno y 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 —verdaderas hipótesis de trabajo, ahora— 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 es, por lo demás, lo que pretendemos verificar a través de una reconstrucción histórica, primero, y luego justificar a través de una reconstrucción dogmática.

El que se señale aquí que efectuaremos una reconstrucción, no significa, por otro lado, pensar que la doctrina ha "destruido" el derecho minero y nosotros debamos volver a construirlo, sino que utilizamos la expresión "reconstrucción" en el correcto sen-

tido figurado[35] de: unir, allegar a la memoria todas las circunstancias necesarias e importantes del derecho minero para completar su conocimiento.

Esta reconstrucción es, en primer lugar, histórica, pues (como fundamentamos *infra*) utilizaremos el método histórico para realizar nuestra investigación. Es, en segundo lugar, dogmática (en el sentido que D'Ors[36] le otorga al término), pues ofreceremos aquí una proposición doctrinal para 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.

Nuestra exposición, por lo tanto, será dividida en dos partes:

I. Reconstrucción histórica del derecho minero, y
II. Reconstrucción dogmática del derecho minero.

4. Sobre la aparente originalidad de esta formulación

El desarrollo de estas cuatro características fundantes del derecho minero 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 índole,[37] 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".[38]

---

[35] *Vid.*, en este sentido, la segunda acepción de la voz "reconstrucción" que ofrece el *Diccionario de la Lengua Española* (n. 3).

[36] Cfr. D'Ors, Alvaro, *Sobre el dogma jurídico*, en *Papeles del oficio universitario* (Madrid, Ediciones Rialp, 1961), p. 171.

[37] Como lo señala D'Ors, Alvaro, *Tesis doctorales*, en *Papeles* (n. 36), p. 119.

[38] Como también agrega D'Ors, *Tesis doctorales* (n. 37), p. 120, señalando, además, que "una conclusión ya establecida por otro autor puede ser también la de la nueva tesis doctoral, siempre que a ella se haya llegado por otro camino".

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 correctos sólo alguno o algunos de ellos, o algún otro no visualizado por nosotros), y a justificarlos histórica y dogmáticamente, y a pretender sistematizarlos de tal manera que integren, para el derecho minero, una nueva visión disciplinaria.

IV. METODOLOGIA DE TRABAJO

SUMARIO: 1. *La historia como antecedente fundante.* 2. *El recorrido histórico del derecho minero:* 1º El derecho contemporáneo. 2º El derecho indiano. 3º El derecho español moderno y medieval. 4º El derecho romano. 3. *Precisiones dogmáticas previas.* A) La infiltración del derecho civil. a) La inutilidad de los principios puramente civiles. b) La exclusión de un instituto: la propiedad. B) La huida a la filosofía: un camino sin retorno. C) La respuesta jurídica. 4. *El ensayo de una nueva matriz disciplinar.* a) A partir de la epistemología científica. b) "Ciencia normal" y "matriz disciplinar". c) Nuestro intento.

1. La historia como antecedente fundante

La historia jurídica es antecedente fundante de todas las características actuales del derecho minero, especialmente de su principal institución, la concesión minera. En virtud de lo anterior, en este trabajo se realizará 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 ensayada 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..."[39] Es cierto que el derecho adminis-

[39] Cfr. García de Enterría, Eduardo, *El dogma de la reversión de concesiones*, en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*[2] (Madrid, Editorial Tecnos, 1974), p. 13. Aunque pensamos que la historia del derecho administrativo, como fuente de principios jurídicos, debe ir mucho más atrás de la Revolución Francesa. Ejemplo de nuestra opinión, por lo demás, en abundancia, demostramos *infra. Vid.*, en ese sentido, al mismo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*[2] (Madrid, Taurus, 1986), p. 99.

trativo y, en seguida, el derecho minero, como objeto parcializado de estudio por especialistas, son de nacimiento relativamente reciente; pero, a través del estudio histórico, podemos descifrar claves que han estado siempre presentes en los ordenamientos jurídicos, y que, sin duda, tienen un carácter eminentemente jurídico-administrativo; lo que ocurre es que, en sustancia, es verdad que siempre han existido un derecho administrativo y un derecho minero, como fuente de principios e instituciones propias.

Podemos aventurar, y es el objeto de esta tesis, 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, podremos afirmar, luego de probar lo anterior, que aquellos "sistemas" a través de los cuales la doctrina estudia los contrastes del régimen minero, se han transformado en verdaderos "mitos jurídicos" —en el sentido de Santi Romano—[40] 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 especial para la minería; con razón —de acuerdo con la lúcida y permanente visión de Savigny—,[41] si son los institutos jurídicos el punto de partida y la base del desarrollo jurídico.[42]

---

[40] Cfr. ROMANO, Santi, *Frammenti di un Dizionario Giuridico* (Milán, Giuffré Editore, 1953), voz *Mitologia Giuridica*, pp. 126-134.

[41] Cfr. SAVIGNY, M. F. C. DE, *Sistema del Derecho Romano Actual*[2] (trad. de J. MESÍA y M. POLEY, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s/f), I, p. 66 (§ V. *Instituciones de derecho*). Véase también tal texto en: *Savigny y la ciencia del Derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 14 (1979) 1, p. 20.

[42] Y 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, los que a veces se infiltran en vastos campos del derecho, y les dan el carácter de interdisciplinares. Un ejemplo de ello: el instituto del secreto bancario. Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro: *El secreto bancario* (Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1983); *El secreto bancario ante el derecho chileno*, en *Revista de Derecho* (Concepción), 180 (1986), pp. 39-61 (ahora también en *Cuadernos Iberoamericanos de Estudios Fiscales* (Madrid), 8 (1988), pp. 381-427); *Sobre el fundamento del secreto bancario* en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (Madrid), XXXVIII, 194 (1988), pp. 363-390, y *El secreto bancario* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990). A la visión interdisciplinaria de un instituto jurídico que ahí mostrábamos, agregamos ahora lo que para nosotros es un gran acervo adquirido en esta investigación: la visión histórico-dogmática que, a nuestro juicio, debe presidir en los estudios jurídicos.

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. Todo ello lo trataremos de visualizar y descifrar, en esta historia institucional, basándonos sólo en "textos jurídicos",[43] a partir de los cuales surgen, evidentemente, los dogmas jurídicos,[44] y luego plantearnos ante ellos.

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 autor),[45] sino, en lo posible, con un análisis crítico y meditado de la evolución de las instituciones más características del derecho minero, y, especialmente, de su pilar básico: la concesión minera, y de los principios jurídicos que le rodean.

Una vez probados estos principios, ellos serán, a su vez, no sólo planteamiento sino premisa de trabajo en el desarrollo dogmático, destinado a desentrañar el concepto, naturaleza jurídica y contenido sustancial de las instituciones jurídico-mineras.[46]

---

[43] En 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), p. 219; ese trabajo, junto a su sabio consejo, nos ha servido de orientación para realizar aquí una visión histórica en forma "retrospectiva". Véase, además: D'Ors, *Sobre historiografía jurídica*, en *Nuevos papeles del oficio universitario* (Madrid, Ediciones Rialp, 1980), pp. 404-426, especialmente 411 y ss.

[44] Esta visión o enfoque "histórico-dogmático-jurídico" que nosotros ensayamos aquí es señalado, en forma muy sugerente, en el trabajo de Gallego Anabitarte, Alfredo, *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), pp. 227-309. Tal trabajo contiene en este sentido riquísimos datos doctrinales en las notas 19 a 23 (pp. 237-239), enfoque seguido por su autor en este y otros trabajos, que citaremos en su lugar.

[45] Cfr. García de Enterría, *El dogma* (n. 39), p. 19.

[46] Y éste es, a nuestro juicio, el planteamiento metodológico correcto y que una fructífera corriente de administrativistas españoles ha acogido, fruto de lo cual son los *Symposium de Historia de la Administración* que vienen celebrándose desde 1967 (sólo que con una lamentable discontinuidad). Véanse: *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); *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración* (Alcalá de Henares, Instituto de Estudios Administra-

2. El recorrido histórico del derecho minero

El recorrido histórico que aquí comienza se hará en forma retrospectiva. Analizaremos los cuatro grandes períodos en que puede ser dividido el derecho histórico:

1º *El derecho contemporáneo*

Aquí haremos una breve mención al derecho vigente (a pesar de ser materia de estudio pormenorizado en la Segunda Parte), a manera de elemento de referencia y como punto de partida.

2º *El derecho indiano*

Luego veremos el derecho indiano, el que se presenta como el antecedente histórico del derecho chileno, y, a la vez, como una proyección del derecho español moderno y medieval.

3º *El derecho español moderno y medieval*

Se estudiará, en seguida, el régimen de la minería en el derecho español moderno y medieval.

4º *El derecho romano*

Y, siempre buscando retrospectivamente el origen de los principios de los regímenes mineros, y hasta donde ello sea necesario, efectuaremos una revisión ante el derecho romano. No se nos oculta que el tratamiento del derecho romano es un capítulo fundamental dentro de este trabajo, puesto que, como se ha dicho,

---

tivos, 1984). Existe en las actas del *I Symposium* (esta n.) un trabajo de Villar Palasí, *Problemática de la historia de la administración*, pp. 31-38, en que se expone una metodología de trabajo que es la que debe imponerse en esta materia, y que, en lo sustancial, seguimos aquí. Una excelente muestra de esta metodología es el trabajo de Gallego Anabitarte, *Administración y jueces: Gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el antiguo régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho Administrativo español* (Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971), línea de trabajo que, lamentablemente, no es la más difundida.

siendo signo inevitable del derecho romano la reconstrucción histórica,[47] no podíamos prescindir de su análisis y exposición.

No se pretenda encontrar aquí una completa visión histórica de cada período, ni siquiera un estudio detallado de cada aspecto del régimen de la minería. Ello está muy alejado de nuestras posibilidades y de las necesidades de esta investigación. Nuestro intento cubrirá, a través de los textos jurídicos (olvidando, por lo tanto, una visión histórica integral, como se comprenderá, por lo demás obvio, en un trabajo de tan restringidas pretensiones como el nuestro), sólo el descubrimiento, en cada período, de aquellas características que hemos designado como fuentes de posibles principios del régimen jurídico de la minería de todos los tiempos.

De este modo, veremos, en cada período, la posición de los textos jurídicos ante: a) el problema del dominio de las minas; b) el acceso de los particulares a su búsqueda o explotación, y el procedimiento concesional, en su caso, que se hubiere establecido; c) los derechos otorgados a los particulares para su aprovechamiento, y d), por último, la intervención que, en tales aspectos, se arroga la Administración, o el poder político establecido, en su caso.

3. Precisiones dogmáticas previas

La crucial respuesta que buscamos debe provenir del manejo de principios de índole pública, en donde entronca el derecho minero; la huida a la pura filosofía, o a la política, o, incluso —aun dentro del terreno jurídico—, a los caducos principios del derecho civil (caducos en cuanto se refieren a nuestro tema), nada ha de servir en esta tarea. Trataremos de demostrar brevemente nuestras aseveraciones antes de entrar en materia.

A) LA INFILTRACION DEL DERECHO CIVIL

a) *La inutilidad de los principios puramente civiles*

Partiremos con el aparente entrecruzamiento de nuestro tema con los principios del derecho privado. Creemos que gran parte

[47] Cfr. D'Ors, Alvaro, *Sobre el valor formativo del derecho romano*, en *Papeles* (n. 36), p. 164. Agrega, más adelante, algo que hemos tenido en cuenta: "El derecho romano nos viene a deshacer el mito, aniquila el dogma falso y dota al jurista moderno de una complexión mental capaz

de la actual indefinición de algunas instituciones que se vinculan al derecho minero (especialmente estamos pensando en el dominio público y el derecho que nace de la concesión) se debe a la pretensión de introducir en su explicación dogmática principios puramente civiles; ellos, a nuestro juicio, son claramente insuficientes para tal fin; más aun cuando hoy podemos hablar ciertamente de una virtual crisis del concepto de "propiedad", para el mismo campo civilista, concepto que, por ejemplo, injustificadamente se ha pretendido introducir en esta materia.

Sin pretender entrar de lleno en la discusión, lo que nos alejaría de nuestros propósitos (aun cuando, ya es perceptible, tenemos una definida posición al respecto), creemos que la doctrina civilista o, al menos, una parte de ella, no ha contestado de una forma airosa la acertada acusación de estar sometido el derecho civil —lo que se hace patente en varias de sus instituciones, especialmente en esta de la propiedad— a una petrificación que lo hace rígido, y le impide la necesaria flexibilidad para acomodarse a las exigencias que le imponen la vida moderna y su constante evolución; que le impone sobre todo esta extraña criatura llamada Estado, que cubre con su actividad casi todo el espectro de la vida social.

Si bien el derecho privado ha configurado valiosas instituciones —y su primer aprendizaje es la savia de que se nutre todo jurista—, la relación con el Estado, y la explosiva introducción de éste en todo orden de relaciones, ha significado una crisis institucional para el derecho privado, la que aún no se termina de percibir ni de reconocer; en definitiva, desde esa perspectiva no es posible comprender las instituciones que forman parte del derecho minero, y, antes, del derecho administrativo.[48]

---

de entender la realidad jurídica de su tiempo" (p. 167), certera afirmación que se comprobará plenamente en este trabajo.

[48] Pensamos que cuando la doctrina civilista pretende desentrañar la naturaleza jurídica del dominio público, puede formular conclusiones de dudosa confiabilidad. Una demostración de ello es el libro de ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José, *La propiedad en la formación del Derecho Administrativo (Ensayo sobre la concepción liberal de la propiedad privada como origen y fundamento del Derecho Público)*, (Pamplona, ed. priv., 1983), que es el intento (algo desordenado y de difícil catalogación: linda entre lo jurídico y lo político-filosófico, por intentar una clasificación) de un civilista por desentrañar la naturaleza de categorías administrativas desde una perspectiva dudosa: desde la propiedad; en cuanto al dominio público, quizás por la notoria falta de la debida información sobre el tema (pues la cita bibliográfica al respecto es sorprendentemente precaria, faltando a todas luces una mayor consulta de las obras esenciales en dicha materia, carencia inexcusable en un trabajo que pretende obtener conclusiones válidas frente a una ciencia, como lo es —sin dudas— el derecho administrativo), o por la rigidez propia del derecho civil, y esa tendencia a considerar todo desde la propiedad, observamos aseveraciones y conclusiones muy discutibles. Así: a) decir que el dominio público

Frente a esto, desde los campos privatistas se ha optado por negar el carácter jurídico del derecho público, y, en especial, del derecho administrativo;[49] pero creo que ese camino no es el correcto, pues aquí hay importantes principios e instituciones, y precisamente son de índole jurídica.

---

es simplemente "una limitación al derecho de propiedad"; o que "el derecho de propiedad es un derecho limitado y delimitado en sus facultades por el dominio público; una especie de isla en el océano del demanio"; en fin, que "allí donde acaba la propiedad privada empieza el dominio público" (p. 177), es una simplificación que olvida que puede coexistir propiedad privada con dominio público, incluso sobre un mismo bien (realidad que los principios del derecho civil impiden explicar y entender), y es una demostración de la cosificación que invade esa parcela del derecho; o b) ya respecto de las minas, y trasladando la concepción patrimonialista, llega a una nueva confusión doctrinal, al intentar una definición de concesión minera: "Pueden definirse, desde la perspectiva de la ley de minas, las concesiones como una transmisión de la plena propiedad del dominio del Estado, sobre algunos bienes concretos a los particulares, con carácter temporalmente indefinido" (p. 185, n. 44), lo que, como veremos, no es rigurosamente correcto, pues el particular nunca adquiere propiedad sobre las minas. Reconocemos en este trabajo una intención defendible, pues debe limitarse la actual expansión del Estado; su diagnóstico histórico-político, en líneas generales, es correcto, pero el carácter de su razonamiento, usando elementos dogmáticos de índole civilista, no basta; es por eso que este libro es una demostración clara de la actual insuficiencia, desde el punto de vista jurídico, del derecho civil para explicar la institución del dominio público, y sobre todo en cuanto se refiere a la situación de las minas, y delimitar, de algún modo, las potestades que sobre ellas se arroga frecuentemente el Estado; es una forma —paradojalmente— de demostrar la plena validez del desarrollo de nuestros principios, pero desde el derecho administrativo.

[49] Cfr. D'ORS, Alvaro, *Una introducción al estudio del derecho*[6] (Madrid, Rialp, 1987), p. 106. En otro lugar: EL MISMO, *Sobre la revolución administrativa*, en *Verbo*, 227-228 (1984), pp. 955-966, en que habla de la "prepotencia actual del derecho administrativo" (p. 956), nos sorprende al señalar que hablar de civilista "es lo mismo que decir 'propiamente jurista', [pues] cada día me parece más evidente que sólo el privatista es verdadero jurista" (p. 963). Incluimos estos párrafos como simple muestra de un pensamiento ("antirrevolucionario", como lo llama él) obviamente diferente al más difundido (el que deberá ser el "revolucionario", entonces), lo que es fruto de la concepción "realista" sobre el derecho de su autor, por demás admirable, y de gran coherencia interna, que ha expuesto en diversos trabajos suyos, bien conocidos. *Vid.*, por ejemplo: EL MISMO, *Derecho es lo que aprueban los jueces*, en *Escritos varios sobre el derecho en crisis* (Roma/Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973), pp. 45-54.

Tampoco se trata de medir parcelas, pues las instituciones jurídicas, por su natural riqueza, siempre tienen presencia en amplios campos del derecho, y no cabe hablar de extensión del derecho privado o público; por esta razón, no es de pleno rigor decir, como ha dicho PUY, Francisco, *Tópica Jurídica* (Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1984): "y no cabe duda de que el derecho administrativo [al que califica de *nascturus*] es hoy día, por lo menos, la mitad del derecho, si de medir o pesar se trata" (p. 797), aun cuando detrás de esta opinión está el reconocimiento al amplio desarrollo dogmático actual del derecho administrativo, panorama no siempre visible en otras ramas del derecho.

b) *La exclusión de un instituto: la propiedad*

Volviendo a lo nuestro, nos preguntamos: ¿cómo utilizar en esta reconstrucción del derecho minero un concepto de tan ambigua definición actual, como lo es la propiedad? ¿Es necesario?[50] Un jurista francés, Jean Paul Gilli, recientemente preconizaba una tarea urgente: redefinir el derecho de propiedad, pues, según él, ya no hay una clara concordancia entre la teoría jurídica y la realidad concreta; no se da el supuesto de que se pueda disponer de las cosas de la manera más absoluta, como señalan aún los propios Códigos Civiles, y la propiedad hoy se encuentra, en sus expresiones: amputada, desmembrada, condicionada y constantemente amenazada.[51] Es la propiedad, en fin, una de aquellas

[50] Nos preguntábamos, a propósito del libro de GROSSI, Paolo, *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea* (Barcelona, Editorial Ariel, 1986), recensión en *Revista de Derecho Público* (Madrid), 110 (1988), pp. 256-258, si el derecho de propiedad es, como se pretende, el principio ontológico del derecho, pues es notorio el deseo de su aplicación a todo orden de cosas, no sólo dentro del mismo derecho privado, sino, como vemos, aun dentro del derecho público. Ya vislumbrábamos que ese no era el camino más fecundo, sino, como veremos *infra*, uno menos difundido: el de las potestades públicas.

Por otro lado, prevenimos que no hemos establecido (por no ser objeto de este trabajo) la relación de este concepto manejado ampliamente en el derecho administrativo, con la *potestas*, como autoridad, de que habla D'ORS en múltiples trabajos suyos, reflexiones que han dado lugar a su conocida teoría de la *auctoritas*. Cfr. una exposición general de tal teoría, y sus amplias aplicaciones para el jurista de hoy, en el importante libro: DOMINGO, Rafael *Teoría de la* auctoritas (Pamplona, EUNSA, 1987).

[51] Cfr. GILLI, Jean Paul, *Redéfinir le droit de propriété* (París, Centre de Recherche d'Urbanisme, 1975), pp. 124 y ss., quien efectúa su estudio especialmente desde el punto de vista urbanístico; el urbanismo, a su parecer, es el punto de vista crítico. Según él, han contribuido a ello: la apropiación pública del suelo (pp. 37 y ss.), la fiscalidad (pp. 55 y ss.) y la reglamentación (pp. 71 y ss.), vinculando esto último, obviamente, con la intervención administrativa. Sus conclusiones: desde el siglo XIX hasta hoy, la evolución del derecho de propiedad ha significado una limitación creciente de las prerrogativas de su titular (p. 123); de la *plena in re potestas* de JUSTINIANUS (CI. 2, 4, 4), salió el artículo 544 del *Code*, que predica lo absoluto del derecho, y sobre lo cual Jean CARBONIER, habría recordado que en lógica pura lo absoluto no es susceptible de disminuir (ídem.). Así, a) se decía: no tiene límites; más, según él, "desde el 21 de abril de 1810, es amputada de una parte de la extensión del subsuelo, por la legislación sobre minas" (aunque creemos que GILLI aquí se olvida de los precedentes históricos, que también rigen igualmente para Francia, en donde siempre el vínculo de las minas con la organización social fue tan estrecho como en todo el continente), y luego por la legislación de energía hidráulica, espacio aéreo, energía eléctrica, circulación de aeronaves, etc. (p. 124); b) "de haber sido un derecho monolítico se suprime la distinción feudal de dominio eminente y de dominio útil", y es progresivamente desmembrada; c) es permanentemente condicionada: autorizaciones administrativas, etc., por lo que no es absoluta; y, en fin, d) se decía: "es inviolable y sagrada", y hoy está constantemente amenazada

nociones básicas del derecho privado codificado que, según gráfica expresión de Guzmán, "han saltado hechas trizas".[52]

Como veremos detalladamente en el cap. V, el impedimento primario de la pretensión de aplicar la propiedad al dominio público minero es la pérdida de la visión objetiva: de destino o fin de las cosas, visualizado por los romanos,[53] pero que la moderna concepción de la propiedad privada, por la confusión inyectada desde su visión individualista, ha olvidado.

Quizás ya no debe interesar tanto la titularidad sobre las cosas, sino su finalidad; ya no interesa tanto esa titularidad, pues además ha de enfrentarse obviamente el tema a las potestades de la Administración, que es el aspecto que debe necesariamente aclarar previamente la ciencia jurídica para poder comprender y limitar la innegable intervención de la Administración en los bienes, no por ser tales (he aquí la insuficiencia de la cosificación civilista), sino por su habilidad para cumplir los fines del interés público.

Es este el punto central de la discusión, a nuestro entender, y a partir del cual dudamos del carácter de principio ontológico del derecho que se le pretende atribuir a la propiedad;[54] en una concepción objetiva, por lo demás, no interesa el titular de los bienes (criterio erróneo propugnado, por ejemplo, por el propio Código Civil español, en su Capítulo III: "De los bienes según las personas a que pertenecen"), sino la finalidad que cumplen; debe buscarse su *status* a partir de la afectación —mero instrumento— a una finalidad, y si es pública le otorgará al bien tal carácter, y esa afectación es previa a la distinción de los derechos en públicos o privados; ontológicamente, creemos que debe destronarse el trío conceptual: bienes-titular-propiedad; y en su lugar podrá funcionar con menor rigidez, frente al vínculo público con los bienes, el trío: potestad-afectación-bienes.

Pensamos que no siempre se necesita del derecho de propiedad para explicar las instituciones donde hay contacto con los bienes; el error del derecho civil es su cosificación: partir desde los bienes, otorgándosele a su vínculo más pleno, según hemos visto, la categoría de principio ontológico; para el derecho público se debe operar exactamente al revés, no partir desde los

---

por la apropiación pública del suelo: expropiación por utilidad pública (pp. 124-125). Todo ello le lleva a proponer una redefinición del derecho de propiedad (cfr. pp. 128 y ss.).

[52] Cfr. GUZMÁN, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977), p. 17.

[53] ULPIANO se refiere en D. 50, 16, 17, a las cosas *"quae publico usui destinata sunt"*, esto es, a los bienes que están destinados al uso público.

[54] Cfr. ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José, *Lutero y el Derecho*, en *Persona y Derecho*, 13 (1985), p. 46.

bienes, sino partir desde la potestad. Pensamos que razonar jurídicamente el contenido de la potestad del Estado, en este caso sobre los bienes y sus límites, nos dará respuestas más nítidas que las que ofrece el derecho civil a través de sus criterios, en este sentido, anquilosados.

Por estas razones podemos afirmar, desde ya, que la institución de la propiedad (no obstante su riquísimo contenido ante el derecho civil) no tiene aquí —en el derecho minero— ninguna operatividad. Sencillamente, ante el derecho minero, ninguna de sus instituciones se conecta con la propiedad.

B) LA HUIDA A LA FILOSOFIA: UN CAMINO SIN RETORNO

Muchos, movidos por la imperiosa necesidad de encontrar algún punto de apoyo en este tema tan ampliamente debatido de la propiedad, ensayan una huida a la filosofía, camino que nosotros estimamos sin retorno, pues desde ese momento ya no habrá respuestas jurídicas, sino filosóficas; obviamente aquí nos encontramos ante un problema metódico clásico, en donde hay estos dos polos de tensión: normalmente los expertos en las materias científicas —en este caso el jurista sobre su propia ciencia: el derecho— suelen encontrar dificultades insalvables para desarrollar las teorías formuladas desde criterios filosóficos; y esto es por una razón sencilla: sus formulaciones no son jurídicas, y el jurista, como lo hemos dicho, necesita respuestas jurídicas.[55]

Esto no significa negar que sea posible encontrar elementos valiosos a conceptos esenciales que, a estas alturas, el derecho no puede constatar, como la misma metodología jurídica (sin pretender que la filosofía, por general que sea su objeto, pueda inmiscuir sus categorías pretendiendo soluciones jurídicas, sino sólo utilizándose, en un plano general, como ordenando el pensamiento del jurista). Sería el caso del origen mismo de los derechos sobre la tierra —de la propiedad, si se quiere—, o de la "adquisición de la tierra", y de ahí de toda propiedad, potestad o derecho sobre ella.

Lo que sí es posible constatar es que quizás del campo de la filosofía proviene esa consideración de principio exclusivo del derecho que se le ha pretendido otorgar a la propiedad. Una

---

[55] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho* (Madrid, Editorial Civitas, 1986), p. 16 [antes en *Revista de Administración Pública*, 40 (1983), pp. 189-222]. Ciertamente hemos mencionado esto, aun cuando sea brevemente, pues no podemos desentendernos de que el problema del método abarca toda la ciencia jurídica actual. Estimamos que la forma de evitar esta invasión filosófica sobre la ciencia del derecho es precisamente el desarrollo dogmático de principios generales del derecho.

muestra de un pequeño elenco de pensadores, nada sospechosos por lo demás, refrendará nuestras aprensiones.

En uno de los libros más influyentes de la época moderna: *De iure belli ac pacis* (1625), el holandés Hugo Grocio partía de la participación originaria de todos los hombres en la posesión de la tierra y de sus frutos; según él, la propiedad personal nace de una apropiación originaria en virtud de acuerdos.[56]

John Locke, en una línea diferente, afirma que la propiedad se adquiere a través del trabajo (*The Second Treatise of Government*, 1689).[57]

Immanuel Kant reacciona contra esta concepción, afirmando que la propiedad primaria no nace, contra lo que pretende Grocio, en virtud de acuerdos, sino mediante la adquisición originaria de bienes; también rechaza la opinión de Locke, habida cuenta de que el trabajo no crea su objeto de la nada, presupone un material que ya debe pertenecerle si quiere trabajarlo legalmente: el trabajo no funda ningún título jurídico originario.[58]

---

[56] Cfr. GROCIO, Hugo, *De iure belli ac pacis* (*vid. infra*, nuestra nota 443), II, Caps. 2-3, p. 78.

[57] LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil* (trad. esp. de A. LÁZARO ROS, Madrid, Aguilar, 1969), cap. V: "De la propiedad". El núcleo de su pensamiento se resume en el siguiente párrafo: "Cada hombre tiene la propiedad de su propia persona. Nadie, fuera de él mismo, tiene derecho sobre ella. Podemos también afirmar que el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también auténticamente suyos. Por eso, siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es propio suyo; y, por ello, la ha convertido en propiedad suya. Habiendo sido él quien la ha apartado de la condición común en que la naturaleza colocó esa cosa, ha agregado a ésta, mediante su esfuerzo, algo que excluye de ella el derecho común de los demás" (p. 23).

[58] Desarrolla su pensamiento, en esta materia, en su *Metaphysik der Sitten, Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797); *Rechtslehre* no significa aquí "teoría del derecho", sino "sistema de principios del derecho". Cfr. KANT, Immanuel, *The Metaphysical elements of justice. Part I of The Metaphysics of Morals* (trad. ingl. de John LADD, Indianápolis-Nueva York-Kansas, The Bobbs-Morrill Company, Inc., 1965), pp. 51 y ss. Sobre la propiedad, es el único lugar dentro de su obra donde recibió tratamiento. Estos "Elementos metafísicos de la justicia", Parte Primera de la *Metafísica de las costumbres*, son iniciados por KANT con una "Introducción a la metafísica de las costumbres" y con una "Introducción a la teoría del derecho". Estos "elementos metafísicos del derecho" constan de dos partes fundamentales, una relativa al derecho privado y otra relativa al derecho público; en el derecho privado mostrará el carácter trascendental del derecho de propiedad, único derecho que se erige como tal (aunque provisionalmente) en el estado de naturaleza (y que tiene legitimidad porque —como se verá— favorece la libertad jurídica); cuatro son los aspectos fundamentales tratados por KANT (en el texto principal sólo tratamos uno de ellos): 1) definición del derecho de propiedad; 2) establecimiento de las relaciones existentes entre la noción de propiedad y la de posesión; 3) demostración de la dimensión trascendental del derecho de propiedad, y 4) demostración de la dimensión trascendental de la

Kant parte de la idea, tan difundida hoy en día,[59] de la originaria posesión comunitaria del suelo y de las cosas que hay en él (entiéndase este arranque como una construcción conceptual) y critica la idea de una tierra originariamente sin dueño: la tierra, según él, no es *res nullius*, sino *res omnium*; el primer poseedor no entra en tierra de nadie, sino en una posesión común, y, por ello, no se apodera de objetos que están al margen de todo derecho, sino que pertenecen a la comunidad. Ahora, ¿cómo puede convertirse la posesión común en posesión privada? Hay aquí una respuesta ambigua de Kant, que pareciera propugnar una ocupación, un acto de fuerza [quizás como defensa de su "derecho a estar donde los ha puesto la naturaleza o el azar (sin su voluntad)]". Es particularmente interesante para nosotros lo siguiente: antes de la creación del Estado, a su juicio, las relaciones de propiedad primitivas sólo poseen un sentido "provisional", y la voluntad común y dueña del poder —el Estado de derecho— garantiza la propiedad, mas no la constituye ni determina (RL, § 9). En definitiva: la propiedad de las cosas es institución jurídica válida antes de la constitución del Estado; el Estado es para Kant una institución de segundo orden que está al servicio de las instituciones de primer orden, como la propiedad.[60] Pero Kant no nos explica si el Estado, posterior entonces a la institución jurídica de la propiedad, puede ser propietario; su misma concepción nos llevaría a una respuesta aparentemente negativa, más bien ambigua.

Elementos más interesantes para este problema de la propiedad es posible encontrarlos en el desarrollo (incluso desde el punto de vista estético, bello) de Carl Schmitt, en su libro *Der "nomos" der Erde*;[61] según él, "en el lenguaje mítico, la tierra

---

posesión intangible. Sobre estos aspectos en KANT, *vide* MURPHY, Jeffrie G., *Kant: The Philosophy of Right* (Londres, Macmillan and Co. Ltd., 1970); HÖFFE, Otfried, *Immanuel Kant* (trad. esp., Barcelona, Editorial Herder, Biblioteca de Filosofía Nº 21, 1986), pp. 194 y ss. (§ 10. Filosofía del Derecho y del Estado), exposición que seguimos muy de cerca; otros conceptos generales, *vide* en: KANT, I; *Introducción a la teoría del derecho* (trad. esp. de Felipe GONZÁLEZ VICEN, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954).

[59] *Vide* GROSSI (n. 50).

[60] Cfr. HÖFFE (n. 58), pp. 207-209.

[61] SCHMITT, Carl, *El nomos de la tierra, en el derecho de gentes del "Jus Publicum Europaeum"* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979). Según D'ORS, Alvaro, *Carl Schmitt en Compostela*, en *Arbor*, 73 (I, 1953) [y luego en su libro *De la guerra y de la paz* (Madrid, Ediciones Rialp, 1954), pp. 181-204, dedicado precisamente a tal autor, en magnífica síntesis], la idea fundamental del libro de SCHMITT es la siguiente: "todo derecho se origina y radica en un acto primario de toma y acotamiento de la tierra *(Landnahme)*; todo *nomos* es, en principio, una distribución originaria *(nemein)* de la tierra. Tal determinación es también, en

es denominada madre del derecho"; "la tierra está unida al derecho de manera triple. Lo contiene en sí misma como premio del trabajo; lo revela en sí misma como límite firme, y lo lleva sobre sí misma como signo público del orden. El derecho es terrenal y vinculado a la tierra".[62] La "toma" de la tierra es un acto primitivo que, según él, establece un derecho, y establece derecho en dos sentidos: hacia dentro y hacia fuera. "Hacia dentro, es decir, dentro del grupo que ocupa la tierra, se establece, con la primera división y distribución del suelo, la primera ordenación de todas las condiciones de posesión y propiedad. La cuestión de si, a raíz de esta primera división de la tierra, surge una propiedad sólo pública o sólo privada, una propiedad colectiva o individual, o ambas cosas (...), es una cuestión posterior basada en diferenciaciones que ya presuponen el acto de la toma común de la tierra y sólo se derivan del mismo".[63] Por otro lado, tiene razón Schmitt cuando dice: a) "hemos de considerar la toma de la tierra como un hecho jurídico histórico, como gran acontecimiento histórico, y no como una mera construcción del pensamiento", y b) "hemos de tener en cuenta que este acto de toma de la tierra (...) también precede a la distinción entre derecho público y derecho privado, entre señorío y propiedad privada, entre *imperium* y *dominium*"; así, para él, la toma de la tierra es el tipo primitivo de un acto constitutivo jurídico; la toma de la tierra crea el título jurídico más radical que existe, el *radical title* en el sentido pleno y amplio de la palabra;[64] según él, "la ocupación de la tierra precede no sólo lógicamente, sino también históricamente a la ordenación que luego le seguirá".[65]

---

sí misma, una decisión de efecto constitutivo, que sirve de base y de título para la formación de un orden jurídico concreto, un derecho válido para aquella zona delimitada. Así, los cambios de estructura en la distribución de la tierra, el trazado de nuevas rayas o la superación de ciertas medidas, producen un cambio correlativo en la estructura jurídica; la intervención de nuevos espacios, una intromisión de nuevos problemas..." (pp. 183-184).

[62] SCHMITT (n. 61), pp. 15-16.

[63] SCHMITT (n. 61), p. 19; sobre el aspecto externo (esto es, frente a otros grupos), que ahora no nos interesa, *vide* p. 20.

[64] SCHMITT (n. 61), p. 21; a su juicio, "esta causa primitiva que representa el suelo, en la que se basa todo derecho y en la que convergen el espacio y el derecho, la ordenación y el asentamiento, ha sido advertida perfectamente por los grandes filósofos del derecho" (p. 22). En otro orden de ideas, sobre el problema de la toma de la tierra en un "nuevo mundo" (en relación con América), *vide* pp. 71 y ss. A nuestro juicio, es éste un gran problema histórico-jurídico, sobre el cual no es necesario volver, obviamente, en el actual estado de cosas; fue tan real el hecho de haber sido una "toma" de la tierra (distinto del acto originario europeo), que provocó hechos incontrolables por el derecho: la Independencia, revolución en nuestra actual terminología.

[65] SCHMITT (n. 61), p. 23.

Su conclusión: "La toma de la tierra también es previa a la distinción entre derecho privado y derecho público; es más, crea las condiciones previas para esta distinción. En consecuencia, la toma de la tierra tiene en el aspecto jurídico, por decirlo así, un carácter categórico",[66] tal como hemos visto, lo había puesto ya de manifiesto, en este sentido, Kant; pero Schmitt agrega ahora respecto de las teorías kantianas: "Sus dos conceptos, propiedad suprema y dominio sobre la tierra (lo que nosotros hemos señalado como "título provisional": *vide supra*), no me parecen muy convenientes para nuestro análisis, por estar demasiado sujetos a la separación —que no se produce hasta más tarde— entre el derecho público y el privado".[67]

Y es aquí, a nuestro juicio, donde comienza el camino del jurista (y donde obviamente termina la mera reflexión filosófica), por una senda, sin duda alguna, más sustanciosa para el derecho: los principios generales del derecho. En todo caso, no por su inaplicabilidad en materias estrictamente jurídicas, estas reflexiones filosóficas han de considerarse inútiles, o de sobra aquí, pues constituyen un precioso material sobre el cual podrá trabajar el jurista, pero no ya como reflejo de esa conclusión filosófica, sino con total autonomía, usando sus propios principios, ya no filosóficos meramente. No es posible negar aquí la constante práctica de los juristas, desde la época de sus más vetustas construcciones —como las romanas—, de adornar los conceptos jurídicos con ideas filosóficas; su utilidad dogmática, obviamente, siempre ha sido discutible, pues el derecho responde a otras causas y a otras finalidades.

C) LA RESPUESTA JURIDICA

Por lo tanto, alejándonos de estas evidentes demostraciones, nosotros queremos ofrecer aquí respuestas jurídicas, desde el derecho administrativo, dentro del cual, como hemos dicho, se encuadra (no obstante su desgajamiento y autonomía posterior a que hemos hecho mención anteriormente) el derecho minero.

Pero como queremos fijar nuestra atención no sólo en la posición del Estado, sino en la de los particulares, justificaremos previamente, de algún modo, nuestra manera de ver las cosas.

La errada visión del derecho administrativo sólo desde una perspectiva "estatista", como podríamos decir, ha sido —quizás— la causa del desprecio de que ha sido objeto por algunos juristas, especialmente privatistas, actitud que, mirada desde es-

[66] SCHMITT (n. 61), p. 20.
[67] SCHMITT (n. 61), p. 21.

te punto de vista, podría ser justificada en alguna medida. Pero, con la visión que nosotros queremos ofrecer, a la vez queremos desvirtuar esas afirmaciones denostadoras de esta disciplina, las que, entonces, estarían dirigidas en contra de esa visión "estatista", y no de la correcta visión que señalaremos.

El derecho administrativo, a nuestro juicio, debe mirar no sólo hacia el Estado, sino también hacia los particulares, como administrados, en defensa de su libertad. Por lo que, al fin de cuentas, eso en el derecho administrativo es, como lo señala González Navarro: "un derecho del poder para la libertad".[68]

En esta materia de los bienes públicos, por múltiples causas (algunas de las cuales ya hemos apuntado), los juristas han venido prestando atención sólo al aspecto estatal de ellos. Nosotros pensamos que el derecho administrativo en esta materia debe mirar principalmente al individuo, al particular, al administrado, pues se trata de verificar, en el fondo, su libertad, sus derechos ante unos bienes que son públicos, no del Estado, sino del público; en fin, del *populus*,[69] del pueblo; si se quiere, de todos. Pues es claro que estos bienes no "son" del Estado; él es un mero administrador de estos bienes, con las facultades o potestades que se quiera, pero su principal función es entregar su aprovechamiento al *populus*.

Y es aquí donde surge el procedimiento concesional que se establezca para conceder unos derechos (reales administrativos). Nosotros queremos prestar especial atención a este ámbito, que dice relación con el derecho creado, con su naturaleza jurídica, contenido y efectos.

Normalmente las exposiciones sólo fundamentan el ámbito del dominio público (en nuestra materia, de una llamada "propiedad minera"), mirado desde el Estado, como si graciosamente éste concediera su aprovechamiento a los particulares. El derecho administrativo no puede abandonar el estudio y fundamentación de un aspecto fundamental para el administrado: sus derechos subjetivos (públicos). Por una primera y gran razón: al derecho privado, aparentemente defensor de tales libertades, no le es posible hacerlo, pues su estructura le impide enfrentarse

---

[68] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español* (Pamplona, Eunsa, 1987), I, p. 123. Señala tal autor que se trataría de un "nuevo Jano bifronte, si se quiere, el derecho administrativo no puede ser comprendido si no se toman en consideración esas dos vertientes hacia las que mira: el poder y la libertad".

[69] Cfr., como dato anexo: D'ORS, Alvaro, *Sobre el no estatismo de Roma*, en *Ensayos de teoría política* (Pamplona, Eunsa, 1979), pp. 61 y 72, en que señala cómo, para la formación del adjetivo *publicus*, han confluido *populus* y *pubes*, esto es, pueblo y púberes, aspecto que no siempre parece tenerse presente al analizar las cuestiones "públicas", y entre ellas, sobre todo, el llamado "dominio público".

ante el Estado, quedando así —con gran ámbito, por lo demás, en otros aspectos— como un derecho *inter privatos.* Los administrativistas no pueden olvidar la posición que ante las instituciones le corresponde al privado, y elaborar sus teorías no sólo en lo pertinente al Estado, sino también en lo pertinente al particular, a sus derechos, a sus libertades.

En la literatura jurídica normalmente nos encontramos, por ejemplo, con estudios sobre la historia del dominio público de las minas (o de las aguas, etc.), pero difícilmente se hurgará en la historia, ante el derecho administrativo, para buscar el recorrido de los derechos mineros de los particulares y cómo se ha ido ensanchando esta libertad, su contenido, su naturaleza jurídica, etc. Poco o nada de eso existe, sino sólo colateralmente, como una consecuencia —siempre sólo consecuencia— de lo anterior: de un dominio público.

Es esta preocupación la que nos induce a verificar el contenido de las instituciones jurídico-mineras, no sólo desde la perspectiva del Estado, sino principalmente desde el individuo, pues bien sabemos que la base, ya no sólo del derecho administrativo y de su desgajamiento, el derecho minero, sino de todo derecho, es el Hombre.

4. El ensayo de una nueva matriz disciplinar

Es nuestra pretensión proponer una nueva visión para la disciplina, esto es, en epistemología científica, una nueva matriz disciplinar para el derecho minero. Esto requiere una explicación previa de lo que sean las matrices disciplinares.

a) *A partir de la epistemología científica*

En lo que a nosotros interesa, y dentro de una línea de pensamiento de la epistemología científica moderna, que ya se puede considerar consagrada en este ámbito, se encuentran los trabajos de Thomas S. Kuhn, pues a partir de ellos nace el concepto de lo que sea una matriz disciplinar.

En 1962, Kuhn, a través de su ya clásico libro *La estructura de las revoluciones científicas,*[70] ofrece a la ciencia una explica-

[70] Cfr. Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas* (Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1982). Véase, además, la posterior recopilación de trabajos suyos: El mismo, *La tensión esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia* (México, Fondo de Cultura Económica, 1987).

ción general de la investigación y del desarrollo del conocimiento científico. La aplicación y comprobación de sus teorías él las ofrece sólo ante los campos de la física y la química, no obstante dejar abierta la puerta para las llamadas ciencias sociales[71] (las que quizás sería mejor llamar ciencias humanas). En efecto, su aplicación general para tales ciencias ya ha sido postulada;[72] y, en especial, ya no sólo para el derecho, sino incluso, específicamente, para el mismo derecho administrativo, González Navarro[73] y García de Enterría[74] se han hecho eco de tal planteamiento.

Este planteamiento kuhniano sobre la tradición y cambio en las ciencias, tiene relación con los dos conceptos que desarrollamos en seguida: "ciencia normal" y "matriz disciplinar" (y que aplicamos en nuestro trabajo).

b) *"Ciencia normal" y "matriz disciplinar"*

En la medida de lo que es necesario aquí, señalaremos los conceptos de lo que sean la ciencia normal y una matriz disciplinar.[75]

Así, 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, se profundiza, etc., 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.

Y de aquí surge lo que es una matriz disciplinar, la que opera en medio de una "ciencia normal" (según la propia formulación de Kuhn); por lo tanto, las matrices disciplinares se definen

---

[71] Cfr. KUHN (n. 70), p. 40.

[72] Cfr. BARNES, Barry, *T.S. KUHN y las ciencias sociales* (México, Fondo de Cultura Económica, 1982).

[73] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *El procedimiento administrativo de las corporaciones locales*, en *Tratado de Derecho Municipal* (Madrid, Civitas, 1988), pp. 440-441.

[74] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La crisis del contencioso-administrativo francés: El fin de un paradigma*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 58 (1988), p. 176.

[75] Cfr. Un mayor desarrollo, impertinente aquí, sobre este tema véase en las obras de KUHN citadas *supra*, y, en cuanto a su aplicación a la investigación del derecho, especialmente (y, hasta ahora, únicamente), en: GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico (Una nueva terminología en la reciente jurisprudencia)* en *Persona y Derecho*, 21 (1989), pp. 23-172, con amplios y clarísimos desarrollos, que en ocasiones tienen la virtud de aclarar y complementar algunos aspectos, incluso, de los propios trabajos de KUHN.

como "las realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica".[76]

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, termina por desencadenar la sospecha de que algo anda mal en esa matriz disciplinar.

O, como dice González Navarro, "unos pocos científicos (...) empezarán a dudar de la utilidad de mantenerla y se dedicarán a buscar una nueva (matriz disciplinar) que resulte más satisfactoria para que sea capaz de resolver los problemas que la matriz aceptada hasta ese momento no puede resolver".[77]

Creemos que así quedan definidos claramente los conceptos de ciencia normal y matriz disciplinar.

c) *Nuestro intento*

Por lo tanto, de acuerdo a lo señalado anteriormente, hemos planteado nuestra disconformidad (nuestra disidencia, si se quiere) con los planteamientos que para el derecho minero (cuando se acepta como tal, por lo demás) maneja usualmente la doctrina en los libros de texto. En otras palabras (usando esta terminología recién explicada), hemos declarado nuestra disconformidad con la matriz disciplinar existente actualmente en la materia.

De ahí nuestra 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,[78] y la riqueza puede surgir después, ya que al plantearse aquí una nueva visión, ésta puede abrir los ojos al jurista para observar nuevos enfoques, nuevos problemas, nuevas teorías.

---

[76] Cfr. KUHN, *La estructura* (n. 70), pp. 13 y 280. Debe tenerse presente que en un inicio el propio KUHN designó tal significado como "paradigma", terminología que, por la confusión que causaban sus varias acepciones reconocidas, sustituyó por "matriz disciplinar" en una *addenda* posterior a su trabajo, expresión que aquí adoptamos. Por ejemplo BARNES (n. 72) y GARCÍA DE ENTERRÍA, *La crisis* (n. 74), aún no acondicionan sus textos al nuevo significante. Sí lo hace GONZÁLEZ NAVARRO, *La teoría* (n. 75), desde su misma intitulación, quien se refiere, por lo demás, expresamente al tema.

[77] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *La teoría* (n. 75), p. 40.

[78] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *La teoría* (n. 75), p. 45.

PRIMERA PARTE

RECONSTRUCCION HISTORICA

CAPITULO I

LAS MINAS EN EL DERECHO CONTEMPORANEO

SUMARIO:

I. EL DERECHO VIGENTE. Grupo normativo.

II. EL DERECHO HISTORICO. 1. *Código de Minería de 1932.* 2. *Código de Minería de 1888.* 3. *Código de Minería de 1874.* 4. *La pervivencia de ciertas normas coloniales.*

I. EL DERECHO VIGENTE

GRUPO NORMATIVO

Los aspectos fundamentales del régimen de las minas en Chile están declarados en la actual Constitución, de 1980, y desarrollados en la legislación complementaria: la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (LOCCMi) y el Código de Minería (CMi). Este es el grupo normativo, y a la LOCCMi, por su propio carácter, le corresponde la misión de cabecera de grupo.[79]

Sus textos constan en: Ley Nº 18.097, publicada en el Diario Oficial de 21 de enero de 1982, y Ley Nº 18.248, publicada en el Diario Oficial de 14 de octubre de 1983, respectivamente. El CMi ha sufrido modificaciones en virtud del art. 94 de la Ley Nº 18.681, de 1987, y de la Ley Nº 18.941, de 1990.

---

[79] Sobre los conceptos de "cabecera de grupo", que señalamos en el texto, y de "grupo normativo", que hemos señalado en la intitulación, de indudables resultados prácticos para el análisis legislativo, cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo* (n. 68), pp. 252 y ss.

a) En lo relativo al "dominio" de las minas, el art. 19 Nº 24 inciso 6º de la Constitución Política establece que:

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (...).

Esta disposición es repetida en el art. 1º del Código de Minería.

b) Existe un procedimiento concesional, a través del cual se otorgan los derechos mineros (nótese: y no "propiedad minera"), reglamentado ampliamente en la señalada Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, y en el Código de Minería (las disposiciones de este Código, pormenorizadas en el Reglamento del Código de Minería, publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de febrero de 1987, a través del Decreto Supremo Nº 1, de Minería); en ambos casos sobre la base de disposiciones expresas de la Constitución. Al mismo tiempo, está establecida la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, con el objeto de descubrir las minas que luego se solicitarán en régimen de concesión. Por último, el sistema opera a base de dos tipos de actos: concesiones de exploración y concesiones de explotación, fijándose su estatuto con bastante precisión.

c) Dentro de las actuales obligaciones de los concesionarios —obligaciones que, a nuestro entender, justifican su estatuto privilegiado—, sólo considera la ley el pago de "patentes" anuales (tasas), como forma de "amparo", de acuerdo a su terminología.

Si bien nosotros hemos señalado como principio del ordenamiento jurídico-minero el trabajo efectivo para obtener las sustancias existentes en los espacios concedidos, ello es una base dogmática, y basada en el derecho histórico y —como se verá— en la propia Constitución, pero que hoy en día no tiene concreción legislativa en Chile.

En cuanto a este punto, será de particular utilidad nuestro recorrido histórico, y la posterior reconstrucción dogmática, y en base a lo cual podremos opinar si ha sido acertada su supresión por el legislador chileno en algún momento de su historia.

Por lo demás, la actual Constitución chilena permite desarrollar este extremo, pues ella misma —en su art. 19 Nº 24— establece que *"la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento"*, párrafo expresivo e imperativo, pero que ha desatendido la actual legislación. Por ahora tal vez sobran estas consideraciones que corresponden más propiamente a la parte dogmática de este trabajo, pero quisimos llamar la atención sobre ello, quizás en parte para justificar el hilo conductor que seguiremos hasta los mismos orígenes del derecho minero.

d) Por último, en la actual legislación chilena existe una detallada normativa que establece amplios márgenes de intervención administrativa, en diferentes niveles, expresada fundamentalmente en el Reglamento del Código de Minería y en el Reglamento sobre policía minera, a cargo de un servicio administrativo especializado: el Servicio Nacional de Geología y Minería, dependiente del Ministerio de Minería.

II. EL DERECHO HISTORICO

1. Código de Minería de 1932

Antes del actual regía el Código de Minería de 1932;[80] este Código, a pesar de haber sido dictado en una época de intensa intervención estatal, mantuvo la caduca concepción puramente liberal de la llamada "propiedad minera", conservando las mismas características de cuerpos legales anteriores (*vid infra*).

a) *"El Estado es dueño de todas las minas"*, señala este Código desde su art. 1º, en copia textual del art. 591 del Código Civil —que había sido dictado en 1856—, y al igual que sus símiles del año 1874 y 1888, según se verá.

b) En cuanto al régimen concesional, partiendo de una concepción errada de la verdadera naturaleza jurídica del dominio estatal sobre las minas, su art. 2º establece que *"la propiedad minera que la ley concede se llama pertenencia"*. Ahora, si lo que el particular tiene como propio es el "título", esto es, la concesión, la pertenencia, el concepto podría ser correcto; pero, como hemos de precisar en la Segunda Parte, el Estado jamás se desprende del dominio, aun ya concedida la pertenencia, pues el

---

[80] Dos prevenciones: (a) en primer lugar, no mencionamos en forma separada la reforma constitucional de 1971, pues ella no significó discontinuidad a la vigencia del Código de Minería de 1932, el que sólo sería derogado en 1983. Sobre esta reforma de 1971, de gran interés para el estudio de esta disciplina, véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo V, III, 5, y, por todos: Evans de la Cuadra, Enrique, *Chile, hacia una Constitución contemporánea. Tres reformas constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973), especialmente, p. 134-192, con abundante documentación complementaria; y (b) en segundo lugar, hemos decidido mencionar sólo el Código de 1932, a pesar que en 1930 hubo otro Código, ya que en realidad ambos fueron idénticos en los aspectos sustanciales y en lo que nos interesa destacar; y, además, el de 1930, por su corta existencia, es casi desconocido.

particular sólo adquiere propiedad una vez que extrae el mineral; antes, continúa siendo del Estado. Pues bien, este sistema concesional (que algunos autores chilenos confunden con la propiedad, obviamente influenciados por la poco feliz redacción del Código),[81] no obstante, tiene las mismas características tradicionales.

c) Este CMi exige el "amparo" de la pertenencia minera, sólo por el pago de la patente anual (tasa) —art. 114—, siguiendo anteriores disposiciones mineras, que, como veremos, se separaron, en este capital aspecto, de sus predecesoras.

d) La intervención administrativa es ejercida por el Departamento de Minas y Petróleo, a quien, entre otras funciones, le corresponde "inspeccionar y vigilar los trabajos subterráneos y superficiales que tengan por objeto el cateo, la explotación y el beneficio de las sustancias minerales"; esto significa, históricamente, un resurgimiento de la intervención administrativa, aspecto casi no considerado en su predecesor CMi de 1888, dictado —como sabemos— bajo el imperio de otras ideas dominantes.

2. Código de Minería de 1888

El predecesor a los Códigos señalados de 1930 y 1932, fue el Código de Minería de 1888; éste es el segundo Código minero propiamente chileno, y fue dictado bajo la evidente influencia de las ideas liberales individualistas, a partir del cual se producirá definitivamente, en nuestro país, la desaparición de uno de los más tradicionales principios del régimen minero: el trabajo efectivo, como forma de justificar el otorgamiento de la concesión minera.

a) En materia de dominio minero se introduce, como art. 1º, y en forma textual e íntegra, el art. 591 del Código Civil (*vide* su texto *infra*), en virtud del cual *"el Estado es dueño de todas las minas"*, pudiendo éste conceder a los particulares la facultad de catar y labrar las minas, y *"la de disponer de ellas como dueños"*.

b) El alcance de esta aparente "propiedad" no era en realidad, y a pesar de los deseos idealistas de la época, más que un sistema concesional, bajo diferente denominación, dejando así

---

[81] Es aquí cuando es más notoria la insuficiencia de la dogmática puramente civilística para explicar las instituciones del derecho minero, como veremos en la Segunda Parte.

satisfechas las aprensiones individualistas; el art. 63 del Código señaló, así, que:

> El concesionario de mina metalífera es dueño esclusivo, dentro, de los límites de su pertenencia i en toda la profundidad, de todas las sustancias minerales que existieren o se encontraren en ella.

c) Mas, como lo adelantamos en la entradilla de este parágrafo, lo más novedoso —y, a nuestro entender, lo más grave— fue la sustitución, que pasaría a ser definitiva en Chile, del requisito necesario para satisfacer el interés público envuelto en la concesión minera: la obligación de trabajar la mina; no obstante las críticas que se hicieron, y los varios anteproyectos e informes que se manejaron en la época,[82] ello no fue considerado y, en definitiva, el Congreso aprobó el siguiente art. 13 para dicho Código:

> La lei concede la propiedad perpetua de las minas a los particulares bajo la condición de pagar anualmente una patente por cada hectárea de estensión superficial que comprendan, i sólo se entiende perdida esa propiedad i devuelta al Estado, por la falta de cumplimiento de aquella condición i previos los trámites espresamente prevenidos en este Código.

Sobre esta errada disposición (desde el punto de vista jurídico), que se aleja de la tradición histórica y fomenta, entre otras cosas, la especulación hasta el día de hoy, hemos de volver más adelante, en su lugar.[83]

d) En virtud de todo lo anterior, es dudosa la intensidad de la intervención administrativa, por lo menos en la letra, del CMi y de la legislación complementaria.

---

[82] BRUNA VARGAS, Augusto, *Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971), pp. 58 y ss., cita dichos proyectos e informes; entre quienes, no obstante, apoyaron tal idea, se encontraba el famoso Presidente Balmaceda, quien habría afirmado que "es universalmente reconocida la necesidad de constituir la propiedad minera sobre la base única de la patente fiscal", afirmación francamente discutible.

[83] Paradojalmente, entre los antecedentes que se tuvieron a la vista para dictar tal disposición, estuvo el decreto de Bases Generales de Minería, de 1868, dictado en España, en virtud del cual —por igual influjo de la ideología liberal—, y con el objeto de establecer firmes propiedades privadas, se desvinculó a la concesión de minas del trabajo efectivo; no obstante, el legislador español reaccionó en contra de esta errada concepción de una llamada "propiedad minera" en el año 1944, restableciendo la obligación del concesionario al trabajo efectivo, criterio confirmado en la actual Ley de Minas, de 1973. Esta reacción aún no se produce en Chile.

3. Código de Minería de 1874

El primer Código de Minería chileno fue dictado en 1874, y es el antecesor al de 1888 que hemos revisado *supra*. Este Código fue una clara reacción en contra de la legislación minera colonial, y de los profundos trastornos que produjo al sector el cambio introducido por el Código Civil en las normas de derecho común.

a) En cuanto a la propiedad de las minas por parte del Estado, no hay en este Código una declaración textual; explicación de lo cual podemos encontrar en el hecho de no ser necesaria, pues se encontraba en el art. 591 del Código Civil, norma común que no fue derogada por este Código (ni por ninguno posterior, al menos en forma expresa); no obstante, este hecho, unido a otros, produjo una controversia doctrinal que aún perdura en las obras de los autores que dedican sus afanes al derecho minero, la que analizaremos en su momento.

b) Aun cuando en el fondo se trataba de una concesión, sobre todo por los aires que se respiraban en esa época, se estableció —al menos en el texto—, en el art. 13, que:

> La lei concede la propiedad de las minas a los particulares bajo condición de trabajarlas i esplotarlas constantemente, con sujeción a los preceptos del presente Código i de los reglamentos que se dicten para su ejecución i para proveer a la conservación i a la seguridad de ellas, órden e hijiene de los trabajos; pero sólo se entiende perdida esa propiedad i devuelta al Estado, en los casos espresamente prevenidos en la lei.

c) Para conservar esta singular condición de "propietario", debía entonces trabajarse la mina, teniéndola "poblada" para ello; y pagar los tributos correspondientes (sobre el alcance del "pueble", *vide infra* la legislación colonial).

d) Por último, la activa intervención del Estado, muy a pesar del espíritu de esos años, no dejó de manifestarse; prueba de lo cual es el propio deseo del legislador, declarado en el art. 13, transcrito.

4. La pervivencia de ciertas normas coloniales

En el año 1818 se logra la definitiva independencia de la nación; de este modo, las Ordenanzas de Nueva España *(vide infra)*, cuya

aplicación a Chile se había dispuesto en el siglo anterior, mantuvieron su vigor hasta la segunda mitad del siglo XIX, fecha del Código de Minas de 1874; incluso, en 1833, habiéndose presentado dudas acerca de su vigencia, se declaró que estas ordenanzas eran ley de la República.[84]

Por lo tanto, al regir las mismas disposiciones legales de la época colonial, los principios sobre el régimen minero allí establecidos se mantuvieron inalterados; dato que, por lo demás, justifica que sigamos este recorrido histórico hacia los orígenes de nuestro derecho minero.

Como antecedente complementario al anterior, en el texto del Código Civil chileno, que entró en vigencia el año 1857, se estimó necesario establecer las bases del régimen minero, en donde se siguió claramente la tradición colonial; se dijo lo siguiente:

> *Artículo 591.* El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, y demás sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas.
> 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 Código de Minería.

En una nota dejada por Andrés Bello, el principal redactor del Código, a la disposición del proyecto de 1853, que correspondía a este art. 591 (el art. 720), vincula su origen a las *"LL. 1 y 2, tit. 18, lib. 9, Nov. Rec."*,[85] esto es, a la disposición medieval de las Cortes de Nájera, de 1138 (reproducida más tarde, como se verá, en el Ordenamiento de Alcalá, de 1348), y a las Ordenanzas de Bribiesca, de 1387, vinculando así su origen —entonces— con la más antigua legislación castellana sobre minería, cuyo texto y principios analizaremos *infra*.

Sobre la reacción que tuvo en la doctrina nacional, preponderantemente de carácter civil, hemos de volver también más adelante, cuando revisemos dogmáticamente estos principios.

---

[84] *Vide* Decreto de PRIETO, de 11 de junio de 1833, en Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno (1934), p. 57. Cfr. además, ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* (París, Librería de Rosa, 1860), voz *Minas*, p. 1247.

[85] *Vide* BELLO, Andrés, *Obras Completas* (Caracas, Ministerio de Educación, 1954), 12: *Código Civil de la República de Chile*, 1 (Introducción y notas de Pedro LIRA URQUIETA), texto concordado con los distintos proyectos de Bello, p. 416.

CAPITULO II

LAS MINAS EN EL DERECHO INDIANO

SUMARIO:

I. PROEMIO. 1. *Insuficiencia bibliográfica.* 2. *Las fuentes jurídicas.* 3. *Las ordenanzas indianas.* 4. *Interés adicional de su estudio.*

II. LOS GRANDES ORDENAMIENTOS. 1. *Las Ordenanzas de Nueva España, de 1783.* a) El principio regalista. b) El procedimiento concesional. c) El "amparo" minero. d) La autoridad minera. 2. *La Recopilación de las Indias, de 1680.* a) Una recopilación legal contradictoria. b) Los principios que se reflejan. c) Vigencia prioritaria de las ordenanzas locales. 3. *Las Ordenanzas de Toledo, de 1574.* a) Principios generales. b) El registro. c) El trabajo efectivo. d) El alcalde mayor de minas.

III. ORDENANZAS LOCALES. 1. *Ordenanzas de Villagra, de 1561.* a) El procedimiento concesional. b) El trabajo efectivo. c) Los "quintos". d) El alcalde de minas. 2. *Ordenanzas del Cabildo de Santiago, de 1550.* a) Aspectos implícitos. b) Procedimiento concesional. c) El trabajo efectivo. d) El alcalde de minas. 3. *Ordenanzas de Pedro de Valdivia, de 1546.* a) Aspecto implícito. b) Procedimiento concesional. c) Las obligaciones de los mineros. 4. *Ordenanzas de Mendoza, de 1550.* a) Las minas eran del Real Patrimonio. b) Los tributos. c) Un nuevo procedimiento de "registro" y "licencia". d) "Ahondar" y "poblar" las minas.

IV. GENESIS DEL DERECHO MINERO INDIANO. 1. *La configuración del derecho minero indiano.* 2. *Las minas como* iura regalia.

V. APENDICE BIBLIOGRAFICO.

I. PROEMIO

1. Insuficiencia bibliográfica

No es fácil penetrar en el derecho indiano con el fin de desentrañar los aspectos principales de las instituciones mineras, pues no conocemos en la bibliografía trabajo alguno que cubra todos

los aspectos del régimen jurídico de la minería, sino sólo intentos parciales.

En primer lugar, los esfuerzos se han dedicado fundamentalmente a reconstruir otros aspectos históricos, y más bien con una cercanía a materias diferentes de las estrictamente jurídicas: económicas, políticas, etc., no pudiendo rescatarse, en muchas ocasiones, los dogmas jurídicos que a nosotros nos interesa desentrañar. En virtud de ello, no quisimos desviar nuestra atención hacia los diversos y riquísimos aspectos que rodean la minería indiana, por lo que analizaremos exclusivamente los textos jurídicos.

En segundo lugar, esta parcialidad se presenta en cuanto a la extensión territorial cubierta por los estudios; por cierto que no es necesario que cada investigación cubra todos los textos indianos, ni podríamos pretender que fuese siempre de ese modo; no obstante, para nuestros fines, era necesario conocer la mayoría de las regulaciones indianas, aun cuando no hubiesen regido en Chile, pues nuestra tarea se refiere a características o principios, los que habrían regido —pensamos— en toda Hispanoamérica, ya que sus vertientes son comunes.

En tercer lugar, las limitaciones del material que ofrece la bibliografía también son notorias, y, para los fines de nuestra reconstrucción, se nos presentaba como incompleta, parcial, pues normalmente los estudios dicen relación sólo con el aspecto de la propiedad, en general, y dentro de ella, como un capítulo más, con la llamada "propiedad minera".[86]

Nosotros creemos que el régimen jurídico de la minería es mucho más rico en matices, y que no se agota en el simple enfrentamiento con la propiedad tradicional, sino que hay otros aspectos que es necesario verificar, y si es efectiva la vigencia de tales principios en estos órdenes indianos, nos servirá en gran medida para probar el origen y su constante pervivencia a través de la historia de los textos jurídicos.

2. Las fuentes jurídicas

Por las razones anteriores, fue necesaria una previa recopilación de fuentes jurídicas propiamente indianas, las que usamos como "material de trabajo"; al no contar con amplios antecedentes bibliográficos en cuanto a las características que nosotros inda-

[86] *Vid. infra.* Los autores que dedican trabajos al tema minero los refieren casi exclusivamente a la llamada "propiedad minera", olvidando los otros aspectos de la relación jurídico-minera, como el procedimiento concesional o los derechos mineros que de la concesión nacen.

gamos, procedimos a realizar directamente una breve evaluación.

Por otro lado, esta aclaración nos permite desde ya fijar los límites de nuestra indagación: no pretendemos, en ningún caso, ofrecer una reconstrucción integral de los regímenes mineros indianos (lo que desborda nuestras posibilidades y actuales intereses, pues ésta es una tarea que recién iniciamos, y este trabajo constituye una primera incursión en el tema), sino que sólo centraremos nuestra atención en dichas características, y en su posible existencia.

En todos los casos usamos las fuentes directas del conocimiento jurídico, esto es, los textos jurídico-mineros del período indiano, única forma —pensamos— de pretender la obtención de conclusiones serias y razonadas.

3. Las ordenanzas indianas

Es notorio, por lo que se verá, que sobre minas se comienza a ordenar desde muy temprano, esto es, desde el comienzo de la conquista,[87] por lo que estas regulaciones pronto formarían verdaderas "instituciones" configuradas por una serie de elementos muy diversos que, en el caso específico de las Indias, formarán un sistema único.[88]

Es precisamente por el influjo de variadas circunstancias ajenas al derecho[89] que van surgiendo ordenaciones muy caracterizadas, tanto para cada lugar (es el caso de Nueva España o México, Perú, Argentina y Chile), como en cuanto a algunas ma-

---

[87] Cfr. Altamira Crevea, Rafael, *Manual de investigación de la historia del Derecho Indiano* (México D.F., Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1948), p. 75, quien dice: "...respecto de ellas (las minas), se comienza a hablar y regular desde bien temprano, cosa muy comprensible dado el afán de metales preciosos que caracterizó la época en materia de descubrimientos y explotaciones coloniales..."; *vid.*, además, *infra* el texto.

[88] Cfr. García Gallo, Alfonso, *Metodología de la historia del Derecho Indiano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971), p. 19, Nº 10.

[89] *Vid.*, con amplios antecedentes: Bakewell, Peter, *Mining in colonial Spanish America*, en *The Cambridge History of Latin America. II: Colonial Latin America* (edit. Leslie Bethell, Cambridge, Cambridge University Press, 1984), pp. 105-151 (y amplia bibliografía en pp. 824-826); además, en conexión con lo que decimos en el texto: Fernández Oviedo, Gonzalo, *De la Natural Historia de las Indias* (Madrid, Editorial Summa, 1942), pp. 174 y ss. (sobre ciertos antecedentes de minas de oro); Haring, Clarence H., *Comercio y navegación entre España y las Indias (en la época de los Habsburgos)*, (trad. esp., México, Fondo de Cultura Económica, 1939), pp. 195 y 196 (en cap. VII, sobre los metales preciosos, relaciona la regalía de las minas con una posible explotación indirecta); en fin, Muñoz Pérez, José, *Sobre un intento de formar en España una colección de minerales indianos a fines del siglo XVIII*, en *Revista de Indias*, XXXI (1971), pp. 69-76.

as especialmente relacionadas con la minería; por ejemplo, relaciones laborales.[90] Razones todas estas que han facilitado un amplio desarrollo de los estudios jurídicos (mas con las limitaciones ya indicadas) en diversos países americanos, especialmente México, Argentina y Chile.

4. Interés adicional de su estudio

Por último, debe tenerse presente el gran valor que se le suele otorgar al estudio del derecho indiano, no sólo como antecedente de la legislación chilena, sino, además, como lo ha apuntado con mucha razón alguna doctrina española,[91] el derecho indiano tiene gran interés —incluso— para entender, por ejemplo, el actual derecho español, otrora antecedente de aquél.

II. LOS GRANDES ORDENAMIENTOS

Dos ordenamientos jurídicos, de distintas épocas, dadas sus especiales calidades, habrían de regir durante muchos años vastos territorios mineros: nos referimos a las Ordenanzas de Nueva España, de 1783, y a las Ordenanzas de Toledo, de 1574. Estos cuerpos legales serán examinados por separado y, entre ambos, analizaremos brevemente las disposiciones que sobre el ramo incluyera la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, de 1680.

---

[90] Intimamente ligada debe considerarse la importante institución de la "mita" (en Perú) o "cuatequil" (en México); la que no poca influencia tuvo en el derecho minero indiano. Además de lo que se citará *infra*, en su lugar, *vid.* Zavala, Silvio, *Ordenanzas del Trabajo. Siglos XVI y XVII* (México, Editorial "Elede", s.d., 1947), quien da cuenta, en pp. 83-112, de ciertas ordenanzas relativas al trabajo en las minas, de 10 de mayo de 1581 y de 7 de noviembre de 1631; en el mismo sentido, *vid.* Ministerio del Trabajo y Previsión, *Disposiciones Complementarias de las Leyes de Indias* (Madrid, Imprenta Sáez Hermano, 1930), 3, Título XLV: *Minas*, pp. 229 y ss.; otro ejemplo de los muchos que podrían traerse a colación es cierta cédula de 7 de marzo de 1705, que "prohíbe a los religiosos y clérigos puedan beneficiar minas", en: Muro Orejón, Antonio, *Cedulario Americano del siglo XVIII* (Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1969), pp. 136-137, texto concordante a: Rec. Ind., 11. 1. 4.

[91] Cfr. Gallego Anabitarte (n. 46), p. 120. Del mismo modo, el derecho indiano ha sido considerado como de un valor significativo, como expresión de una cultura jurídica, por: Nieto, Alejandro, *Bienes Comunales* (Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1964), p. 399.

1. Las Ordenanzas de Nueva España, de 1783

Estas ordenanzas constituyen la obra fundamental del derecho indiano. Pueden ser calificadas como el cuerpo de doctrina jurídica y técnica más acertado de todo el período colonial. Y ello es especialmente cierto en la materia minera, pues en ellas observamos la suma de todo el desarrollo anterior, acrisolado con las opiniones de los más eminentes juristas de la época, especialmente las contenidas en el precioso libro de Francisco Xavier de Gamboa, *Comentarios a las Ordenanzas de Minas*.[92]

Aun cuando estas ordenanzas se refieren a múltiples aspectos de la minería, nuestro propósito es referirnos sólo a los que dicen relación con nuestra indagación.[93]

En 1785, sólo dos años después de su dictación, la aplicación de estas ordenanzas fue extendida a Chile, las que —por lo mismo— no sólo tuvieron decisiva influencia en la legislación posterior chilena, sino que constituyeron la legislación vigente hasta el año 1874, fecha del primer Código de Minería nacional.

Esta aplicación, no obstante, se hizo con algunas modificaciones, destinadas a acomodar las ordenanzas a las características del territorio chileno: así, el Presidente Tomás Alvarez de Acevedo dictó, el 22 de diciembre de 1787, cincuenta "declaraciones" para aplicar a Chile estas ordenanzas.[94]

a) *El principio regalista*

En cuanto al principio regalista, quizás, como una razonable explicación a los seguidores de los conceptos en boga de la Ilus-

---

[92] Gamboa, Francisco Xavier de, *Comentarios a las Ordenanzas de Minas* (Madrid, en la Oficina de Joachim Ibarra, 1761), obra que, si bien referida a las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584, constituyó un *corpus* doctrinal de inapreciable utilidad para los redactores de esta ordenanza indiana que estudiamos. Estas ordenanzas de 1574 las analizamos en el capítulo siguiente.

[93] Consultamos su texto de: *Reales Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del importante cuerpo de la minería de Nueva España y de su Real Tribunal Jeneral* (impresa en Madrid en 1783; reimpresa en Santiago de Chile, Imprenta de La Opinión, 1833). Hay muchas otras ediciones, v.gr.: *Ordenanzas de Minería* (París, Librería de Rosa y Bouret, 1854), y se incluyen en varias recopilaciones o comentarios legislativos, v.gr.: Lira, José Bernardo, *Exposición de las leyes de minería de Chile* (Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1870), pp. 15 y ss.

[94] Cfr. su texto en *Gaceta de los Tribunales*, Nºs 320 y 321 (1848), pp. 1819-1824 y 1831-1834, las que en nada alteran la sustancia de las ordenanzas; declaraciones que también se habrían observado en suelo argentino, según Martiré, Eduardo, *Historia del Derecho Minero Argentino* (Buenos

tración, estas ordenanzas introducen importantes precisiones al respecto; en su Tít. V,[95] cuyos dos primeros artículos, por su interés, transcribimos íntegros, señalan:

> *Artículo 1º* Las minas son propias de mi real corona, así por su naturaleza y oríjen, como por su reunión dispuesta en la lei 4a. tít. 13, lib. 6º de la Nueva Recopilación.
>
> *Artículo 2º* Sin separarlas de mi real patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad i posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda, o de cualquiera otra manera enajenar el derecho que en ellas les pertenezca en los mismos términos que lo posean, i en personas que puedan adquirirlo.

Quedan aquí señalados los principios definitivos sobre la indudable calidad regaliana de las minas, lo que, no obstante, ha originado una intensa polémica en la doctrina. Versa esta polémica en cuanto a si este "dominio radical" de la Corona sería "patrimonial" o si se refiere a aquella otra categoría denominada "dominio eminente".[96]

b) *El procedimiento concesional*

El procedimiento concesional era establecido bajo esta terminología —"concesión"—, y quedaba perfectamente definido en el art. 3º del Tít. V, que rezaba:

> *Artículo 3º* Esta concesión se entiende bajo de dos condiciones: la primera, que hayan de contribuir a mi real hacienda la parte de metales señalada; i la segunda, que hayan de labrar i disfrutar las minas cumpliendo lo prevenido en estas Ordenanzas, de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que se falte al cumplimiento de aquellas en que así se previniere, i puedan concedérsele a otro cualquiera que por este título las denunciare.

Por su parte, respecto de la libertad para catar y cavar, se decía en el art. 14, Tít. VI:

Aires, Editorial Perrot, 1979), p. 63. Incluso, según FISHER, John, *Minas y mineros en el Perú colonial* (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1977), p. 65, en 1786 se habían hecho "declaraciones" para adaptarlas al Perú.

[95] El Tít. V se intitulaba: *"Del dominio radical de las minas; de su concesión a los particulares y del derecho que por esto deben pagar".*

[96] Sobre dominio eminente, véase *infra*, Segunda Parte, cap. V, III.

> Cualquiera podrá descubrir i denunciar veta o mina, no solo en los términos comunes, sino tambien en los propios de algún particular (...).

Como complemento, el art. 22 del Tít. VI establecía para ello la libre denunciabilidad, aspecto de capital importancia, en los siguientes términos:

> Asímismo concedo que se puedan descubrir, solicitar, rejistrar i denunciar en la forma referida no sólo las minas de oro i plata, sino también las de piedras preciosas, cobre, plomo, estaño, azogue, antimonio, piedra calaminar, bismuth, salgema i cualesquiera otros fósiles, ya sean metales perfectos o medio minerales, bitúmenes o jugos de la tierra, dándose para su logro, beneficio y laborío, en los casos ocurrentes, las providencias que correspondan.

Como se puede observar, una vez indicada esta larga lista de sustancias denunciables, se agrega, para que nada quedase fuera de su campo de aplicación: "...*i cualesquiera otros fósiles...*"[97]

c) *El "amparo" minero*

Con el objeto de lograr que ninguna mina estuviese inactiva, se exigía su trabajo efectivo, obligación que se entendía cumplida cuando concurría la figura jurídica denominada "amparo" (que hemos visto permanecer en la legislación posterior chilena), regulado en el Tít. IX.[98]

El amparo de las minas se obtiene por medio del "pueble", o trabajo continuado con un número mínimo de operarios; generalmente se consideran como sinónimas estas dos palabras

---

[97] La medición de las minas también fue motivo de preocupación; la "unidad" para las minas de oro, plata y cualquier otro metal es, según las Ordenanzas, la "pertenencia" en forma rectangular, que se constituye midiendo sobre la superficie 200 varas castellanas tiradas a nivel, por el "hilo", "dirección" o "rumbo" de la veta; y perpendicularmente, la "cuadra" o "latitud", que puede variar entre 100 y 200 varas, según sea el "echado" o "recuesto" (inclinación) de la veta. Así, para las vetas verticales, corresponde la primera medida; y para las que tienen una inclinación de 45° (una vara de "retiro" por una de "plomo") o más, hasta las horizontales, correspondería la segunda. Terminología toda esta que podrá resultar conocida a cualquier actual mensurador de minas, o a quien esté familiarizado con esas artes.

[98] Este Título se intitulaba *"De cómo deben labrarse, fortificarse i ampararse las minas"*, y contiene una serie de normas reglamentarias sobre el trabajo de las minas: fortificación, desagüe, ventilación y limpieza de las labores.

para expresar la condición impuesta al concesionario, según el régimen de las ordenanzas; así se dice que una mina está amparada o poblada cuando el concesionario cumple la condición de mantener el trabajo, y que está desamparada, despoblada o desierta cuando no lo hace. De este modo, el art. 13, Tít. IX, dice:

> Como las minas piden ser trabajadas con incesante continuación i constancia, porque, para conseguir sus metales se ofrecen en ellas obras y faenas que no se pueden terminar sino en largo tiempo, y si se suspende o interrumpe su labor, suele costar su restablecimiento lo mismo que costó labrarlas al principio: por tanto, para precaver este inconveniente, i evitar asímismo que algunos dueños de minas que no pueden o no quieren trabajarlas las entretengan inútilmente i por largo tiempo, impidiendo con un afectado trabajo el real i efectivo con que otros pudieran labrarlas, ordeno i mando que cualquiera que en cuatro meses continuos dejare de trabajar una mina con cuatro operarios rayados i ocupados en alguna obra interior o esterior verdaderamente útil y conducente, por el mismo hecho pierda el derecho que tenía a la mina, i sea del que la denunciare justificando su desercion segun i como se dispone en el artículo 6º.

Agrega el art. 14 del mismo Tít. IX esta otra hipótesis:

> Habiendo enseñado la esperiencia que la disposición del artículo precedente se ha dejado ilusoria por muchos dueños de minas con el artificioso y fraudulento medio de hacerlas trabajar algunos dias cada cuadrimestre, manteniéndoles de este modo muchos años entretenidas, mando asímismo que cualquiera que dejare de trabajar su mina en la forma prevenida por dicho artículo ocho meses en un año, contado desde el dia de su posesion, aun cuando los espresados ocho meses sean interrumpidos por algunos dias o semanas de trabajo, pierda por el mismo hecho la tal mina, i se le adjudique al primero que la denunciare i justificare esta segunda especie de desercion, salvo que para ella i para la de que se trató en el artículo antecedente, hayan ocurrido los justos motivos de peste, hambre o guerra en el mismo lugar de las minas, o dentro de veinte leguas en contorno.

d) *La autoridad minera*

La autoridad minera estaba constituida por el Real Tribunal del importante Cuerpo de Minería de Nueva España (Tít. I, art. 1º), el que era la máxima autoridad *"en lo gubernativo, directivo y económico"* (Tít. III, art. 1º), quedando subordinadas a él las

llamadas Diputaciones mineras, concediéndosele un amplio número de facultades, tanto de orden técnico como administrativo, lo que evidenciaba una amplia intervención administrativa en el régimen de la actividad minera.[99]

2. La Recopilación de las Indias, de 1680

La Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, de 1680,[100] aunque contiene importantes disposiciones aplicables a las minas, a este respecto sólo se limita a reiterar la aplicación de disposiciones ya existentes (algunas de las cuales serán analizadas *infra*); no obstante, es necesario efectuar algunas precisiones sobre las disposiciones atinentes a la minería contenidas en esta Recopilación de las Indias (Rec. Ind.).

a) *Una recopilación legal contradictoria*

Si bien puede decirse que la característica fundamental de la Rec. Ind. no es la novedad, sí tuvo la virtud de efectuar una armonización sustantiva de la legislación y, entre ella, de la minera; sabido es lo contradictorias y dispersas que fueron las primeras disposiciones sobre minas que se dictaron para las Indias (*vide infra* este capítulo, IV. 1). Para solucionar esto, la Rec. Ind. derogó las disposiciones contradictorias, silenciándolas, por lo que ya no debían considerarse.

Hemos dicho contradictorias, pero ¿contradictorias con qué? Indudablemente, con los principios que se traslucen de las propias disposiciones que mantiene la Rec. Ind., y con las disposiciones de las ordenanzas locales, cuya vigencia —junto a la de

---

[99] Sobre este Real Tribunal, véase, con interés: Dougnac Rodríguez, Antonio, *La real administración del importante cuerpo de minería de Chile (1787-1802)*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 8 (1981), pp. 109-130.

[100] Citamos la Rec. Ind., tanto aquí como más adelante, de su texto *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Mandadas imprimir, y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II* (Madrid, Iulian Paredes, 1681; ed. reciente: Madrid Ediciones Cultura Hispánica, 1973).

En cuanto a disposiciones que se recopilan, y contienen manifestación de los principios que venimos señalando, se encuentran: la Cédula de Toledo, de 1525 (Recopilación, 4. 19. 2); la Provisión de Granada, de 1526 (Rec. Ind., 4. 19. 1); la Ordenanza de Audiencias, de 1530 (Rec. Ind., 2. 1. 2), y la Provisión de Felipe III, de 1602 (Rec. Ind., 2. 1. 3), entre las que consideramos más importantes.

los principios que consagran y que las inspiran— continúa; prueba de ello es que estas ordenanzas locales se aplican con preferencia a cualquier otra ley, incluida la propia Rec. Ind.

b) *Los principios que se reflejan*

En lo relativo a los principios que se reflejan de los diferentes textos legales de la Rec. Ind., y dispersos en sus libros, podemos concluir que son los que hemos señalado como tradicionales: aparece implícito el dominio de todas las minas por parte de la Corona; se ratifica la exigencia de "licencia" para trabajarlas, refiriéndose evidentemente a una suerte de sistema concesional; se procura que no se abandone el trabajo de las minas (estableciendo de paso diversas medidas de protección encaminadas a evitar el abuso sobre los indios, que eran quienes mayoritariamente trabajaban las minas); regulando las funciones de las autoridades mineras, encargadas del gobierno de los asientos mineros; en fin, existen disposiciones tendientes a asegurar el cobro de los "quintos reales" o impuestos mineros.

Todas éstas son claras manifestaciones de disposiciones ya existentes (que analizamos *infra*), y de los principios que de ellas fluían. Asimismo de la consideración que la propia Rec. Ind. explicita, válida tanto para ayer como para hoy, en el siguiente texto (Rec. Ind., 4. 19. 9):

> Porque el descubrimiento, beneficio, y labor de las minas es tan conveniente a la prosperidad y aumento destos Reynos, y los de las Indias.

c) *Vigencia prioritaria de las ordenanzas locales*

En cuanto a la vigencia prioritaria de las ordenanzas locales, como lo hemos señalado más arriba, en Rec. Ind., 4.19.5, se reproduce una provisión de Felipe IV, de 7 de junio de 1630, en virtud de la cual:

> Ordenamos y mandamos, que se guarden, cumplan, y executen las ordenanzas, i leyes particulares, que tratan de minas.

Se aplica, entonces, supletoriamente, la legislación castellana (*vide* Rec. Ind., 4. 19. 6 y 9). Por lo tanto, el origen de todo este ordenamiento, y de su espíritu, deberemos seguir buscándolo en leyes más antiguas, y en las propias ordenanzas locales, tarea que asumimos a continuación.

3. Las Ordenanzas de Toledo, de 1574

Constituyen estas ordenanzas[101] el cuerpo de leyes indiano más completo y de mayor repercusión en su época, en materia minera. Es notorio el uso del rico acervo de las legislaciones locales anteriores *(vid. infra);* y es su influjo el que se hizo sentir en la posterior codificación del derecho minero,[102] especialmente en las Ordenanzas de Nueva España, de 1783, su sucesora, en este sentido.

a) *Principios generales*

En cuanto a principios generales, hay dos aspectos que estas ordenanzas no se preocupan de regular, por su indiscutible vi-

[101] Estas célebres ordenanzas se recogen, además, en el lib. III de la Recopilación de Ordenanzas del Perú (que, no obstante, no tuvieron carácter oficial), editada en 1683, agregándosele algunos títulos que en nada variaron su contenido sustancial. El texto íntegro de las ordenanzas se encuentra en: Levillier, Roberto, *Ordenanzas de Don Francisco de Toledo. Virrey del Perú (1569-1581)* (Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1929), pp. 143-240. Su texto (copiado directamente del manuscrito original que se conserva en Lima) lo ofrecen también: Lohmann Villena, Guillermo (Introducción) y Sarabia Viejo, María Justina (transcripción), *Francisco de Toledo. Disposiciones Gubernativas para el Virreinato del Perú. 1569-1574* (Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, 1986), pp. 301-365, junto a otras importantes disposiciones, entre las cuales también encontramos alguna otra referida a la minería. Su estudio ha sido acometido en diversas épocas: *vid.* Escalona, Gaspar de, *Arcae Limensis Gazophilativm regivm Perbicvm (Gazopilacio Real del Perú)* (Madrid, en la Imprenta Real, 1647); el mismo Gamboa (n. 92), especialmente pp. 4 y 15; más modernamente: Velarde, Carlos E., *Historia del Derecho de Minas Hispano Americano y estado de la legislación de minas y petróleo en México, Perú, Bolivia, Chile y la República Argentina* (Buenos Aires, L. J. Rosso y Cía., 1919), pp. 50 y ss.; Martiré, Eduardo, *Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico* (Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1968); El mismo, *Historia del Derecho Minero Argentino* (n. 94), pp. 27 y ss.; etc.

[102] Muchos de los preceptos de estas Ordenanzas de Toledo están basados en el ordenamiento esbozado con anterioridad por uno de sus redactores: *vide* Matienzo, Juan de, *Gobierno del Perú* (obra publicada por primera vez en 1567, edición y estudio preliminar de Guillermo Lohmann Villena, París-Lima, *Travaux de l'Institut Français d'études andines*, 1967); el texto de las "ordenanzas que para ellas (las minas) conviene que se hagan", que se encuentra en el cap. LII, Parte Primera, de tal obra, pp. 190-194, constituye obviamente el antecedente epigonal [en el sentido de Guzmán (n. 52), p. 119] de estas ordenanzas. Por otra parte, Ots Capdequi, José María, *El derecho de propiedad en Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, II (1925), pp. 160-168, recoge en un apéndice los preceptos más interesantes propuestos por Matienzo.

Sobre la influencia posterior de estas ordenanzas (que es notable lue-

gencia: el derecho de "propiedad" de las minas por parte de la Corona, y la obligación de pagar los tributos establecidos: "quintar", en la terminología de la época; sí hay algunas referencias, al inicio del Título *"De los descubridores, registros y estacas"*, ord. I,[103] que, junto con establecer la libertad de buscar y catar minas, señala:

> Por cuanto todos los minerales son propios de S.M. y derechos realengos por leyes y costumbres, y así los da y concede a los vasallos y súbditos donde quiera que los descubrieren y hallaren, para que sean ricos y aprovechados, dándoles leyes y ordenanzas, para que gocen de ellos y los labren (...) y porque algunas personas, así encomenderos, como caciques y principales y otros que poseen heredades y estancias, impiden que en sus tierras no les puedan entrar a buscar y descubrir, y así están ocultos y sin que de ellos reciba la república la utilidad para que fueron criados. Ordeno y Mando, que de aquí adelante ninguno de los susodichos impida, ni haga resistencia a todos los que quisieren hacer los dichos descubrimientos, de cualquier estado o condición que sean, sino que libremente los dejen dar catas, y buscar minas y metales.[104]

b) *El registro*

Todo descubrimiento debía registrarse, ya que de lo contrario *"se impide el pro y utilidad común, y el fin con que Su Magestad concede los dichos minerales"*; por lo tanto, de acuerdo a la ord. VII, de este mismo Título:[105]

---

go de la simple lectura de cualquier Código de Minería de Chile, Perú o Argentina), sólo hemos encontrado un breve pero preciso trabajo de CORNEJO, Atilio, *Las Ordenanzas del Virrey Toledo como fuentes del Código de Minería Argentino*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 9 (1958), pp. 11-13.

[103] Intitulada *"Que cualquiera persona pueda libremente catear y buscar minas en heredades ajenas"*.

[104] No obstante, en la ord. I del Tít. *"De los despoblados"*, también hay una referencia explícita sobre tales aspectos:

> La razón porque S.M. concede los minerales a las personas que los descubren, y manifiestan, siendo suyos y pertenecientes a su real patrimonio, es porque los labren y beneficien, y sus súbditos y vasallos sean ricos y aprovechados, y de lo que de ellos resultare, se le paguen sus quintos y derechos...

[105] Intitulado *"De los descubridores, registros y estacas"*; esta ordenanza es subtitulada *"El que descubriere metal en alguna veta, lo manifieste y registre ante la justicia dentro de treinta días"*.

> Cualquiera que descubriere metal en la veta donde anduviere dando catas dentro de treinta días sea obligado a manifestarlo y hacer registro delante de la justicia más cercana.

Y agrega más adelante:

> Porque ninguno tiene derecho a labrar, ni a disponer de los dichos minerales sin la licencia que por registrarlos se le concede.

Dejando claro el establecimiento de un procedimiento concesional para su explotación, lo que no obsta a la previa libertad de catear. Se reglamentan también las medidas de las minas; la manera de medir o *mensurarlas*,[106] y la obligación de estacarlas, todo en forma admirable y minuciosa, cuyo análisis —tarea que se nos muestra de gran utilidad, pues de ahí surge incluso terminología que aún perdura en la legislación minera chilena: "mensurar", "manifestar", etc.— rebasa nuestros actuales objetivos.[107]

c) *El trabajo efectivo*

En cuanto al trabajo efectivo, se procuró en lo posible que, una vez concedida licencia, no se abandonase la explotación de las minas:

> Que si el cerro registrado fuese desamparado del todo por tres meses, lo puede registrar el que hallare veta nueva, y goce del derecho de descubridor.[108]

---

[106] Ord. I del Tít. *"De las medidas y amojonamientos"*, la que señala aspectos técnicos que evidencian el interés administrativo:

> Todas las vetas que se descubrieren y registraren en cualesquier partes y lugares de estos reinos, al tiempo de dividirlas y estacarlas y poner los mojones en la medida que a cada uno le pertenece [ordeno y mando que], se haga sobre el haz de la tierra, reducidas las varas a llano por nivel y cartabón, de manera que entre mojón y mojón quede la cantidad de mina que a cada uno se le concede.

[107] De estas minuciosas disposiciones tomaron cuerpo muchas disposiciones modernas, y a través de sus 90 Ordenanzas, divididas en 10 Títulos (a los que, más tarde, se le agregarían 7 Títulos más, en 1683, al formar parte de la Recopilación peruana), se regulaban no sólo los descubrimientos, registros y estacas, sino también: De las medidas y amojonamientos; De las demasías; De las cuadras; De las labores y reparos de las minas o minas que suceden en ellas; etc.

[108] Ord. XI, Tít. inicial, que iguala el concepto "desamparar" con el de "despoblar", siendo aquél el que afincará en la tradición jurídica chilena, aun cuando también referido al hecho de no pagar los tributos de una mina o concesión; en tal caso, también se dice "desamparar" la concesión, a causa de lo cual decae el titular en su derecho.

El Tít. *"De los despoblados"* está completamente dedicado —a través de 13 ordenanzas— a regular los procedimientos para desapoderar al minero que no trabajara sus pertenencias, lo que dice relación no sólo con el hecho de tener gente trabajando en la mina, sino también con el hecho efectivo de que el pozo sea ahondado; así, la ord. I, en su parte dispositiva,[109] señala:

> Después de estacados y puestos mojones en la veta que se registrare, en la forma que está ordenado, cada uno de los que en ellas hubieren tomado minas, sea obligado dentro de sesenta días a tener dado un pozo en la pertenencia que le cupiere, por lo menos de seis varas de hondo y tres de largo, so pena que si no lo hubiere hecho (...) el juez (...) la adjudique por despoblada al que la pidiere.[110]

En la ord. III, que trata de *"Cómo se han de poblar las minas"*, se precisa aún más:

> Y porque es justo, que la labor de las dichas minas vaya continuada y se busque y saque lo que hay en ellas: Ordeno y Mando que los que las tuvieren, sean obligados a tenerlas pobladas y labrarlas, a lo menos, con ocho indios o cuatro negros, y su persona, o algún minero (según las medidas que tuviese la mina), so pena si veinte días dejaren de cumplir lo susodicho, no labrándose seis días contínuos de los dichos veinte con la dicha gente, cualquiera la puede pedir y se la adjudique por despoblada.

d) *El alcalde mayor de minas*

Por lo que dice relación con la intervención administrativa, en un Título especial se trata *"Del alcalde mayor de minas"*, quien era la autoridad judicial y administrativa; este alto funcionario

---

[109] El preámbulo de esta ordenanza (cuyo inicio se ha transcrito en nota 104) continúa diciendo:

> ...Y pues dejándolos despoblados cesa la razón porque fueron concedidos [los minerales] justo es que los pierdan, y otros los puedan ocupar, para que los labren y consigan el fin que se pretende.

[110] Esta obligación también se trasladaba al que se adjudicaba la mina despoblada, según la segunda ordenanza:

> Que el tal sea obligado dentro de sesenta días que se le adjudicó á hondar el pozo, que hallare empezado, en cuatro estados más de lo que estuviere labrado (...) y que las dichas minas no se puedan vendar (sic), ni enagenar hasta estar puestas en diez estados por lo menos...

recibía los registros de cada escribano de minas,[111] según el preámbulo de la primera ordenanza de este Título:

> Por cuanto habiendo alcalde de minas, está claro, que la continuación de determinar las cosas tocantes a ellas, y de la noticia que ha de tener de los registros y de las labores, y de todo lo demás contenido en estas ordenanzas que son los estatutos y decisiones por donde se han de determinar las causas (...), Ordeno y Mando que ante el dicho alcalde y no otro juez alguno se hagan los dichos registros y se traten todos los pleitos y causas anejas y concernientes a las dichas minas.

Sus demás funciones, de visita y medida de las minas, y demás obligaciones concernientes a los mineros, de las que hemos hecho mención más arriba, se trata en las otras ordenanzas de este Título, a cuyo detalle no es necesario entrar.

III. ORDENANZAS LOCALES

Casi simultáneamente surgieron distintos ordenamientos locales en la América hispana, entre ellos, en Chile y Nueva España; obviamente, los grandes ordenamientos que hemos revisado basaron la sabiduría de sus disposiciones en la experiencia que se había ido ganando, poco a poco, en la aplicación de estas ordenaciones menores.

Revisaremos, en el orden que venimos siguiendo, los que rigieron en Chile, y otro de Nueva España, de 1550, por la gran influencia que habrían de tener, este último sobre todo, en los ordenamientos posteriores.

1. Ordenanzas de Villagra, de 1561

En 1561 se dictan las Ordenanzas de Minas del Gobernador de Chile don Francisco de Villagra.[112] Estas extensas ordenanzas

---

[111] Según la ord. V, en cada provincia debía haber un escribano de minas, *"ante quien pasen todos los registros"*.

[112] El texto de estas ordenanzas lo tomamos de: Jara, Alvaro, *Fuentes para la historia del trabajo en el Reino de Chile. Legislación* (Santiago de Chile, Centro de Investigaciones de Historia Americana, Universidad

(de 75 caps.) tuvieron por finalidad no sólo reglamentar los aspectos estrictamente administrativos que venimos señalando, sino que parte importante de su articulado lo ocupan en disposiciones *"para la buena orden que conviene haya en el tratamiento de los indios de los términos desta ciudad de Santiago y cómo y de qué manera han de andar en las minas para que sean mejor tratados"*. En lo demás —en lo que a nosotros nos interesa— son muy explícitas.

a) *El procedimiento concesional*

La explotación queda ligada a un procedimiento concesional:

> Primeramente que todas e cualesquier personas que fueren a coger oro en las minas de los términos desta ciudad sean obligados asentarse ante los oficiales de la real hacienda para que ellos tengan razón dello y de como así quedan asentados lleven una cédula suya y la presenten ante el alcalde de minas y el dicho alcalde de minas asimismo asiente la tal persona si fuere a sacar oro a las dichas minas y el que así no lo hiciere mando que no se le guarde mina.[113]

Disposición esta que se complementa con lo contenido en el cap. 19:

> Cuando alguna persona descubriere oro fuera de los reales de los asientos de minas lo venga luego a manifestar ante el alcalde de minas, so pena de que el que lo tuviere descubierto pierda el privilegio de descubridor y el alcalde sea obligado a publicallo.[114]

---

de Chile, 1965), 1, pp. 28-41. De este libro hay nuevas ediciones: JARA H., Alvaro y PINTO V., Sonia, *Fuentes para la historia del trabajo en el Reino de Chile* (Santiago, Editorial Andrés Bello), 1: 2ª ed., 1982; 2: 1ª ed., 1983.

Quien primero estudió su texto (y también lo proporciona) es PEREIRA SALAS, Eugenio, *Las Ordenanzas de Minas del Gobernador de Chile don Francisco de Villagra*, en *Revista de Historia de América*, 32 (1951), pp. 207-225.

[113] Los términos de estas ordenanzas son diferentes a los de la Ordenanza de 1550 (*vid. infra*), por tener ambas un diverso objeto. Las de 1550, como se verá, estarán dirigidas a las minas de plata; por lo tanto, en los hechos, la vigencia de ambas habría sido simultánea.

[114] Por su parte, el cap. 42 señala:

> Si algún minero habiendo descubierto oro no lo manifestare conforme a estas ordenanzas y otros mineros yendo tras el descubri-

También se fijaba la extensión de las minas, y la obligación de estacarlas, aspectos en los que no insistiremos.[115]

b) *El trabajo efectivo*

Era de interés real que las minas se trabajasen efectivamente, para que de esta forma fueran productivas; así, una vez estacadas las minas, todo minero estaba obligado a hacerlo:

> Luego otro día después que la hobiere estacado habrá de trabajar de la poblar (...) e si no la poblare que la pierda u otro la pueda tomar e después de haber poblado la dicha mina sea obligado a tomar la peña en ella y habiéndola tomado le sea guardada teniéndola poblada con dos personas (...) con tanto que la registre ante el escribano de cabildo o de minas y sean obligados a la poblar luego...

Y esta obligación es permanente, prueba de lo cual la encontramos en el cap. 62:

> Por cuanto muchas personas se ponen a dar catas en partes donde les parece que hay razón para hallar oro y después de haber abierto la cata la dejan sin llegar a la peña, lo cual es en mucho perjuicio, mando que cualquier minero o señor de gente que abriere cata fuera del agua en sabana sea obligado de la mandar llegar a la peña e si dejare de labrar en la cata hasta haber tomado la peña, incurra en pena de treinta pesos de oro.

---

dor lo hallaren y manifestaren en el real de las minas, el que así lo manifestare primero goce de descubridor.

Y en íntima conexión, fijando plazo, el cap. 48 dice:

> Todas e cualesquier personas que descubrieren oro dentro de doce leguas del real de las minas, sean obligados a lo manifestar dentro de seis días e pasados no lo descubriendo pierda el derecho de descubridor.

---

115 El cap. 14, al respecto, decía:

> Todas las minas que de aquí adelante se estacaren en sabanas, cascajales y arroyos principales e en cerros e laderas o quebradas secas o en ciénagas o en nacimientos sean de treinta varas y el minero u otra cualquier persona que tuviere mina en los dichos lugares y en cualquier dellos sea obligado a la estacar y estaque luego en tomando oro en ella con cuatro estacas de las dichas treinta varas en cuadra e si no la estacare que la pierda y sea del primero que la estacare...

c) *Los "quintos"*

En cuanto a la obligación de pagar tributos, rige la disposición general que manda pagar "quintos" (*vid. infra*), ratificando lo cual se establece la siguiente disposición para fiscalizar tal pago (cap. 33):

> Ordeno y mando que de aquí adelante ningún minero no pueda sacar ni saque su partido en oro en polvo, sino fundido e quintado e todo el oro se eche en un zurrón o bolsa e si algún minero lo sacare contra el tenor de esta Ordenanza incurre en pena de habello perdido.

d) *El alcalde de minas*

La intervención administrativa quedaba entregada a un alcalde de minas, con amplias facultades para intervenir en todo lo tocante a las minas, desde el "asiento" inicial de las mismas, la fiscalización del trabajo en ellas, e, incluso, ciertas facultades jurisdiccionales.[116]

2. Ordenanzas del Cabildo de Santiago, de 1550

Precedieron a las Ordenanzas de 1561, las Ordenanzas del Cabildo de Santiago, de 1550. Con fecha 9 de agosto de este año, el Cabildo de Santiago aprobó estas ordenanzas presentadas por Antonio Núñez, según da cuenta su preámbulo:

> E por la comisión a él dada, presentó ciertas Ordenanzas tocantes a las minas de plata, e pidió a sus mercedes fuesen vistas e leídas; e así leídas, sus mercedes de un acuerdo de conformidad [las] diesen por buenas, firmes e valederas, y que las dichas ordenanzas estaban hechas conforme como se acostumbran e usan en otros reinos.

Su redacción es algo confusa, y es notoria la falta de la plu-

---

[116] El cap. 52 señala:

> En cada asiento de minas haya un alcalde de minas que aya en todos los casos tocantes a las minas y los determine conforme a estas Ordenanzas y dél se pueda apelar para ante mí o para ante mi teniente general desta gobernación.

ma de algún jurista; mas ello no es óbice para visualizar claramente sus características salientes.[117]

a) *Aspectos implícitos*

En cuanto a "propiedad" de las minas, nada se dice, siendo un aspecto innecesario, por la claridad que tenía a estas alturas tal tema; lo mismo ocurría en cuanto a tributos, por estar ya establecido con anterioridad y con vigencia general para todas las colonias de España en América (*vid. infra*).

b) *Procedimiento concesional*

Si bien se establecía la libertad de búsqueda de minas, su explotación debía efectuarse amparado en el procedimiento concesional que, aun cuando en forma no del todo clara, se establecía desde el inicio:

> Primeramente. Que si algún vecino, estante o habitante subiere a descubrir minas de plata y las hallare en términos de esta dicha ciudad, sea obligado dentro de diez días que las descubriere, de venir a manifestar ante los alcaldes o otras justicias de la dicha ciudad de Santiago, o ante el alcalde de las minas que fuere a la sazón, haciendo presentación del metal; e así registradas, si pidiere el tal descubridor término para ensayar la veta, se le dé un mes de término, y que en éste término, no sea obligado a dar estacas a ninguno que se lo pidiere, salvo que se pongan en el registro del escribano las estacas de cada uno, como fueren pidiendo.

Más adelante se señala:

> Que el descubridor que así descubriere o registrare cualquier mina o minas de plata, sea obligado a se estacar con cuatro estacas fijas metidas dentro debajo de la tierra, hasta en compás de una vara de medir; e si la tal mina, después de así estacada y medida, fuere mudada, incurra e caya en

[117] Estas ordenanzas no tienen enumeración, y están comprendidas por 21 ítemes (v. gr.: *"Item. Que..."*), y su intitulación en el acta correspondiente del Cabildo de Santiago es la siguiente: *"Ordenanzas para las minas de plata, presentadas por Antonio Núñez al Cabildo"* [cfr. JARA, *Fuentes I* [1] (n. 112), pp. 8-13]. Fueron modificadas posteriormente, con fecha 18 de abril de 1556, en sólo dos aspectos, que señalaremos más adelante, en su lugar; el acta correspondiente intitula esta modificación como *"Capítulos que se agregan a las ordenanzas de minas"* [cfr. JARA, *Fuentes I* [1] (n. 112), pp. 13-14].

pena (...), y sea obligado el alcalde de volver las estacas a donde primero estaban.[118]

c) *El trabajo efectivo*

Una vez registrada la mina (o que se *"tuviere mina"*, en la terminología de las ordenanzas), para mantener su derecho sobre ella se debía trabajarla efectivamente. A ese fin apunta la disposición que expresa:

> Que sea obligado el que tuviere mina de plata o estacas de otro, a tenerla poblada con cuatro yanaconas, o cinco indios de repartimiento, o con un negro y dos yanaconas, con las herramientas que para ello fueren necesarias.

Por lo tanto, la regla era:

> Que si la mina tuviere veta, o venero, o metal suelto, esta tal no puede estar despoblada, salvo si no fuere domingo o fiestas; y si alguno determina de despoblar y despoblare la tal mina, la pueda pedir otra cualquiera persona, y el alcalde de las minas sea obligado a se la dar, y dar la posesión de ella por auto de escribano.

Con el mismo objeto, también se indica, en otro sitio:

> Entiéndese que si el tal minero señor de minas sea obligado dentro de dos meses primeros siguientes de poner la tal mina en tres estados, y puesta en cuatro estacas, ante todas cosas registradas; en tal caso no sea osado de entrar en ella.

d) *El alcalde de minas*

Por estas mismas ordenanzas se nombra un alcalde de minas, *"persona de fidelidad y conciencia, y de experiencia, y persona que se le entienda de minas"*, el que debía cumplir las múltiples funciones que se le señalan, y que completa este cuadro de intervención administrativa.

---

[118] En los capítulos agregados en 1556 se señaló, además:
Que las minas que se tomaren, y señalaren y midieren en cualesquier cerro conforme a lo dicho cada una de ellas sea de veinte y cinco pies en derecera; y al descubridor se le den dos minas de esta medida cada una.

Estas disposiciones constituyen el inicio de un sistema de "mensura de minas", que más tarde se perfeccionará en la legislación chilena, con grandes precisiones técnicas; por otra parte, ya es importante esta mensura a la fecha de esta ordenanza, pues a partir de sus medidas se marca el comienzo de las minas de los demás que "pidieren estacas", al lado de la mina principal.

3. Ordenanzas de Pedro de Valdivia, de 1546

Las Ordenanzas de 1550, que hemos revisado, se dictaron para reemplazar a las que estudiaremos ahora. En efecto, en 1546, Pedro de Valdivia dicta estas ordenanzas, con el carácter de transitorias, las que constituyen uno de los más antiguos textos jurídico-mineros del período indiano que se conocen.

Fueron realizadas estas ordenanzas en reemplazo de otras primitivas —cuyo texto no conocemos—, de origen real, las que habrían perecido consumidas por las llamas del incendio de Santiago del Nuevo Extremo, provocado por el ataque de las huestes del cacique *Michimalongo*, el 11 de septiembre de 1541.[119]

Estas ordenanzas se aprobaron por el Cabildo de Santiago el 9 de enero de 1546; tienen 36 capítulos, todos ellos muy breves, dadas las circunstancias de su establecimiento, y su texto se refiere, más que nada, a las relaciones entre mineros.

a) *Aspecto implícito*

No se refiere a la propiedad de las minas, aspecto, según ya lo hemos dicho, por demás claro en la legislación indiana (*vid. infra*).

b) *Procedimiento concesional*

Respecto al establecimiento de un procedimiento concesional para el otorgamiento de derechos de explotación, constituye la primera preocupación de estas ordenanzas:

---

[119] Esta singular historia quedó reflejada en el preámbulo de las ordenanzas, que rezaba:

> Manda el muy magnífico señor Pedro de Valdivia, electo Gobernador y Capitán General en nombre de S.M. en este Nuevo Extremo, que por cuanto en esta tierra no se tienen las Ordenanzas reales que en las otras partes de las Indias a causa que se perdieron el día que vinieron los indios de guerra a esta ciudad y la quemaron toda; que hasta en tanto que vengan las dichas Ordenanzas de la provincia del Perú, adonde se ha enviado por ellas, se guarden las aquí recopiladas, y que se han podido saber de mineros y personas pláticas en estas industrias de cosas de minas, y que las han usado en otra parte de ellas y se les acuerdan en los capítulos siguientes...

El texto de estas ordenanzas, como de las dos anteriores, véase en: Jara, *Fuentes I* 1 (n. 112), pp. 1 y ss.

Capítulo Primero. "Que ningún minero pueda coger oro sin cédula de los reales oficiales": Ordenamos y mandamos: que ningún minero pueda coger oro sin cédula de nuestros oficiales so pena de perdidas las minas, y por ello sea castigado; y no pueda pedir estacas ni tomar mina no teniendo la dicha cédula.

En cuanto al descubridor, el cap. Octavo (*"sobre nacimiento"*) establece:

Que qualquier minero que descubriere nacimiento, sea obligado de manifestarlo dentro de tercero día ante la justicia; donde no, pierda el derecho que al tal descubrimiento tiene, y sea castigado por ello.

Detrás de esto estaba la facultad de catar y cavar libremente, aspecto que queda claro de su cap. Tercero (*"sobre el descubrimiento de minas"*):

Que qualquier descubridor que descubriere (...) pueda gozar y goce de tres minas...

c) *Las obligaciones de los mineros*

Sobre las obligaciones de los mineros, una vez concedido su derecho (su "cédula", en la terminología de la ordenanza), no son claras estas concisas disposiciones, y, más que nada, dejan todo, a cada paso, *"a albedrío de buen juez"*, subterfugio para salvar tantos vacíos notables en este ordenamiento (muy excusables, por la redacción "de memoria" y por personas que no eran precisamente juristas, sino mineros, pero estos vacíos deben tenerse en cuenta en una reconstrucción jurídica). Específicamente: 1) sobre el pago de impuestos (de los "quintos reales"), no era necesario explicitarlo, pues estaba ya dispuesto por provisiones anteriores (*vid. infra*), y 2) sobre las obligaciones de trabajo efectivo de las minas (que se denominaban "pueble" y "ahondamiento" de las minas en otros ordenamientos, según hemos visto), aparece algo acá, no obstante un poco difusamente,[120] pero

[120] Por ejemplo, el cap. 19 (*"que habla sobre la cata que el minero diere y no la pusiere en la peña"*) dice:

Que si algún minero diere cata o catas, y no las pusiere en la peña, le lleven veinte pesos por cada una cata de las que diere, porque ninguno sea osado a catar sin tomar la peña: porque acaece muchas veces, por no llegar las catas a la peña, perderse muchas minas, y con decir esta causa no llegan otros a catarla.

El cap. 27 (*"sobre si se le fuere al minero la cuadrilla estando labrando"*), que le obliga a registrar nuevamente la mina. En fin, más claramente,

que evidencia o trasluce el deseo de que las minas se trabajen efectivamente, y que tengan resultados productivos.

4. Ordenanzas de Mendoza, de 1550

En Nueva España, el virrey Antonio de Mendoza dictó unas ordenanzas sobre minas en 1550.[121] A pesar de no haber regido en Chile, se señalarán sus rasgos principales, por contener disposiciones extremadamente interesantes, y que, al parecer —extremo que ya tendremos ocasión de verificar—, habrían influido incluso en la legislación peninsular posterior a su dictación.[122]

---

el cap. 33 (*"sobre si labraren dos mineros dos minas de compañía"*) señala:

> Que si dos mineros labraren de compañía dos minas a una estaca, y les fuera pedida la una de ellas, la den: donde no, sea a escoger del que pidiere; por cuanto no pueden labrar juntos dos minas.

Es evidente la falta de otros capítulos, lo que se hace patente en la lectura de éstos, que dan por supuesta la obligación de tener pobladas las minas y de trabajarlas hasta llegar a la "peña".

[121] *Vid.* su texto en: Aiton, Arthur S., *Ordenanzas hechas por el Sr. Visorrey don Antonio de Mendoza, sobre las minas de la Nueva España, año de M.D.L.*, en *Revista de Historia de América*, 14 (1942), pp. 73-95. Por otro lado, Del Paso y Troncoso, Francisco, *Epistolario de Nueva España* (México, Antigua Librería Robredo, de José Porrúa e Hijos, 1939), pp. 249 y ss., da cuenta de unas "Ordenanzas de don Antonio de Mendoza virrey de Nueva España, que habían de cumplirse en las minas de plata", que fecha en 1539, que dicen relación exclusivamente con el resguardo del "quinto" real. Hubo otras ordenanzas de minería anteriores, de una fecha próxima a 1530, aprobadas por la Audiencia de Nueva España, de las que dan cuenta Martiré, *Historia* (n. 94), p. 26, y Ramos Pérez, Demetrio *Ordenación de la Minería en Hispanoamérica durante la época provincial (siglos XVI, XVII y XVIII)* en Actas del VI Congreso Internacional de Minería, 1, (citado *infra* en *Apéndice bibliográfico*), p. 385. Sobre unas "Ordenanzas que hasta agora están fechas", hay constantes referencias en las Ordenanzas de 1550 que estudiamos en el texto, las que no derogan a las anteriores. Recientemente, González, María del Refugio y Moreno de los Arcos, Roberto, *La minería en las Leyes de Indias*, en *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos* (México, Porrúa, 1987), p. 322, dan cuenta de estas ordenanzas, fechándolas en 1532, señalando ser éstas "las primeras ordenanzas elaboradas en territorio novohispano", y ofreciendo una fotografía de ellas, en p. 331.

[122] Aun cuando no es nuestro actual interés verificar estas concordancias, recuérdese que la legislación peninsular desarrolló un régimen completo de la minería sólo en la Edad Moderna, y a partir de 1559 (Pragmáticas de Valladolid), fecha en que ya se deben de haber conocido los ordenamientos locales de América hispana; por lo demás, algunas instituciones, como el "pueble", la obligación de "ahondar" la mina, y otros conceptos presentes no sólo en las Ordenanzas Antiguas de 1559, sino también en las peninsulares de 1563 y 1584, son evidentemente inspirados en este cuerpo de legislación indiana, como en los otros que se han visto *supra*, dictados en Chile.

a) *Las minas eran del Real Patrimonio*

El tema de la propiedad de las minas no se toca en estas ordenanzas, punto por lo demás suficientemente aclarado desde un comienzo a través de las capitulaciones y de otros documentos legislativos (*vid. infra*). Que las minas eran del Real Patrimonio de la Corona, a estas altura de la conquista, era algo más que obvio, ya que la Corona no sólo consideraba a ellas (las minas) de su propiedad, sino al continente entero.[123]

b) *Los tributos*

Tampoco contienen estas ordenanzas referencias a los tributos, lo que es natural, pues este aspecto estaba ya explicitado en la legislación entonces vigente;[124] incluso, su fiscalización habría ya sido regulada por una ordenanza anterior del mismo Antonio de Mendoza.[125]

c) *Un nuevo procedimiento de "registro" y "licencia"*

Estas ordenanzas tienen no sólo el objeto de regular la minería que se produjese a partir de su fecha, sino también poner reme-

---

[123] Como una breve demostración, basta leer las *"Instrucciones que se dieron al Virrey de Nueva España Don Antonio de Mendoza"*, por Cédula de 25 de abril de 1535; *vid.* en *Colección de Documentos Inéditos, relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de ultramar. De los documentos legislativos* (Madrid, Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneira", 1897; citamos según reprod. en: Neudeln Liechtenstein, Kraus Reprint Limited, 1967, 10, III, doc. 101, pp. 245-263, que en su cap. 8 dice:

> Y ante todas cosas despues de bien informado de la qualidad y cantidad dela dicha tierra e tributos della hareis un memorial en que pongais asi la dicha ciudad de México como las otras ciudades e villas cabeceras de provincias e otros lugares principales que a vos parezca que entera e perpetuamente deben quedar en nuestra cabeza y de nuestra corona Real para que aora ni en tiempo alguno se puedan enagenar ni apartar della...

[124] Además de regir las capitulaciones de este sector de América, y antiguas cédulas referidas a los impuestos (*vid. infra*), en el cap. 13 de las *"Instrucciones"* citadas en la nota anterior, se dice, al respecto:

> Otro si somos informados que en muchas partes de la dicha provincia hay grandes y muy ricas minas de oro y plata y otros metales a que demás del quinto que las personas particulares que con licencia e previsión nuestra lo sacan e nos han pagado e pagan podríamos ser muy servidos a nuestras rentas reales acrescentadas si nuestros officiales...

[125] *Vid. supra* n. 121.

dio a los graves inconvenientes que se habían producido antes,[126] por lo cual se establecen "disposiciones transitorias" para los actuales "dueños de minas", de tal manera que presentaren, en los plazos y condiciones que se señalaban, sus "títulos", para acondicionarlos al nuevo sistema de "registro" que por estas ordenanzas se establecía.

Aun cuando las ordenanzas no lo dicen expresamente, queda implícito el reconocimiento de la facultad de catar y cavar que se había otorgado a todos los habitantes de Nueva España, por una provisión anterior, de 1526 (*vid. infra*), por lo cual el procedimiento concesional que aquí se establece, sólo se preocupa de fijar disposiciones a partir del descubrimiento de las minas.

En efecto, de acuerdo a sus términos, el "primer descubridor"[127] debía registrar su mina dentro de quince días ante los oficiales de Su Majestad o ante la justicia más cercana; una vez hecho tal registro, se otorga el *"goze de ochenta varas por la beta en largo e quarenta en ancho"* (cap. 14); a este acto de registrar se le denomina en las ordenanzas *"pedimento e manifestación"*, terminología que hasta aún hoy perdura en las legislaciones hispanoamericanas.[128] Una vez ubicada la veta, no era permitido extraer el mineral sin previo registro y otorgamiento de licencia.[129] Así, el procedimiento no termina en el mero registro, sino que era necesaria una *"licencia para la entrar a labrar"* (cap. 8).[130]

---

126 Se inicia esta ordenanza (1er. párr.) exponiendo cómo:
Los mineros y dueñoz de quadrillas que en ellas residen tienen dadas muchas catas en los cerros y cordilleras donde parescía que hay betas (sic) y metales en gran cantidad los quales no las labraban ni beneficiaban ni tenían Registradas antes tenían embaraçados los cerros y cordilleras de betas de manera que las personas que nuevamente iban a buscar metales a las tales minas no hallavan donde se poner e ya que labraban en algún cerro las tales personas cuyas eran las catillas Visto que habían dado en algún metal les ponían pleyto...

127 Es "primer descubridor" (cap. 16):
El que primero fuere a rregistrar su mina ante la justicia y llevare el metal que de su mina sacó este tal sea avido por primero descubridor aunque el otro tome metal primero.
De este modo, lo que importa es la presentación a la Administración para hacer el registro, llevando *"el metal que de su mina sacó"*, según la exigencia de la época.

128 Específicamente, en Chile, véase párr. 1º del Tít. V del Código de Minería vigente, de 1983, intitulado *"Del pedimento y de la manifestación"*, términos también usados en los Códigos nacionales anteriores a éste.

129 El cap. 41 señala:
Iten declaro e mando que ninguna persona por sí ni por sus mineros y esclavos no puede entrar en mina alguna sin licencia de la justicia so pena de quinientos pesos applicados como dicho es y pierda el derecho que a la tal mina pretende.

130 Respecto del registro de las minas que tuviesen títulos anteriores,

Se establecía, asimismo, un límite de dos minas por persona; en caso de tener mayor número de minas, bajo sanción que *"otra qualquier persona (...) pueda pedir una de las tales minas por demasiada"* (cap. 42).

En cuanto a los derechos que otorgaba esta licencia, es un derecho de "goze", como lo dicen las propias ordenanzas en su cap. 14 (*vid. supra*), a pesar de una declaración que contiene en el siguiente sentido:

> Yten que passados los tres meses suso dichos el tal a quien se le diere la licencia para labrar la dicha mina sea obligado a venir ante la justicia y escrivano de las dichas minas diziendo como ha cumplido lo que le es mandado en ahondar la dicha mina, y constando a la justicia ser así, se le de la posesión de la dicha mina y la pueda rregistrar como cosa suya propia y se ponga en el registro general...

Esto de *"cosa suya propia"*, en realidad no pasa de ser una pura declaración legal, que no rinde justicia con la verdadera naturaleza jurídica del derecho que se les otorga a los mineros para "gozar" de su mina.[131]

d) *"Ahondar" y "poblar" las minas*

Una demostración de la naturaleza jurídica de los derechos del minero, naturaleza no vinculada con la propiedad, está en su obligación de hacer productiva la mina, bajo sanción de ver caducados sus derechos sobre ella, consecuencia inimaginable fren-

---

o se rigiesen por las *"Ordenanzas que hasta agora están fechas"*, se establece la siguiente disposición transitoria:

> Primeramente ordeno y mando que todas e qualesquier personas que tienen minas en esta Nueva España así con metal como sin él, vengan ante las justicias de las dichas minas y traigan y presenten los títulos e rregistros que a las tales minas tuvieren (...) dentro de seis meses después que fueren pregonadas estas ordenanzas so pena que la mina que no hubieren registrado como por mí está mandado (...) se la pueda tomar por despoblada.

Luego de efectuado este mero registro, debían cumplir las mismas exigencias de las nuevas minas: obtener licencia, cumpir las obligaciones de trabajo, etc. (*vid.* el texto principal). Este mismo sistema seguirían luego, en la Península, las Pragmáticas de Valladolid, de 1559.

---

[131] Es ésta la demostración que es señalada, más tarde, en la Península, en las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584, en unos términos bastante similares, no resultando ser, igual que aquí, más que un recurso retórico del legislador.

te a la pretendida absolutez de la propiedad. Estas obligaciones se reducían a dos: "ahondar" y "poblar"[132] las minas.

En cuanto a la obligación de "ahondar", la ordenanza señala en su cap. 19:

> Yten declaro y mando que el primero que descubriere metal en cerro nuevo (...) sean obligadas a hondar una de las catas que diere en su mina los dichos tres estados dentro de quatro meses como rregistro y tomo la tal mina so pena que si no hubiere ahondado la haya perdido y sea del que la denunciare...[133]

Por otro lado, en cuanto a la obligación de "poblar" la mina, se reduce a mantenerla trabajándose con un número determinado de personas: una "quadra", en caso de concesionario individual, y doce personas, en caso de compañía.[134] De no hacerlo así, señala la ordenanza:

> Conviene al servicio de su magestad y bien desta tierra que se labren y descubran los metales que las tales minas tienen, mando que quando alguno en las tales minas tuviere o las tomare de aquí adelante sacare sus esclavos dellas y las dexare desamparadas que otra qualquier persona las pueda pedir a las justicias por despobladas y las tales justicias habiendo hecho las diligencias de yuso serán declaradas le de posesión de la tal mina.

Incluso se dice en el último capítulo —el 49— de estas ordenanzas lo siguiente:

---

[132] Sistema que más tarde, en 1559, adoptaría la Pragmática de Valladolid en la Península, como hemos dicho en n. 130, utilizando incluso la misma terminología.

[133] Además de esta sanción, y para evitar pleitos o una intensa fiscalización, se estableció una excelente norma (cap. 12) en virtud de la cual se prohibía la venta y, además, se evitaba la especulación. Sus términos son los siguientes:

> Yten por quanto muchas veces ha acaescido y acaesce que algunas personas tomando minas sin las labrar ni saber si tienen metal o no las venden y así vendidas tornan a tomar otras para el mismo efecto de lo cual se sigue algunos inconvenientes y para los evitar conviene que ninguna pueda vender mina alguna que en qualquier manera hubiere si no la tuviere ahondada y puesta al menos en tres estados.

[134] En el cap. 21 se establece:

> Declaro y mando que se entienda por poblar y hazer mina: el que diere cata que tenga al menos una vara de medir de hondo y quadra y no teniéndola en este estado o estandola ahondando el esclavo le den las estacas al primero que las pidiere.

"Dar las estacas" es una forma de medir o "mensurar" las minas, aspecto que se reglamenta minuciosamente en estas ordenanzas, en sus caps. 17-27, y en otras diversas disposiciones, cuyo tratamiento excede nuestro interés actual.

> Yten para que mejor e mas cumplidamente se guarde y cumpla lo qontenido en estas Ordenanzas por la presente reboco y doy por ningunas todas e qualesquier licencias que aya dado a qualesquier personas para poder tener por despobladas sus minas por tiempo.

IV. GENESIS DEL DERECHO MINERO INDIANO

1. La configuración del derecho minero indiano

Esta serie de ordenanzas que hemos analizado, cuya redacción es bastante acabada, demuestran un tratamiento orgánico del sector; no obstante, no fue así desde el inicio.

En cuanto a la configuración del derecho minero indiano, durante mucho tiempo la Corona no reguló orgánicamente el ramo de minas, sobre todo por el temor a señalar una política equivocada, y lo único que existía eran las reservas fiscales de las capitulaciones. Las primeras regulaciones fueron realmente zigzagueantes, y en nada asimilaban el importante acervo legislativo que se había desarrollado en la Península.

Así, por Cédula de Toledo, de 24 de noviembre de 1525,[135] se dispone lo siguiente:

> Mandamos, Que los mineros, y todos los demás, que cogieren oro en minas, rios, quebradas, ó otras qualesquier partes, parezcan ante el Gobernador, y Oficiales Reales, y juren, que lo vendrán á manifestar, y declarará la fundició personalmente: y para descubrimientos de minas, y hostiales de perlas hayan de tener licencia de el Gobernador, el qual haga junta particular sobre esto con los Oficiales Reales, y alli acuerden lo que convenga al buen cobro de nuestra Real hazienda.

Esto es, en línea con el criterio vigente en Castilla, una ratificación de la existencia de pertenencia real de las minas y de la consecuente necesidad de previa licencia para las búsquedas.

---

[135] Recogida en Rec. Ind., 4. 19. 2, cuyo parágrafo se intitula *"Que los descubridores de minas juren de manifestar el oro, y para descubrirlas, y hostiales de perlas, preceda licencia"*; el Tít. XIX de Rec. Ind., en que se encuentra esta ley, y otras que citaremos, se intitula *"Del descubrimiento y labor de las minas"*.

No obstante, al año siguiente, por la Provisión de Granada,[136] de 9 de diciembre de 1526, *"que manda que todas las personas de qualquier estado y condición que sean puedan descubrir minas y sacar oro y plata dellas libremente"*,[137] se dispone lo siguiente:

> Que nos somos informados, que en las minas de oro y plata y otros metales que hay en esa tierra, no dexeys ni consintays que todas las personas que quisieren ansi los naturales como Christianos Españoles, saquen oro y plata y otros me-

---

[136] Da cuenta del texto original de esta provisión: ENCINAS, Diego de, *Cedulario Indiano* (Madrid, Imprenta Real, 1696; cit. según ed. facsímil de GARCÍA GALLO, Alfonso, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1946), III, p. 359, bajo el epígrafe *"Provisiones, Cédulas y Capítulos de cartas dadas en diferentes tiempos, en que se manda a cobrar a los oficiales reales el quinto de oro y plata que se sacare de las minas"*, junto a otras 21, algunas de ellas de mucho interés, que sólo nos limitamos a referir por su título: 1) Provisión de los Reyes Católicos, que manda que del oro y plata y otros metales que se cogiesen y sacasen en la Isla Española se les pagase el quinto neto (año de 1504); 2) Cédula que manda que se les den a los descubridores de minas las dos tercias partes de lo que se les prometiere de la hacienda de Su Majestad, y la otra tercia parte el que sacare el dicho oro (año de 1533); 3) Es muy importante la cédula dada en declaración de la provisión "antes desta", por la cual se ordena y manda las prevenciones y diligencias que han de preceder para labrar las joyas y piezas de oro y plata en las Indias para efecto que no se pueda encubrir el pagar el quinto a Su Majestad (año de 1584), que se inicia señalando: *"Qomo sabeis son de mi corona y patrimonio Real, las minas y vetas donde se crian los metales y piedras preciosas en esas partes..."*; 4) Cédula que manda que cualquier oro y plata que se tomare en los puertos de las Indias sin quintar ni marcar, se tome por perdido (año de 1550); 5) La provisión "antes desta" mandaba que ninguno tenga oro ni plata, joyas, perlas ni piedras sin quintar en las Indias, so pena de haberlo perdido (año de 1550); la fiscalización que se pretendía era tal que los términos de esta última provisión bastan para demostrarlo, ya que en caso de no quintar ni marcar, la pena era grave: *"incurra por ello en perdimento de todos sus bienes para nuestra cámara e fisco"*.

[137] Esta provisión pasó a formar parte de Rec. Ind., 4. 19. 1, *"Que permite descubrir y beneficiar las minas a todos los Españoles, e Indios vasallos del Rey"*, cuyo tenor definitivo fue el siguiente (que transcribimos, por su interés):

> Es nuestra merced, y voluntad, que todas las personas, de qualquier estado, condición, preeminencia, o dignidad, Españoles, é Indios, nuestros vasallos, puedan sacar, oro, plata, azogue, y otros metales por sus personas, criados o esclavos en todas las minas, que hallaren, o donde quisieren, y por bien tuvieren, y los coger, y labrar libremente sin ningún género de impedimento, habiendo dado cuenta al Gobernador, y Oficiales Reales para el efecto contenido en la ley siguiente, por manera, que las minas de oro, plata, y los demás metales sean comunes a todos, y en todas partes, y términos, con que no resulte perjuicio a los Indios, ni a otro tercero, ni esta permisión se extienda a los Ministros, Gobernadores, Corregidores, Alcaldes mayores, y sus Tenientes Letrados, Alcaldes, y Escribanos de minas, ni a los que tuvieren especial prohibición: y cerca de señalar, tomar las minas, y estacarse en ellas,

tales libremente como lo puedan hacer y lo prohibis y defendeys, y no days licencia para ello, salvo a las personas que vosotros quereys demas de ser contra lo que por nos esta mandado, y hasta agora se ha hecho y vsado, es poner estanco y vexación a los pobladores de esta tierra en su daño, y en mucho menos cabo y perdida y disminucion de nuestras réntas. Lo qual visto por los de nuestro Consejo de las Indias, queriendo proueer y remediar, cerca desto lo que más cónuenga a nuestro seruicio y acrecentamiento y prouecho de nuestras rentas, y bien de los Christianos estantes en esta tierra y naturales della, y que de aqui adelante a ella fueré y estuuieré, fue acordado que deuiamos mandar dar esta nuestra carta para vosotros en al dicha razon, e nos tuiimos lo por bien.

Luego de lo cual, agrega:

Por la qual vos mandamos que agora y de aqui adelante quanto nuestra merced y voluntad fuere, dexeys y consintays libremente a todas y qualesquier personas de qualquier estado y cóndición y preheminéncia o dignidad que sean, ansi a los Chriftianos Españoles nuestros subditos que a esa tierra fuerén a poblar como a los naturales della, a sacar oro, plata, por sus personas, criados, esclauos en qualesquier minas que hallaren, o dónde quisierén y por bien touierén el coger y labrar libre y desembargadaménte, sin les poner en ello, ni en parte dello embargo ni impedimento alguno, por manera que las dichas minas de oro y plata sean comunes a todas y qualesquier personas y en quelesquier partes y terminos que sean guardándo cerca del señalar y tomarlas dichas minas la ordén que se guarda en la isla Española para que no aya diferencias, y porque lo susodicho sea notorio, mandamos que esta nuestra carta sea pregonada publicaménte por las plaças y mercados de las ciudades, villas y lugares de esta dicha tierra, por pregonero y ante escriuano publico, y los vnos ni los otros no sagades en de al, so pena de nuestra merced, y de diez mil mrs (sic) para la nuestra camara a cada vno que lo cóntrario hiziere.

Resulta notorio que en un principio la minería indiana se configura sobre bases muy distintas de las que en España exis-

---

se guarden las leyes, y ordenanzas hechas en cada Provincia, siendo por Nos confirmadas.

Así, es notorio que al recopilar en 1680 esta Provisión de 1526, y con el objeto de salvar la contradicción con la anterior Cédula de Toledo, de 1525, se agregó la última parte, *"se guarden las leyes, y ordenanzas hechas en cada Provincia, siendo por Nos confirmadas"*, poniéndose así a tono, además, con la legislación indiana que había surgido desde la fecha de su dictación primitiva.

tieron cuando se atendió a su ordenación jurídica.[138] A pesar de que en 1530 se ordena: *"que se guarden las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las de Indias"*.[139]

Ya luego, a partir de 1602, queda a facultad de los virreyes dictar la legislación en lo tocante a minas, según una provisión de Felipe III:[140]

> Los Virreyes de las Indias comuniquen con personas inteligentes y experimentadas las leyes de estos nuestros Reynos de Castilla, que disponen en materias de Minas; y si hallaren, que son convenientes, las hagan guardar, practicar y executar en todos aquellos Reynos, como no sean contrarias á lo que especialmente se huviere proveído para cada Provincia, y dispongan y determinen lo necesario, y en esta forma, y como mas convenga nos embien relación muy particular sobre quales leyes de Minas se dexan de cumplir en cada Provincia, y por qué causa, y las razones que huviere para mandar que se guarden las que tuvieren por necesarias.

Así, originados de acuerdo a los criterios reconocidos en esta provisión, surgieron los ordenamientos locales que hemos estudiado, que rigieron con preferencia a las leyes de Castilla, lo que otorgará a la legislación de Indias, en materia minera, verdaderos tintes de novedad, constituyéndose en un régimen jurídico original, no obstante conservar, en sustancia, los mismos principios anteriormente consagrados por la legislación castellana.

---

[138] *Vid.*, en el mismo sentido: RAMOS PÉREZ (n. 121), p. 378.

[139] Intitulación con que se recoge en Rec. Ind., 2. 1. 2, las Ordenanzas de Audiencia, de 1530, cuyo texto íntegro es el siguiente:

> Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por Cédulas, Provisiones, u Ordenanzas dadas, y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar.

[140] Recogida en Rec. Ind., 2. 1. 3, bajo el epígrafe *"Que los Virreyes hagan guardar en las Indias las leyes de estos Reynos, tocantes a Minas, siendo convenientes, y envíen relación de las que son necesarias"*. MARTIRÉ, *Historia* (n. 94), p. 16, basado en estas normas, concluye que la vigencia de la legislación castellana era supletoria (señala: "las autoridades indianas debieron aplicar la legislación castellana, en ausencia de normas expresas"); no obstante, la verdad es otra, y el casuismo es el que imperará, ya que es obvio deducir (como lo hemos verificado, además, en los hechos con los ordenamientos de origen local que hemos estudiado, y aun con los grandes ordenamientos), que la Corona consiente que sean las autoridades indianas quienes lo decidan todo en materia minera; cfr., en esta línea: RAMOS PÉREZ (n. 121), p. 376.

2. *Las minas como* iura regalia

Pero la preocupación por regular jurídicamente las riquezas mineras que se encontrasen en *"lo que ha descubierto en las Mares Oceanas"* Christoval de Colon, ya es patente en las "Capitulaciones de Santa Fe",[141] carta que contiene las mercedes otorgadas al ilustre marino y que, en lo pertinente, expresa:

> Item que de todas e qualesquiere (...) piedras preciosas, oro, plata (...), e otras qualesquiere cosas (...) de qualquiere specie, nombre e manera que sean, (...) hovieren dentro de los límites de dicho Almirantazgo, que desde agora Vuestras Altezas fasen merced al dicho don Christoval e quieren que haya e lieve para sí la dezena parte de todo ello quitadas las costas todas que se ficieren en ello por manera que de lo que quedare limpio e libre, haya e tome la dicha decima parte para sí mismo, e faga dello a su voluntad, quedando las otras nueve partes para Vuestras Altezas. Plaza a Sus Altezas.

Del mismo modo que en la Península, en las Indias las minas se consideraron, desde el inicio, una regalía; de ello da cuenta uno de los grandes tratadistas del siglo XVII, Juan de Solórzano y Pereira,[142] quien señala que es doctrina común:

> Que ellos [los metales] y las minas ó mineras de donde se sacan, se tengan por de lo que llaman regalías, que es como decir, por bienes pertenecientes á los Reyes y supremos Señores de las Provincias donde se hayan y por propios é incorporados por derecho y costumbre en su patrimonio y Corona Real, ahora se hallen y descubran en lugares públicos, ahora en tierras y posesiones de personas particulares.
> En tanto grado, que aunque estos aleguen y prueben que poseen las tales tierras y sus términos por particular merced y concesión de los mismos Príncipes, por muy generales que hayan sido las palabras en que se les hizo, no les valdrá ni aprovechará esto para adquirir y ganar para sí las minas que en ellas se descubrieren, si eso no se hallare especialmente

---

[141] Reproducida en: MORALES PADRÓN, Francisco, *Teoría y Leyes de la Conquista* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, del Centro Iberoamericano de Cooperación, 1979), pp. 54-55; sobre tal "carta de merced", *vid.* pp. 47 y ss. y bibliografía en p. 56.

[142] SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de, *Política Indiana* (Madrid, 1646; cit. según ed. de 1736, con notas de Francisco RAMIRO DE VALENZUELA, reimpresa en "Biblioteca de Autores Españoles", t. 255, Madrid, Ediciones Atlas, 1972). Este eminente jurista proporciona riquísimos textos en la más lograda exposición sistemática de las regalías mineras, en lo tocante a las Indias y a la legislación castellana de la época: *vid.* lib. VI, cap. I, Nº 17; además, lib. VI, cap. II, *passim*, y lib. II, cap. XV-XXI, *passim*.

dicho y expresado en la dicha merced, como lo tienen dispuesto y declarado muchas leyes del derecho común y del Reyno.[143]

Por lo demás, ésta es la opinión general de los tratadistas de la época.[144]

Este derecho que la Corona se atribuye desde un inicio, por la vía de considerarlo, jurídicamente, como *iura regalia*, está patente además en las Capitulaciones de Indias que se otorgan, luego del descubrimiento, durante todo el siglo XVI; no sólo es capítulo importante señalar cómo las minas las retiene la Corona

---

[143] Cfr. SOLÓRZANO Y PEREIRA (n. 142), VI, 1, Nº 17 (t. 255, IV, p. 303, de la ed. citada). Existen en esta obra abundantes referencias no sólo a la legislación indiana (concordada, paso a paso, por RAMIRO DE VALENZUELA), sino también a la legislación de Castilla, y al derecho común. Es importante, sobre todo por lo que comprobaremos en los caps. III y IV, *infra*, verificar los fundamentos legales que aporta SOLÓRZANO al texto que transcribimos: 1) el texto de ULPIANUS en D. 50. 16. 17. 1 sobre el *vectigal* que se pagaba por las minas públicas en Roma, al que también se referirá Gregorio LÓPEZ en sus glosas a las Partidas; 2) la ley *Perpensa deliberatione*, del *Codex Iustinianus*, también sobre impuestos a la minería, desde donde ya se infiltra, en Roma, el concepto de las minas como entidad dominical; 3) en fin, cita las Partidas, y Recopilación de Castilla, VI, XIII, 2 y 3 (llamada Rec. de Castilla en la época, y que luego se conocería como Nueva Recopilación, ubicación: 4. 13. 2 y 3), que corresponde a las primeras normas sobre minería del derecho histórico español, de 1138 (Cortes de Nájera) y de 1387 (Cortes de Bribiesca), todas las que *"fablan de las mineras, que son del rey"*, y plenamente vigentes en la época, aun cuando ya se habían dictado las Ordenanzas *"in Novo Quaterno"*, de 1584, a que se refiere SOLÓRZANO en lib. VI, cap. I, Nº 30 (t. 255, vol. IV, p. 307, de la ed. cit.).

Por otro lado, y finalmente, es interesante señalar cómo a esta fecha los juristas están de acuerdo en la nota de imprescriptibilidad de las minas, ya que *"por muy generales que hayan sido las palabras con que se les hizo (merced y concesión) no les valdrá ni aprovechará esto para adquirir y ganar para sí las minas"*, según expresa SOLÓRZANO en el texto transcrito.

[144] En cuanto al punto de las minas como regalía, tanto MATIENZO, en su célebre libro *Gobierno del Perú*, como Antonio LEÓN PINELO, en su *Tratado de las Confirmaciones Reales*, presentan como subsistente tal doctrina a la fecha que ellos escriben: mediados del siglo XVII. Cfr., en España, a quien más se ha preocupado del estudio de las regalías en Indias, entre ellas las de minas, en sus diversos trabajos, OTS CAPDEQUI, José María, *El Derecho de propiedad en nuestra legislación de Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, II (1925), pp. 49-168, especialmente pp. 94 y ss. y apéndice documental en pp. 160 y ss.; EL MISMO, *Las instituciones económicas hispanoamericanas del período colonial*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XI (1934), pp. 211-282, especialmente, en materia de minas, pp. 242 y ss.; EL MISMO, *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano* (Madrid, Aguilar, 1969), pp. 254-257 y 361-367, la materia de minas; EL MISMO, *El régimen de la tierra en la América Española durante el período colonial* (Ciudad Trujillo, Editora Montalvo, 1946), especialmente pp. 19-40; EL MISMO, *Instituciones* (Barcelona, Salvat Editores, 1959), especialmente pp. 13-14, 147-148, 179-189, 287 y ss. y 508-510.

para sí,[145] sino el monto de los impuestos sobre las minas, y sobre el oro que se extrajese, sobre lo cual, con el fin de incentivar su producción, se aplicaron tasas de fomento, diferentes para cada capitulación.[146]

Es una demostración más de la importancia que tuvieron las minas dentro de la organización financiera de las Indias, desde un inicio.[147]

---

[145] *Vid.* Carta de Merced a Hernán Cortés, de 1529, que transcribe OTS CAPDEQUI, *El régimen de la tierra* (n. 144), pp. 30-31, especialmente su parte final, que se refiere a "los mineros". En ella se le otorga a Cortés:

> Merced, gracia y donación pura y perfecta, y no revocable, que es dicha entre vivos, para agora e para siempre jamás de las villas e pueblos (...) con sus tierras y aldeas y términos y vasallos (...) y rentas y oficios y pechos y derechos y montes y prados y pastos y aguas corrientes, estantes e manientes (...) para que todo ello sea vuestro e de vuestros herederos e sucesores, e de aquel o aquellos que de vos o dellos obiere título o causa y razón, e para que los podais e puedan vender y dar y donar y trocar (...) como de cosa vuestra, propia, libre e quita e desembargada (...) reteniendo como retenemos (...) y retenemos ansi mismo (...) los mineros y encerramientos de oro y plata e de otros qualesquier metales que obiere en las dichas tierras.

[146] *Vid.* en: DEL VAS MINGO, Milagros, *Las Capitulaciones de Indias en el siglo XVI* (Madrid, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1986), una completa y ordenada edición de las capitulaciones de descubrimiento, conquista y población que se otorgaron en el siglo XVI para acceder a Indias, desde 1501 a 1596, que, de acuerdo a la autora, suman 75; en cuanto a la reducción del impuesto que se cobraba sobre el oro de las minas de Indias, se habría intentado favorecer la extracción de este metal; generalmente se determinaba que el primer año de explotación se pagaría a la corona 1/10 de lo que se obtuviese, e iría aumentando progresivamente en años sucesivos hasta llegar a 1/5, que era el derecho habitual reservado a la corona; el mayor beneficio se establece precisamente en que ese 1/10 del primer año se mantiene por más años, y en diversas capitulaciones se indica que se continuará pagando por dos años, tres, cinco, seis, y hasta diez; después de ese plazo irá aumentando hasta llegar a 1/5. Un ejemplo de esta "clave fiscal", siempre presente cuando se trata de minas, como hemos comprobado, es la capitulación con Pedro de Heredia para poblar y conquistar..., de 5 de agosto de 1532, cfr. DEL VAS MINGO (esta n.), doc. Nº 33, cap. 6, p. 275, donde se señala lo siguiente al respecto:

> Asimismo, que vos fazemos merçed, como por la presente vos la hazemos, que de todo el oro que en la dicha provincia se sacare, e ansí en egidos como en arroyos y nascimientos como en quebradas o en otra qualquier parte de la dicha provincia, se nos haya de pagar y pague diezmos, por término de diez años, que corra desde el día deste esiento en adelante, e aquel pasado se nos pague el quinto.

[147] Sobre lo cual, *vid.*, con amplios antecedentes: SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *La organización financiera de las Indias (siglo XVI)* (Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, 1968), especialmente pp. 229 y siguientes.

APENDICE BIBLIOGRAFICO

Como apéndice, además de los ya citados, por su interés, anotamos otros trabajos importantes sobre la minería en Hispanoamérica:

a) Respecto de México, *vid.* WAGNER, Henry R., *Early Silver Mining in New Spain*, en *Revista de Historia de América*, 14 (1942), pp. 49-71; MORENO, Roberto, *Salario, tequio y partido en las Ordenanzas para la minería mexicana del siglo XVII*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XXVI, 101-102 (1976), pp. 465-483; EL MISMO, *Las instituciones de la industria minera novohispana*, en *La minería en México. Estudio sobre su desarrollo histórico* (México, Universidad Autónoma de México, 1979), pp. 69-164; GONZÁLEZ, María del Refugio, *Notas para el estudio de las Ordenanzas de Minería de México durante el siglo XVIII*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México, XXVI*, 101-102 (1976), pp. 157-167; LA MISMA, *Panorama de la legislación minera en la historia de México*, en *Jurídica*, 18 (1980), pp. 791-811.

b) En cuanto al Perú, *vid.*, al respecto, LOHMANN VILLENA, Guillermo, *Las Minas de Huancavelica en los siglos XVI y XVII* (Sevilla, Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1949), en donde, además, es posible encontrar un interesante planteamiento jurídico de la incautación de estas minas por el Estado, quien las explotó como propias: pp. 59 y 77, en especial; en general, sobre la situación jurídica de las minas en Perú, véanse también: LAS CASAS, Bartolomé de, *De Thesauris* (1563; trad. esp. de Angel LOSADA, Madrid, Institutos "Gonzalo Fernández de Oviedo" y "Francisco de Vitoria", del C.S.I.C., 1958), p. 437 (164 y 164 vta. del manuscrito latín); MOLINA MARTÍNEZ, Miguel, *El impacto del sistema de Intendencias en Perú y Chile: la adaptación de las Ordenanzas de Minería de Nueva España*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 26 (1980-1981), pp. 93-117; EL MISMO, *El Real Tribunal de Minería de Lima* (1785-1821), (Sevilla, Diputación Provincial de Sevilla, 1986); en pp. 58-69 se ofrece un breve panorama de la legislación minera hispanocolonial.

c) Respecto de Argentina, la literatura sobre el tema se ha tornado, de un tiempo a esta parte, copiosísima. *Vid.* algunos estudios sobre aspectos locales, pero interesantes, por los principios tan comunes que se desprenden de ellos, como: CANO, Guillermo J., *Bosquejo del Derecho de Minas en Mendoza en el período patrio* (1810-1887), en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 8 (1957), pp. 103-120 (a pesar del período que dice abarcar, también contiene datos importantes de la época colonial); SANTOS MARTÍNEZ, Pedro, *Historia Económica de Mendoza durante el Virreynato* (1776-1810), (Madrid, Universidad Nacional de Cuyo-Instituto "Gonzalo Fernández de Oviedo", 1961), pp. 161 y ss. (régimen jurídico de la minería), y pp. 365 y ss. (en que se reproduce un "pedimento" de minas, de 1784); EL MISMO, *Régimen jurídico de la minería durante el Virreynato*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 19 (1968), pp. 205-209; MANDELLI, Humberto A., *Una fallida concesión minera en la provincia de Tucumán*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 22 (1971), pp. 243-251; MARTÍN DE CODONI, Elvira Luisa, *El derecho minero precodificado y su aplicación en Mendoza*, en *Revista de Historia del Derecho*, 8 (1980), pp. 197-246; y, en fin, GOULD, Eduardo Gregorio Sergio y CARGO DE EPPSTEIN, María Inés, *La aplicación de la legislación minera en la Carolina, San Luis* (1784-1815), en *Revista de Historia del Derecho* 13 (1985), pp. 61-90. En otro orden, más general, *vid.* Mo, Fer-

nando F., *Valoración jurídica de la obra minera de Sarmiento* (Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1947), y JAKOB, Walter, *Dos próceres del Derecho Minero Argentino: Domingo de Oro y Enrique Rodríguez*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 14 (1963), pp. 161-163. Por último, para apreciar el actual desarrollo de estas indagaciones en Argentina, *vid.* —además de sus obras que hemos citado— los siguientes trabajos de MARTIRÉ, Eduardo, *La autoridad minera en el Código Carolino de Pedro Vicente Cañete*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 6 (1970), pp. 185-199; EL MISMO, *La propiedad minera en el Código Carolino de Pedro Vicente Cañete*, en *Actas y Estudios del III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Madrid, 17-23 de enero de 1972)*, (Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1973), pp. 827-868; EL MISMO, *El Código Carolino de Pedro Vicente Cañete* (Buenos Aires, s/edit.: 1973 y 1974), I (donde se condensan los dos trabajos anteriormente citados) y 2 (edición del Código), *vid.* especialmente el estudio preliminar del vol. 1, de gran interés.

d) En Chile hay también importantes trabajos. *Vid.* DE AVILA MARTEL, Alamiro, *La propiedad minera en el derecho indiano. Sus bases, constitución y peculiaridades*, en Historia, 8 (1969), pp. 13-17; SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *La legislación emanada de los cabildos chilenos en el siglo XVI*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 5 (1969), pp. 97-132 ("minas": pp. 118-122); DE LUIGI, Juan, *Algunos antecedentes mineros del centro y sur del país en el siglo XVIII*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 6 (1970), pp. 200-204; CARMAGNANI, Marcello, *El salariado minero en Chile colonial* (Santiago, Editorial Universitaria S.A., 1963); SILVA VARGAS, Fernando, *Tierras y pueblos de Indios en el reino de Chile. Esquema histórico-jurídico* (Santiago, Editorial Universidad Católica, 1962), pp. 46 y ss. (dominio minero); ROCHEFORT ERNST, Gustavo, *Esquema del derecho de minas en Chile colonial*, en *Memorias de Licenciados. Historia del Derecho* (Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1950), 5, pp. 322 y ss.; GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio, *Reexamen de una polémica sobre la legislación minera indiana a fines del siglo XVII. Los discursos y cartas de Victorian de Villava y Francisco de Paula Sanz* (1793-1795), en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 13 (1987), pp. 199-226. Por último, un antecedente a tener en cuenta: el *Planeamiento de una investigación sobre derecho de minería indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 4 (1965), p. 340, cuya efectiva realización o resultados desconocemos.

En general, véanse las Actas del VI Congreso Internacional de Minería, *La minería hispana e Iberoamericana. Contribución a su investigación histórica* (León, Cátedra de San Isidro, 1970); el vol. 1, "Estudios", contiene las ponencias del I Coloquio Internacional sobre Historia de la Minería (739 págs.); los vols. 2 y 3 contienen, íntegros, en edición facsímil, los *Apuntes para una biblioteca española de libros, folletos y artículos, impresos y manuscritos, relativos al conocimiento y explotación de las riquezas minerales y a las ciencias auxiliares*, de Eugenio MAFFEI y Ramón RÚA FIGUEROA, Madrid, Imprenta de J. M. Lapuente, 1871 (529 y 693 págs., respectivamente), obra de mucha utilidad aun para investigaciones jurídicas; el vol. 4, también de bibliografía, contiene unos *Apuntes para una bibliografía minera española e iberoamericana (1870-1969)*, de Justo GARCÍA MORALES (361 págs.); los vols. 5, 6 y 7, sobre "Fuentes", contienen, respectivamente: *Archivo General de Simancas. Indice de documentación sobre minas* (1316-1832) (198 págs.); *Documentos existentes en el Archivo General de Indias* (298 págs.) y el trabajo de Manuel C. DÍAZ Y DÍAZ, *Los capítulos sobre los metales de las Etimologías de Isidoro de Sevilla*, Ensayo de edición crítica, con traducción y notas (99 págs). En los "Estudios" del vol. 1, dentro de otros estudios históricos, véanse: DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Fuentes documentales chilenas para el estudio*

de la historia de la minería en el período indiano, pp. 601-604, y ALONSO RODRÍGUEZ-RIVAS, Daniel, *La legislación minera hispano-colonial y la intrusión de labores*, pp. 657-668.

Sobre las explotaciones mineras en América, aun cuando enfocado fundamentalmente a Nueva España (México), véase, con interés: BARGALLÓ (n. 15) y BAKEWELL (n. 15).

Para una indagación bibliográfica, tanto de este período como del siguiente, *vid.* PALAU DULCET, Antonio-PALAU CLAVERAS, Agustín, *Manual del Librero Hispanoamericano* (Barcelona, Palacete Palau Dulcet, Empuries-The Dolphin Book, Oxford, 1985), 5, voz "Minas", pp. 2 y ss.; y, recientemente, *Bibliografía minera colonial*, en *Anuario de Estudios Americanos. Historiografía y Bibliografía*, 1, XLV (1988), pp. 137-161.

En todo caso, téngase presente la siguiente afirmación de José MUÑOZ PÉREZ: "La historia minera colonial hasta ahora es una de las historias sectoriales más incoherentes y dispersamente cultivadas dentro del americanismo científico. La docena un poco larga de excelentes monografías que han aparecido en los últimos 35 años (Modesto Bargalló, Guillermo Lohmann Villena, Robert C. West, Mervyn F. Lang, Howe, Arthur P. Whitaker, John Fisher, Peter Bakewell, Brading, Antonia Heredia, María del Refugio González...) no proporcionan entre todas ellas un suficiente panorama de conjunto, que, mejor o peor, nos es posible trazar en otras historias sectoriales..." (prólogo a: MOLINA MARTÍNEZ, *El Real Tribunal de Minería de Lima*, cit. *supra*, pp. 17 y 18); apreciaciones estas que son perfectamente predicables del aspecto jurídico de la minería indiana.

CAPITULO III

EL REGIMEN DE LA MINERIA EN EL DERECHO ESPAÑOL MODERNO Y MEDIEVAL

SUMARIO:

I. PROEMIO. 1. *El concepto jurídico de regalía.* 2. *Un alcance metodológico previo.*

II. LEGISLACION MINERA DE LA EDAD MODERNA. 1. *Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584.* a) Una aparente derogación orgánica. b) La obtención de los derechos mineros. c) La opinión de Gamboa. d) Tres obligaciones básicas. e) Una intensa intervención administrativa. 2. *Pragmáticas de Madrid, de 1563.* a) La facultad de catar y cavar. b) El registro de las minas. c) El trabajo efectivo. d) Los tributos y su fiscalización. e) El Administrador General. 3. *Ordenanzas Antiguas, de 1559.* a) La "incorporación de las minas". b) La facultad de catar y cavar. c) El registro de las minas. d) El trabajo efectivo. e) Los tributos. f) Consideración final.

III. LEGISLACION MEDIEVAL. 1. *Las Ordenanzas de Bribiesca, de 1387.* a) Su texto. b) Su importancia. 2. *Las Siete Partidas.* a) Partida 2. 15. 5. b) Partida 3. 28. 11. c) Las glosas de Gregorio López. d) Una antigua y una nueva controversia doctrinal: 1º Los escritores del derecho feudal. 2º Doctrinas decimonónicas. e) Las notas de imprescriptibilidad e inalienabilidad. 3. *Origen del régimen minero castellano: Cortes de Nájera, de 1138.*

I. PROEMIO

1. El concepto jurídico de regalía

Como una consecuencia del feudalismo, la monarquía adoptó desde su inicio un cariz "patrimonial", en que se confundían los bienes del patrimonio de los reyes como personas, de lo que debía ser su patrimonio como jefes del Estado. Pero al producirse en el siglo XII la recepción del derecho romano justinianeo en

España (como en todos los otros Estados de la Europa central y occidental), el panorama jurídico debió cambiar, sobre todo en cuanto al establecimiento de principios jurídicos claros de separación entre el orden público y el privado, aun cuando también robusteciendo por este influjo la figura del *princeps*. Así se evoluciona, y el concepto de "realengo" si bien indicaba al patrimonio del rey, pero no ya como señor, sino como patrimonio de la corona, de la monarquía, del rey como jefe del Estado.

En este contexto, la jurisprudencia medieval —ya claramente intentando definir y clasificar estos "bienes de la corona", todos de naturaleza muy diversa entre sí—, crea y desarrolla el concepto jurídico de "regalía"[148] (o como quiera llamárseles, *iura regalia*, o bienes *in demanio et patrimonio principis*), que corresponde a los modernos conceptos patrimoniales de "bienes nacionales", o "dominio público", o "demanio". Las regalías —que también serán ampliamente desarrolladas en las Indias, como concepto jurídico— formaron parte preeminente, como ingreso hacendístico, del Real Patrimonio, un ramo de los más considerables de las Reales Haciendas.

Tanto para Ripoll, en 1644, como para Crespi de Valdaura, en 1730, las regalías constituían todos aquellos derechos que los reyes se reservaban para sí,[149] agregando, más tarde, Branchat

---

[148] Según García-Trevijano Fos, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*[3] (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974), 1, pp. 18 y ss., la institución de las regalías tiene dos significados: uno amplio referente a los derechos de los reyes en materias eclesiásticas, y otro puramente estatal —que es el que nos interesa—, es decir, derechos reservados al monarca, bien porque le pertenecen en exclusividad o bien en concurrencia con los particulares. Había, según él, dos clases de regalías: las "mayores" y las "menores". Las mayores se referían a las funciones esenciales de gobierno y administración (acuñar monedas, hacer leyes, etc.); y las menores, a derechos de carácter inferior, en los que no aparecía la magnificencia soberana (derechos de caza, *minas*, etc.). Las primeras, en teoría, no podían ser concedidas a los particulares, mientras que las segundas podían serlo. A su juicio, "esta institución [las regalías] constituye uno de los pilares fundamentales del Estado moderno", pues "las regalías", "fisco" y "derechos señoriales" integran lo que después será la Administración moderna (p. 19). En la larga enumeración de regalías que ofrece (pp. 23-25), y dentro de las que "constituyen la esencia de la potestad estatal actual", señala la potestad sobre las minas, con independencia del dueño del fundo (p. 24).

[149] Ripoll, Acacio Antonio, *Regaliarum tractatus* (Barcinone, Ex praelo gabrielis Nogues, in Vico Sancti dominici. Expensis Francisci Menescal, Mercatoris Bibliopole, & Gabrielis Nogues Typographi, 1644), cap. I, Nºs. 1-3, p. 1, señala: *"Regaliae absolute sumptae, sunt iura illa suprema, quae Imperatori, sen Regi, vel supremo dominio, non reconosceli superiorem competunt. Apellentur autem hoc nomine, a Regis nomine, tanquam informante, cum sint. Iura quaedam propria domini regis io quod dicuntur affixae eius ofsibus..."*

Por su parte, Crespi de Valdaura, Christophori, *Observationes illustratae decisionibus sacri supremi regii aragonum consilii* (Lugduni, Sump-

que "el establecer y declarar las regalías corresponde a la suprema autoridad de los príncipes".[150] El rey Jaime I de Valencia, según Branchat, explicaba que por regalías debía entenderse "todo aquello que estaba tenido a S.M. a cierto censo, partición de frutos, o réditos pecuniarios o en feudo", agregando él mismo que "según estos principios pudo el Rey Don Jaime declarar lo que entendía por regalías, mayormente quando por el título de conquista adquirió el dominio del Reyno, y pudo disponer de él a su voluntad, reservándose los derechos que le parecieren como propias regalías".[151]

Ahora, la conexión entre las minas y el concepto reseñado de *iura regalia* o *regaliae*, el mismo Branchat la pone de manifiesto: "Las venas y minerales de metales preciosos, por universal costumbre de todos los reynos, se han declarado regalía y patrimonio de los príncipes soberanos".[152]

---

tibus Deville & Chalmette, 1730), señala: *"Potest autem princeps ea, quae, non erant autea, de novo facere regalias" (Pars I, Observatio prima,* Nº 215, p. 25).

VILLAR PALASÍ (n. 16), p. 82, cita la definición que ANDREA D'ISERNIA daría de regalías: *"Sunt regalia, quae a private sine titulo possidere non possunt, et vel sunt maiora, quae alias jura maiestatis dicunt, et a privato plane possidere nequeunt, vel minora, quae per concessionem a principe factam, denum juste in aliquem transferunt".*

No obstante, no proporciona VILLAR PALASÍ el origen de tal cita, y si efectivamente es de ANDREA D'ISERNIA, la suponemos de su *In usus feudorum commentaria* (Lugduni, 1579), Quae sunt regalia, voz "argentaria", texto al que no hemos podido acceder.

---

150 BRANCHAT, Vicente, *Tratado de los derechos y regalías que corresponden al Real Patrimonio en el Reyno de Valencia* (Valencia, Imprenta de Joseph y Tomás, 1784), 1, p. 444.

151 BRANCHAT (n. 150), 1, p. 9. Es sumamente sugerente lo que continúa señalando este autor: "Fácil es de conocer a vista de lo insinuado, que el Real Patrimonio trae su orígen desde la conquista del Reyno, la qual fué el título justo y legítimo que transfirió al Rey Conquistador la suprema autoridad, con los derechos de la soberanía independiente en lo temporal, y el dominio universal en todo lo conquistado: desde cuyo tiempo se han considerado como bienes patrimoniales todas las Ciudades, castillos y heredades, tierras, yerbas y pastos, que quedaron en el privado dominio del Príncipe, las regalías propias de la soberanía, y los derechos reservados por el Rey Conquistador para atender á las urgencias del Estado y mantener con decoro la Real Dignidad; y todos los referidos bienes, regalías y derechos incorporados después á la Corona por el testamento del Rey Don Jayme, hicieron parte de las rentas de la Real Hacienda, que se llamaron patrimoniales para distinguirlas de las que poseía como sucesor de los Reynos de Aragón..." (pp. 12-13).

152 BRANCHAT (n. 150), 1, p. 444. Esta misma visión es posible encontrarla aun en la doctrina actual; por todos: VILLAR PALASÍ (n. 16), pp. 81 y ss.; LÓPEZ RODÓ, Laureano, *El Patrimonio Nacional* (Madrid, CSIS, 1954), pp. 67 y 88.

2. Un alcance metodológico previo

El estudio retrospectivo de la evolución legislativa en cuanto al régimen jurídico de la minería, nos permitirá comprobar la efectividad de tales afirmaciones, no obstante que el tema de las regalías tiene más que nada una relación con el problema de la "propiedad" o dominio de las minas, el que no sólo ha sido estudiado en España, sino también, y ampliamente, en otros sitios.[153]

Los otros extremos que hemos individualizado como pilares del derecho minero (procedimiento concesional; derechos mineros e intervención administrativa), los veremos ir apareciendo poco a poco, no como una invención de la época, por lo demás, sino como un claro vestigio de los principios legados por los romanos. Por otro lado, en esta época no será necesario insistir en un principio ya asentado: la consideración de las minas como categoría jurídica especial, distinta y separada del suelo.

Los estudios acerca del tema minero, generalmente, sólo se refieren al aspecto de la "propiedad" o dominio, que parece haber acaparado toda la atención de los autores, lo que —por lo demás— no es sino una consecuencia de esa visión parcial que nosotros, con nuestra reconstrucción histórica, precisamente, queremos rebatir. No por eso no nos han sido útiles los textos que se refieren aún a este parcial.[154] En general, cuando se ofrecen

---

[153] Respecto de Francia, véase: Ourliac, Paul y De Malafosse, J., *Derecho Romano y Francés Histórico* (trad. esp., Barcelona, Bosch, 1963), 2, especialmente pp. 279 y 415.

En Italia, véanse: Nani, Cesare, *Storia del Diritto Privatto Italiano* (Turín, Fratelli Bocca Editore, 1902: rist. 1972), pp. 339 y ss.; Salvioli, Giuseppe, *Storia del Diritto Italiano*[8] (Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1921), pp. 500-501; y, especialmente: Leicht, P. S., *Il diritto privatto Preirneriano* (Bolonia, Nicola Zanichelli Editore, 1933), pp. 155 y ss.; y El mismo, *Storia del Diritto Italiano, III: Il diritto privatto* (Milán, Giuffré Editore, 1960), 2, pp. 103 y ss. (*"regalia sulle miniere"*).

En Alemania, véase: Schönbauer, E., *Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts* (1929), obra a la que no hemos podido acceder.

[154] Aun cuando —por su carácter— breve, y a veces poco preciso, debemos citar a: Del Valle Menéndez, Antonio *Introducción al desarrollo histórico del derecho minero español* (discurso, Madrid, Real Academia de Doctores de Madrid, 1984), 55 págs. En general: Lalinde Abadía, Jesús, *Iniciación histórica al derecho español* (Barcelona, Ediciones Ariel, 1970), especialmente pp. 473 y ss.; y, en particular, aun cuando sólo lo trata colateralmente, pero de donde es posible obtener algunos antecedentes de interés: Rodríguez, Gabriel, *Las minas y el fuero de Vizcaya*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LX (1882), pp. 451-466; Toledano, Eustaquio, *Curso de Instituciones de Hacienda Pública de España* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963), 1 (antecedentes hacendísticos de la minería antigua); Martín Martín, Victoriano, *Los Rothschild y las minas de Almadén* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980); etc. No podemos dejar de mencionar, no obstante, como textos úti-

antecedentes históricos, normalmente no sólo se hace de manera incompleta, sino también inexacta.

Entonces, nuestro trabajo hubo de efectuarse doblemente: al no tener en toda la bibliografía consultada una reconstrucción histórica completa del derecho minero, no sólo referida al dominio, sino a estos otros aspectos que hemos individualizado, hubimos de emprenderla primeramente; una vez reconstruida toda esa historia jurídica, recurriendo a los textos jurídicos, y a las opiniones de los jurisconsultos de la época, y utilizando esto como "material de trabajo", procedimos a nuestro análisis.

II. LEGISLACION MINERA DE LA EDAD MODERNA

Durante la Edad Moderna se dictan verdaderos ordenamientos jurídicos para la minería, que sientan principios definitivos en el *régimen minero*, que van *más allá del simple hecho de sancionar* las minas como *iura regalia* —único aspecto resaltado por la doctrina— y que abarcan, según veremos, todos sus extremos, de acuerdo a las características que nosotros hemos visualizado como fundamentales del sector, desde el punto de vista jurídico.

1. Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584

Las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584, son las más famosas del derecho minero histórico español, no sólo porque en ellas se perfeccionan todas las características y principios del régimen minero establecido en las anteriores leyes, sino por su amplia difusión.[155]

---

les al respecto: López Rodó (n. 152), *passim;* aun cuando con ciertos errores: Escalá Baltra, Enrique, *El dominio del Estado sobre las minas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965), pp. 23-34, y Bruna Vargas (n. 82).

[155] Estas famosísimas Ordenanzas aparecieron por primera vez en la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla (NRec.), 6. 13. 9, bajo el expresivo parágrafo *"Que dá nueva forma en lo que se ha de guardar en estos Reynos en el descubrimiento, labor, i beneficio de las minas de oro, i plata, azogue, i otros metales"*; evidencian claramente que su finalidad no es cambiar el fondo de la legislación anterior, sino sólo darle "nueva forma", lo que si bien, por lo que señalamos en el texto, en parte es cierto, no es del todo correcto, pues esta ley incorpora aspectos muy novedosos a la legislación, pero sin quitarle nada de su anterior riqueza. También fueron incorporadas en la Novísima Recopilación de Leyes de España (NsRec.), 9. 18. 4 (aun cuando curiosamente este cuerpo legal no cita la concordancia con la anterior recopilación, apareciendo a primera vista como reco-

Esta difusión se produjo tanto en España, donde regirían casi 250 años, como en las Indias, donde, por mucho tiempo, fue su ordenamiento vigente.[156] Aun cuando presenta aspectos altamente novedosos, de sus 84 ordenanzas, las primeras 73 son copia casi textual de las Pragmáticas de Madrid de 1563. Veremos sus aspectos más salientes.

a) *Una aparente derogación orgánica*

Se inician estas ordenanzas con una aparente derogación orgánica de la anterior legislación, del siguiente tenor (ord. 1ra.):

> Primeramente revocamos, anulamos, i damos por ningunas las pragmáticas, i ordenamientos hechos en Valladolid, i en Madrid, que son la lei quarta y quinta de este titulo,[157] i qualesquier leyes de Ordenamiento, i Partidas, i otros qualesquier derechos, é Pragmáticas, i fueros, i costumbres, en quanto fueren contrarios á lo dispuesto en esta lei; i queremos, i mandamos, que en quanto á esto no tengan fuerza,

---

piladas por primera vez), bajo el epígrafe: *"Nuevas Ordenanzas que se han de guardar en el descubrimiento, labor y beneficio de las minas de oro y plata, azogue y otros metales"*. En lo sucesivo prestaremos igualmente atención del título del epígrafe en que son recopiladas estas leyes, por el alto valor interpretativo que proporciona, sin entrar a darle el mismo valor legal —por lo demás discutible— que al texto. Citamos según los siguientes textos: la NRec. de: *De las leyes de la Recopilación* (Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1776), 4; la NsRec. de: *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados* (Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1850).

---

156 Por otra parte, GAMBOA (n. 92), su más célebre comentarista, abunda en alabanzas hacia este ordenamiento jurídico, quien, además, expresa que "en el Reyno de Mexico, el texto principal para todas las causas, i negocios de Minas son las Ordenanzas de el Nuevo Quaderno, y Leyes de el Tit. 19, lib. 6 de la Recopilación de Indias". Dice GAMBOA que "de otros Reynos no hay necesidad de mendigar Ordenanzas Metalicas, por ser abundantisimas las nuestras (...), quasi todo esta comprehendido, y providenciado en las nuestras" (pp. 6-7, Nº 12). Señala finalmente, al respecto, que "por lo demas, nuestras ordenanzas se hallan muy completas sobre fundicion, azogueria, registros, denuncios, pueble, medidas, mejoras, economía, y direccion de las Minas: que si no se cumplen, no es defecto de la ley, sino de observancia" (p. 7, Nº 13).

No obstante estos elogios de GAMBOA (que son compartidos, además, por el preámbulo de la Ley de Minas española, de 1944), en el preámbulo de la Ley de Bases de la Minería, también de España, de 1868, obviamente inspirada en un liberalismo radical, se califica de "absurdas y monstruosas" a estas Ordenanzas de Felipe II.

157 Este texto, que lo hemos copiado de la NRec., se refiere al Tít. XIII de este ordenamiento, y sus leyes 4ª y 5ª son, respectivamente, las Pragmáticas de 1559 y 1563 *(vid. infra)*. En la NsRec. se omite esta referencia.

> ni vigor alguno, quedando solamente en su fuerza, i vigor la lei quarta de este titulo,[158] que trata de la incorporación en nuestro Real Patrimonio de los mineros de oro, plata, i azogue de estos nuestros Reinos, de que se avia hecho merced a personas particulares por partidos, Obispados, i Provincias.

Esta cláusula, que en principio parece ser una derogación orgánica de todo el ordenamiento anterior, no pasó de ser un recurso retórico del legislador, ya que, en sustancia, continuó vigente todo el ordenamiento anterior, salvo algunas complementaciones y novedades que introduce esta ley.

Su gran mérito no fue haber reformado el régimen de la minería, como podría pensarse erróneamente luego de una primera lectura de esta cláusula, sino ser la suma de todos los avances logrados por la evolución legislativa anterior, junto a señalados aspectos agregados por ella misma.[159]

En cuanto a la incorporación en el Real Patrimonio de todas las minas (que es ratificada en la ord. 84, además), no es —en-

---

158 Se refiere a la Pragmática de Valladolid, de 1559, que en la NsRec. corresponde a la ley 3ª del Título respectivo, como se hace constar en tal ordenamiento.

159 En efecto, si bien en un principio deroga expresamente las Pragmáticas de Valladolid, de 1559, y las de Madrid, de 1563, y otros cualesquier *"Derechos, é pragmáticas, i fueros, i costumbres"*, esta derogación opera sólo en cuanto *"fueren contrarias a lo dispuesto en esta ley"*. En realidad, todos los ordenamientos anteriores no son sustancialmente contrarios a esta ley, y las únicas disposiciones que sí pudiesen serlo, serían, a nuestro juicio, las siguientes: 1) la que exige licencia previa (de las Cortes de Nájera, de 1138), y 2) la que exigía licencia del dueño y fijaba diferentes montos de tributos (de las Ordenanzas de 1387), y sólo en esos aspectos; en lo demás no eran contrarias. Por otro lado, la propia pragmática deja en vigor a su símil de 1559, con el objeto de dejar bien en claro que toda esta derogación en ningún caso significa modificar el criterio esencial en esta materia: que las minas constituyen *iura regalia*, que están incorporadas en el "Real Patrimonio". Por último, la derogación de la Pragmática de 1563 es sólo formal, pues, en los hechos, sus disposiciones son virtualmente calcadas en las ords. 3ª a 73 de este cuerpo legal, con sólo algunos complementos menores. GAMBOA (n. 92), p. 3, Nº 4, igualmente, señala que:

> Parece haberse revocado las demás leyes y Ordenanzas [se refiere a las contenidas en la Nueva Recopilación]: con todo, solo recayó la revocacion sobre aquello en que fueren contrarias, y no en mas, quedando por eso insertas en el cuerpo de la Recopilacion unas, y otras, para que en los casos omisos en las nuevas, se observasen las antiguas, por no ser opuestas, ni contrarias a ellas. Y el vigorizar nuevamente la ley 4 [se refiere a la Pragmática de Valladolid, de 1559] fué porque no se entendiese contrario, i revocado un punto tan importante como la incorporacion de todas las Minas de todos los Metales en la Real Corona, quedando en la Ordenanza II de esta ley 9 se vuelve en general á hacer merced de las Minas a los Vasallos; por lo qual fué preciso declarar, que la ley 4 quedaba en su vigor, y fuerza; pero no por esto se entienden revocadas aquellas ordenanzas antiguas que contienen casos, y puntos omisos en la misma ley 9.

tonces— más que una repetición de todo lo anteriormente señalado por la legislación en el mismo sentido;[160] y teniendo presente esto como trasfondo, debe entenderse la forma de conceder los derechos de minas por parte de la Corona.

b) *La obtención de los derechos mineros*

Previo a la obtención de los derechos mineros, es necesario otorgar el acceso a las investigaciones mineras; y en la ord. 16 de este cuerpo legal se mantiene en los mismos términos que en 1563 la facultad de catar y cavar *"en qualesquier heredades"*.[161]

Es importante consignar algunos comentarios de Gamboa en esta materia.[162]

A su parecer:

> Del tenor de estas Ordenanzas se acredita la absoluta libertad de los Vasallos, y tambien de los Extrangeros para buscar Minas en qualesquiera lugares publicos, ó privados, sin que sus dueños puedan impedirlo, en pagándoles el daño, que se tasare por personas peritas. Esto mismo previene la Ordenanza 15 de las antiguas.[163]

---

[160] Aun cuando esto lo hemos dejado suficientemente claro, es instructivo conocer, al respecto, la opinión de GAMBOA (n. 92), quien en el inicio mismo de su libro señala que:

> Por Derecho Comun todas las Venas, ó Minerales de cualesquiera Metales de Oro, Plata, ó de piedras preciosas, eran proprios de los Soberanos, y de su Patrimonio, si estaban en lugares públicos: pero estando en fundos privados, pertenecian al Señor de el fundo; sí bien los dueños de estos, si los trabajaban, debian pagar la decima al Principe, como derecho de Regalía; y si otro de su consentimiento; debia pagar dos diezmos, uno al Principe, y otro al dueño de el mismo fundo.

Donde deja traslucir claramente la influencia que en él ejerció la glosa *"E mineras"* de Gregorio LÓPEZ a las Partidas, que, en la parte pertinente, copia casi textualmente (*vid. infra* III, 2, c); no obstante, mostrando su conocimiento de la legislación de la época, aclara de inmediato, a renglón seguido (p. 10, Nºs. 1 y 2):

> Despues, por casi universal costumbre de todos los Reynos, y por Estatutos, y Leyes particulares de cada uno, todas las venas de metales preciosos, y sus frutos se declararon por Regalía, y Patrimonio de los Reyes, y Principes Soberanos; como de el Imperio, sus Electorados, de Francia, Portugal, Aragon, Cataluña, testifican sus establecimientos, y la relacion de varios AA.

[161] Ord. 16, que corresponde a la 15 de las antiguas (de 1563). *Vid. infra* este parágrafo, 2, a).

[162] GAMBOA (n. 92), pp. 91-99. A esta materia le dedica el cap. IV de su obra.

[163] GAMBOA (n. 92), p. 93, Nº 1.

A su juicio:

> Estas disposiciones son correctivas de el Derecho Comun, y de el antiguo de España: Lo primero, Porque las Minas de los lugares públicos no podian trabajarse sin licencia, como propria Regalía de los Soberanos; y las que estaban en fundos particulares pertenecian al Señor de el fundo, como proprios frutos de él, como puede vérse en (. . .cita, en este lugar, a varios autores), que copiosamente se hacen cargo de los textos de el Derecho Comun, alegando multitud de DD. (doctrinas). Pero por nuestra nueva Ordenanza, ni la licencia de el Principe, ni la de el Señor de el fundo se necesita para buscar Minas.
>
> Lo segundo, que por Derecho Comun, el que con licencia de el dueño de el fundo descubria veta, le debia pagar la decima, y otra al Fisco.[164] Y por la Ordenanza 15. de las antiguas, además de pagar el daño, se debia satisfacer al dueño de el fundo el uno por ciento, antes de deducir lo que se pagaba al Fisco;[165] y este mismo uno por ciento se estableció igualmente en las Ordenanzas de el Perú. Pero por esta Ordenanza 16. de el nuevo Quaderno nada se le debe pagar al dueño de la heredad, ó predio, de la Plata, ú Oro que sé sacare. Y solo al Fisco se le debe el quinto, ó el diezmo, ó la carga que se impusiere.
>
> Y aunque se quiera pretender, que esta Ordenanza 16. se deba suplir por la 15. de las antiguas, para dar el mismo uno por ciento, no debe tener lugar, por disponerse en ella lo contrario en averse omitido de proposito este gravamen, quando todo lo demás se copió en la nueva con las mismas palabras de la antigua. Y esta meditada omisión prueba, que el Principe no quiso disponer lo que antes habia dispuesto en la Ordenanza antigua, quando tan facilmente pudiera haberlo expresado, y no lo hizo.[166]

Se refiere además Gamboa en este capítulo a dos aspectos más, muy apreciables, que sólo de pasada podemos consignar aquí: al límite de esta libertad,[167] y un interesante ejemplo que

---

[164] En este lugar GAMBOA cita la famosa ley romana postclásica *"Cuncti"*, incluso copiándola íntegra en una nota: *"L. Cuncti, Cod. de Metallar. lib. II. Cuncti..."*

[165] En este sitio GAMBOA cita la ord. 15 de las Pragmáticas de 1563 ("antiguas", en su terminología).

[166] GAMBOA (n. 92), pp. 94-95, N°s. 2, 3 y 4.

[167] En cuanto a el'lo, GAMBOA (n. 92), p. 97, N° 8, dice:

> Y como toda facultad que indirectamente pueda resultar en daño de tercero, se debe entender con quanta moderacion sea posible, y con quanto menos daño se pueda causar; será justo, que la Justicia modere la libertad, y el daño, en quanto sea posible. Esto es, que solo á

propone sobre todo por los importantes datos que proporciona para nuestra indagación, y del cual se concluye la defensa que estas Ordenanzas otorgan al derecho del descubridor.[168]

Por otro lado, y de igual modo, se mantiene en las Ordenanzas la obligación de "registrar" la mina *(vid. infra)*; no obstante, a este respecto, se incorporan importantes precisiones: se aclara quién tiene derecho a registrar con preferencia; dice la ord. 22:

> El que primero hallare i descubriere la mina, como primero hallador y descubridor haga primero registro.

Aspecto que hoy en día nos podrá parecer más que obvio, pero que en esa época, por la falta de explicitación de parte de las leyes anteriores, debió haber provocado graves litigios y discordias.

Las Ordenanzas, además, disminuyen el plazo para registrar una mina: *"dentro de diez dias naturales"*. Esta precisión podría

---

los dueños de Minas, de quienes tratan expresamente las Ordenanzas, se tolére el hacer Asiento, Fundicion, Hornos, y otras obras, como consequentes á la labor principal de las Minas.

Agregando, más adelante (Nº 9, p. 98), que este tipo de restricción, por lo demás:

Es conforme al Derecho Comun, para que semejante caucion preocupe la malicia, y el perjuicio que se pueda causar en los edificios, o heredades, en las quales, por el mismo Derecho, no se podia cavar con solo el pretexto de que avia metales.

En este último lugar cita jurisprudencia romana; cita, entre otras, la ley *"Quosdam"*, íntegra: *"Leg. Cod. de Metallar. Quosdam..."*

[168] Señala GAMBOA (n. 12), pp. 98-99, Nº 11:

Pudiese dudar, si encontrada la Mina en fundo ageno, y presentado el metal ante la Justicia, puede el Señor de el fundo pretender la preferencia de descubridor, y excluír al tercero? A que se responde con (...) [cita a varios autores] que el descubridor debe ser preferido al Señor de el fundo, en cumpliendo con lo que previene la Ordenanza sobre el registro. Lo primero, por ser mejor la condicion de aquel que preocupa segun la Ley. Lo segundo, porque la Mina, y veta no es de el fundo, ni vino en su adquisicion, sino que es comun, y de el que primero la ocupa. Lo tercero, porque el que comenzó primero a buscar, y trabajar las vetas tiene la causa prelativa de las Minas, segun Derecho, y segun la Ordenanza de el nuevo Quaderno, donde al primer hallador, y descubridor se le dá el derecho de que registre primero, y se le midan mas varas, con los demás privilegios, que le competen (...). Lo quarto, por ser conveniente á la pública utilidad la indagacion de los metales, y el que se busquen, y caven las Minas por todos los Vasallos, por lo que el Señor de el fundo, ni tiene derecho para prohibirlo, ni acción prelativa contra la diligencia de otros: lo qual se entiende, no solo en los metales preciosos, sino en qualesquiera otra lapidicina.

Por otro lado, en este sitio sigue citando profusamente jurisprudencia romana, consignando como fundamento de tales afirmaciones la ley postclásica *"Perpensa deliberatione"*, señalando, en la parte pertinente: *"Quasi publica utilitati, qua in metallorum indagatione consistit, maxime expediat á pluribus metalla perquiri, O effodi. L. Cod. de Metallariis"*.

indicar, con la expresión "dentro de", su carácter fatal, improrrogable; y con la expresión "naturales", el hecho de que en su recuento no se suspendía en feriados; se trasluce, por lo visto, la intención de que estos descubrimientos se registren pronto.

De todo lo anterior aparece claro, además, que las "mercedes" de minas a que se refieren las ords. 14 y 84, venían a ser reemplazadas, como lo habían inaugurado las Ordenanzas de 1563, por un procedimiento concesional que aquí se perfecciona aún más, introduciéndose mayores y mejores normas procedimentales para el estacamiento de las minas por parte de los descubridores (ords. 22 a 34). Por otro lado, se aumenta la extensión de cada mina a *"ciento i sesenta varas de medir por la vena en largo y ochenta en ancho"*.[169]

En esta perspectiva debe ser interpretada la segunda ordenanza de este ordenamiento de 1584, muy expresiva respecto al alcance de los derechos mineros que ha obtenido un descubridor:

> Y por hacer bien i merced á nuestros subditos, i naturales, i á otras cualesquier personas, aunque sean estrangeros de estos nuestros reinos, que beneficiaren, i descubrieren qualesquier minas de plata, descubiertas, i por descubrir; queremos, i mandamos, que las ayan, i sean suyas proprias en possession, i en propriedad, i que puedan hacer, i hagan de ellas, como de cosa propria suya, guardando, ansi en lo que nos han de pagar por nuestro derecho, como en todo lo demas, lo dispuesto, i ordenado por esta Pragmática.

No debe confundirse esta *"possession"* y *"propriedad"* con una transferencia que efectúe el reino a favor del particular una vez concedido su derecho a explotar; es precisamente sólo esto último lo que se le concede al particular: el derecho a explotar; de la misma manera que en Roma, y como ha seguido siendo hasta el día de hoy.

El particular sólo tendrá la propiedad y posesión de su derecho y de los beneficios. Es ésta la única interpretación que se

---

[169] Se elimina la pertenencia que después de la del primer descubridor se reservaba la Corona (ord. 22, de 1563), y el límite que aquel ordenamiento establecía en cuanto a que ninguna persona podía tomar más de dos minas en una vena (ord. 31 de las antiguas). Ahora, por la ord. 31, de 1584, se establece que:

> El primero hallador y descubridor de las dichas minas pueda tomar todas las estacas y pertenencias que quisiere, guardando en ello lo contenido en las ordenanzas que desto tratan; y asimismo pueda tener y poseer todas quantas minas y pertenencias comprare o heredare, o le pertenecieren por qualquier título o causa.

Copiamos textualmente estos términos tan expresivos en cuanto a la naturaleza jurídica que se les atribuía a los derechos mineros, o "pertenencias", como los llama esta ordenanza.

compadece con los principios del régimen jurídico que se establece en estas Ordenanzas, a través del cual se obtiene un derecho (o "pertenencia", como a veces lo dicen las propias ordenanzas) que, no obstante adquirirse a través de clarísimos procedimientos, puede caducar ya sea por el incumplimiento de un plazo, por una denuncia ajena, por no cumplimiento de las obligaciones respectivas, etc.

Por lo demás, sería una especulación pensar en traspasos ficticios de una propiedad, que incluso es desconocida en su exacta magnitud (como las vetas minerales que se hunden en la tierra, muy lejos de la posibilidad de observación de los ojos), ya sea entre la Corona y el particular, o entre particulares en caso de denuncia. La lógica nos incita a pensar en que el particular tiene la propiedad de su "pertenencia", o de su derecho a explotar; del mismo modo que es propietario de todas las construcciones y empalizadas que constituyen la mina o pozo, en sentido industrial; y, en fin, del mismo modo que es propietario de los beneficios de la mina, una vez deducida la parte que corresponde a la Corona, a título de impuestos.

Todo esto se verá claro cuando verifiquemos la obligación de trabajo efectivo que se le impone al tiular de este derecho, para su conservación *(vid. infra)*, y que despeja toda duda que pudiese suscitar la ord. 2ª transcrita, y hacer pensar —erróneamente— en un derecho de propiedad a favor del particular, hipótesis esta que está muy lejos de la realidad de las cosas.

c) *La opinión de Gamboa*

Su opinión al respecto es bastante particular, y conviene conocerla.

Señala que para él resulta clarísimo *"que en su origen todos los metales son del Real Patrimonio"*, agregando que:

> Convence lo mismo el no poderse trabajar Mina nueva sin registro, ni Mina vieja despoblada sin denunciarla, y registrarla ante la Justicia, ni medirse, ni labrarse la Mina á discrecion, sino con respecto a lo dispuesto en las Ordenanzas, y Leyes, reconociendo al Rey, y en su nombre á la Justicia. Y por las Leyes de Indias debe preceder licencia para los descubrimientos de Minas, y hostiales de Perlas, y juramento, de que se hará manifestacion de ello, para el cobro de la Real Hacienda. Y esto mismo se afianza en la libertad de buscar las Minas en fundo ageno, sin poderlo impedir el dueño, en resarciendole el daño: que por el Derecho Comun

> no era regularmente tolerado, [como hemos visto][170] si la potestad Real no lo permitiese por el alto dominio sobre ellas, y entenderse reservadas para bien de los Vasallos, para que todos puedan buscarlas y aprovecharlas, pero aun de las mismas Leyes de Castilla, é Indias se toma el mayor fundamento: pues solo quieren hacer participantes[171] á los Vasallos, sin darles el dominio privado, y absoluto para usar de ellas libremente, sino con sujecion a las Ordenanzas. Y así, aunque les concedieron dominio, y propriedad, es por participacion, y no por translacion absoluta, quedando al alto dominio en S.M.
>
> Por lo cual, en el sentido de la verdad, se debe decir, que S.M. mantiene en su Corona las Minas, y no pudiendolas por su cuenta trabajar, dió parte á los Vasallos con varios gravamenes, y restricciones.[172]

Rebatiendo, más adelante, a Lagunez[173] —en cuanto éste señalaba que por ser las minas en las Indias comunes y pagar el quinto, ya no serían del rey—, Gamboa afirma, en contrario:

> Ni favorecen el sentir de Lagunez las razones que alega. Pues la primera de estar declaradas las Minas, por comunes en Indias, pagando el quinto; prueba la incorporacion en la Corona por el mismo reconocimiento de la paga de el quinto, y de las otras obligaciones, á que están sujetos los Mineros: Lo segundo: que aunque pertenezcan á los privados en posesion, y propriedad, basta el que reconozcan con cierta porcion al Fisco, para que se estimen por Regalía (...). Lo tercero, que por las Leyes de Castilla,[174] se concedieron *en posesion, y propriedad* las Minas á los Vasallos, para disponer,

---

[170] En este punto GAMBOA cita su *"Ubi. sup. n. 1"*, que nosotros hemos transcrito en n. 160.

[171] En este punto GAMBOA cita lo siguiente:

Ley 4, tit. 13, lib. 6, de Castilla, cap. 2: *Que los nuestros subditos, y naturales participen, y ayan parte.*
Ley I, tit. 10, lib. 8, de Indias, ibi: *Porque nuestra voluntad es hacer merced de las otras quatro partes, para que cada uno pueda disponer de ellas.*

Aquélla corresponde a la Pragmática de Valladolid, de 1559; y ésta a la Recopilación de Indias.

[172] GAMBOA (n. 92), pp. 16 y 17, Nºs. 19 y 20.

[173] *Vid.*, con el objeto de confrontar lo correcta que es la cita: LAGUNEZ, Mathiae, *Tractatus De Fructibus* (Genevae, Sumptibus Fratum de Tournes, 1757), p. 72, Nº 63 (sobre los *metalla*, ver todo el cap. 10 de la primera parte de la obra de LAGUNEZ, con amplias citas de jurisprudencia, de leyes romanas y de autores medievales, pp. 67-72).

[174] Cita en este punto: "L. 4 y 5, tit. 13, lib. 6, de Cast.", que corresponde a las Pragmáticas de 1559 y a las de 1563, respectivamente.

como en cosa propria, y buscarlas en todas partes, que es mas expresivo, que ser comunes á todos, de que usa la Ley de Indias; y al mismo tiempo se incorporaron todas las Minas de España en la Corona, estuvieren en lugares públicos, ó privados; como que la incorporacion no se hizo, como dice la Ley,[175] para trabajarlas de cuenta de S.M. sino para que los Vasallos participasen de el beneficio, pagando el tercio, quarto, ó quinto. Y asi se compone bien la Regalía, é incorporacion con ser comunes, y libres las Minas para todos, y con el dominio, y propriedad de los Vasallos.[176]

Precisando más este derecho de los particulares, Gamboa apunta:

Quedando, pues, establecida la Regalía de S.M. en las Minas de las Indias, y ajustarse bien con el dominio, y propriedad de los Vasallos; es inconcuso, que pasando, como pasa, á estos, para que puedan disponer de ellas como cosa suya, se verifican a su favor los efectos de la propriedad, y dominio, para permutarlas, venderlas, locarlas, y enagenarlas por contrato, donacion o herencia, darlas en dote, imponerles censos, y pedir reditos de el precio, mientra no se pagáre. . ."[177]

Agregando:

Y pasa a los Vasallos este dominio directo, ó propriedad, y tambien el util, por virtud de la merced, y concesion de el Soberano, la que no dudamos llamar una modal donacion, atendidas las reglas con que ésta se mide en el Derecho, que se reducen a ser un acto perfecto, y liberal, despues de cuya consumacion se grava el donatario por el tiempo futuro, aunque las palabras se pongan á modo de condicion; y que por falta de el modo final, que estipúla á su favor el donante, ó de otro tercero, ó de el Reyno, ó de la República, expira la donacion, como puede verse en varios textos, y DD.[178]

La interesantísima tesis de Gamboa, que no podemos detenernos a analizar, y que sólo apuntamos, la concluye éste —en definitiva— así:

Las que se adaptan rectamente á esta Ordenanza segunda: en que dona S.M. *y hace gracia, y merced á sus Vasallos de la propriedad, y posesion de las Minas descubiertas, ó por descubrir, y que dispongan como de cosa propria suya:* que es el

---

175 Cita la "L. 4, tit. 13, lib. 6, de Cast., cap. 2", esto es, las Pragmáticas de 1559, sólo en cuanto se refiere a participación.

176 GAMBOA (n. 92), pp. 17-18, Nº 21.

177 GAMBOA (n. 92), p. 19, Nº 24.

178 GAMBOA (n. 92), pp. 19-20, Nº 25 [DD = doctrinas].

acto perfecto de donacion; pues por la merced no se paga precio alguno, ni para registrar, ó denunciar. *Pero guardando* [prosigue la Ordenanza] *asi en lo que nos han de pagar por nuestro Derecho, como en todo lo demás, lo dispuesto, y ordenado por esta Pragmatica en la manera siguiente:* que es el gravamen, ó modo que mira a la paga de el quinto en lo futuro, y a la Observancia de las Ordenanzas, en lo que concierne á la labor, pueble, medidas, y demás, que debe guardarse, y por cuya omision, ó defecto, queda extinguido el dominio, y la Mina denunciable por qualquiera otro tercero.[179]

d) *Tres obligaciones básicas*

Del mismo modo que se había establecido desde las Ordenanzas Antiguas, de 1559, y complementado en las Pragmáticas, de 1563, en estas ordenanzas se mantienen las tres obligaciones básicas para que los mineros puedan conservar su derecho a explotar: 1ª ahondar la mina; 2ª tenerla poblada, y 3ª pagar los tributos.

Los dos primeros aspectos se refieren a lo que llamamos "trabajo efectivo". La ord. 35 señala claramente la primera de estas obligaciones del siguiente modo:

Item ordenamos y mandamos, que todas y qualesquier personas que tuvieren, tomaren y adquirieren minas, así en las descubiertas como en las que de aquí adelante se descubrieren, sean obligados dentro de tres meses, que corran desde el día que registraren las dichas minas, á ahondar en las minas nuevas una de las catas que dieren en ellas, y en las viejas uno de los pozos que tuvieren vena ó metal, tres estados, cada estado de siete tercias de vara de medir; so pena que si no las ahondaren y tuvieren ahondados los dichos tres estados, pasados los dichos tres meses las hayan perdido y pierdan, y sean del que lo denunciare; y la Justicia de nuestras minas meta luego en la posesión al tal denunciador con el mismo cargo de ahondar los dichos tres estados en el dicho término, sin embargo de qualquier apelación, nulidad ó agravio que de ello se interponga.[180]

---

179 GAMBOA (n. 92), p. 20, Nº 26. Enfasis en el original.

180 Según GAMBOA (n. 92), p. 313, Nº 4, del cap. XVI: *De el ahonde de los tres estados:*

La causa de mandar ahondar quando menos tres estados, cada uno de siete tercias de vara de medir, que hasen siete varas Castellanas, es, porque en ese termino, y profundidad se descubre, aclara, y afirma la veta, manifestando la ley de el metal con mas certidumbre que en el principio, como lo enseña la experiencia.

El interés en que las minas sean labradas efectivamente se manifiesta en la ord. 37, de acuerdo a la cual todos estaban obligados a tenerlas pobladas, *"por lo menos con quatro personas cada una mina ó pertenencia"*, so pena:

> Que qualquier mina que no estuviere poblada y beneficiandose con las dichas quatro personas (...) por el mismo caso las haya perdido y pierda la persona cuya fuere, y dende en adelante no tenga derecho ninguno a ella.[181]

Gamboa apunta al respecto:

> De donde se sigue, que no basta el tener posesion en la Mina, para decirse poblada, por ser distinta la posesion de el pueble: consiste aquella en la custodia, en la recepcion de el instrumento del dominio, en la tradicion, y recibo de las llaves, y en qualquiera acto corporeo de arrancar ramos, tirar piedras, y pasearse en qualquiera parte del fundo, ó en otro acto ficto con el ánimo, é intencion de poseer el todo, como se puede ver en varios textos, y DD. Pero el pueble consiste en el trabajo de las quatro personas, dentro, ó fuera de la Mina, con tal, que sea dirigido a su labor, y habilitacion; de forma, que puede estar poseída, y al mismo tiempo despoblada: púede tener guarda, y custodia, y estar sin pueble, por pedirse para este indispensablemente los quatro peones, y trabajadores: sin que baste para evitar la pena el hacer actos posesorios, sin el preciso del pueble.
> Este se verifica, no solo en que corten metal los Barreteros, sino en que saquen agua, ó hagan qualquiera otro beneficio dentro, ó fuera de la Mina: por dentro, ó haciendo faena, quando se emborrascan las Vetas, ó formando Pilares, ó dando Lumbreras, ó haciendo Charqueos interiores, ó ademando los Pilares, y labores; esto es, cubriendolas de ma-

---

Esto tiene tal importancia para la legislación, que GAMBOA (mismo cap., p. 316, N° 11) se detiene a recordar:

> Que al tiempo que se reconoce el ahonde, se pide, y dá posesion de la Mina á los tres meses de averla registrado; de forma, que sin profundarla, parece que el Minero no tiene derecho adquirido para entrarle en posesion, como á legitimo dueño, por faltarle la condicion, y forma, baxo de la qual la Ordenanza le atribuye la propriedad, y dominio.

[181] Los términos son idénticos a la ord. 37, de las antiguas, según la transcribimos *infra* 2. c). No obstante, se agrega ahora esta curiosa, para nuestra época, excepción (que incluso será repetida en el siglo XIX por la Ley de Minas española del año 1825):

> ...Pero que si por algun justo impedimento, que se entiende guerra, mortandad ó hambre que hubiere en la parte y lugar en cuya jurisdicción estuviere la dicha mina y veinte leguas al derredor, no se pudiere tener poblada con los dichos quatro hombres, en estos casos no corra el término de los dichos quatro meses...

dera para sostenerlas. Por fuera, se entiende dar Socabón, Tiro, ademar el Tiro, correr Cañon, dar Contramina, desaguar por medio de las Máquinas, ó Malacates; y en suma, por qualquier acto dirigido a la habilitacion de la mina, en que los quatro individuos se ocupen, se entiende legitimamente poblada, como que mira al beneficio de la labor de ella. De lo que resulta que debiendo el pueble ser dirigido al beneficio de la Mina, dentro, ó fuera de ella; por consiguiente el beneficiar metales en las haciendas de Azogues, ó Fundicion, no se dice pueble, por no ser beneficio de la Mina, sino de el Metal: *ni tampoco el disponer de Máquinas*, y Utensilios, ni los demas instrumentos necesarios; pues aunque sean para el fin de labrar la Mina, no son operaciones directas a su habilitacion, y desfrute de sus metales, ó respiracion de sus labores; y quando la Ordenanza pide el pueble de las quatro personas para sacar, metal, agua, tierra, ú otro qualquier beneficio de la Mina, yá supone los medios necesarios a este fin, como son los Instrumentos, Máquinas y demás Utensilios, que demanda el Arte.[182]

Por otro lado, la tributación se reglamenta en las ords. 3ª a 12, de un modo similar a la anterior pragmática, variando sólo levemente sus montos; del mismo modo, se mantienen las normas sobre fiscalización del pago de la participación de la Corona, en las ords. 53 a 62.[183]

e) *Una intensa intervención administrativa*

Uno de los aspectos más interesantes de estas ordenanzas es haber visualizado la necesidad de una intensa intervención administrativa,[184] bastante más que lo que se disponía en la anterior legislación.[185]

---

[182] GAMBOA (n. 92), pp. 325-326, Nos. 3, 4 y 5 (cap. XVII).

[183] *Vid. infra* 2. d). GAMBOA (n. 92) estudia detenidamente ambos aspectos: en el cap. III (pp. 65-91) revisa toda la tributación que se ha aplicado a las minas, pasando revista a todas las leyes mineras antiguas, y dando riquísimos antecedentes sobre Indias; en el cap. XXII (pp. 384-442) revisa minuciosamente el aspecto del beneficio de los metales y fundición, en general, y en lo tocante a los arbitrios necesarios para evitar la contravención de las ordenanzas en cuanto al pago de los tributos.

[184] Las razones son expuestas al inicio de la ord. 77, enteramente nueva y diferente a todo lo establecido en las Ordenanzas de 1563, que reza así:

Item, por quanto tenemos relacion, que una de las cosas que impide la buena orden y beneficio de las minas, que al presente estan descubiertas, y que no se busquen ni descubran otras de nuevo, es los pleytos y debates que en ellas, y entre la gente que en ellas anda y

Así, había un Administrador que cumplía el papel de supervisor técnico; en efecto, para evitar que en una mina se hiciesen los pozos "*dende la superficie muy juntos, y ahondarlos de un tiron sin hacer descansos,* [de lo que] *se siguen graves inconvenientes y daños, asi para lo que toca a la perpetuidad, como por no poderse labrar ni desaguar con comodidad*", se dispone lo siguiente en la ord. 74:

> Que quando de aqui adelante se descubriere alguna mina nueva, los pozos que se hobieren de seguir se hagan diez varas uno de otro, y que cada pozo tenga de hondo catorce estados; y si se hobiere de ahondar más, se haga una mineta que antes se ahonde mas, y de alli se forme otro pozo; pero porque en muchas partes no se hallará disposición para guardar este orden, en tal caso se hará lo que pareciere mas convenir, con parecer del Administrador del partido, y de los demas Mineros que desto entendieren.

De igual modo es la intervención que se establece al frente de las fundiciones de metales, con el objeto de resguardar el interés de la Corona, de acuerdo a lo que se señala en la ord. 75.[186] Pero es, sin duda, la ord. 77 la más interesante, por cuanto instrumenta una generalizada, y ya más organizada, intervención a

---

trabaja, se ofrecen, y las molestias y vexaciones que las Justicias y otras personas hacen á los ministros y trabajadores que en ellas andan, así por no tener las dichas Justicias la práctica y experiencia que conviene en negocios de minas, como por proceder en las causas larga y ordinariamente, con lo qual ante ellos, y en los Tribunales adonde van en grado de apelación, las partes gastan y consumen sus haciendas, y se imposibilitan de entender en el descubrimiento y beneficio de las dichas minas, de que se sigue notable daño y perjuicio á Nos y á estos nuestros Reynos y súbditos dellos: para el remedio de lo qual, como cosa que tanto importa, y para que todos se animen al descubrimiento, labor y beneficio de las dichas minas...

Y con este objeto, sigue la ordenanza, se nombra un "Administrador General" y Administradores por "partidos", con las funciones que señalamos en el texto principal.

[185] *Vid. infra* 2, e).

[186] Esta ord. 75 dispone:

Item, porque tenemos relación, que por no ensayarse los metales para las fundiciones, ni los plomos ricos para las afinaciones, hay grandes descuidos en los fundidores y afinadores, de que no solamente resulta daño para nuestra Hacienda, pero para los particulares, y demas desto podria haber muchos fraudes; para remedio de lo qual ordenamos y mandamos, que nuestro Administrador General y de los partidos tenga gran cuidado en procurar, que donde hobiere congregacion de minas juntas, haya Ensayadores juramentados, asi para los metales que se fundieren, como para los plomos ricos que se hobieren de afinar, para que los fundidores y afinadores respondan con las fundiciones y afinaciones que se hicieren, conforme a los ensayes que se hobieren hecho.

través de un Administrador General, y Administradores de partidos, los cuales tenían *el gobierno i jurisdiccion de todas las Minas i cosas á ellas tocantes*"; el texto de esta ordenanza es expresivo:

> Habemos acordado nombrar y nombraremos un Administrador General, y los demás administradores que fueren menester por los partidos y distritos que fueren señalados, que sean prácticos y de experiencia en semejantes cosas; los quales tengan el gobierno y jurisdiccion de todas las dichas minas y cosas á ellas tocantes, y sean superiores á las demas personas que en ellas entendieren, y tengan cuenta y razon dellas, y cuidado particular de que se haga, guarde y cumpla todo lo contenido en estas ordenanzas, y las executen y hagan guardar y cumplir, conforme á la órden é instrucciones que les mandáremos dar en conformidad dellas; los quales tengan jurisdiccion para conocer, y conozcan en primera instancia de todos los pleytos, y causas y negocios civiles y criminales y de execucion, que en qualquier manera hobiere y se ofrecieren y trataren en cada distrito, de que puedan y deban conocer conforme á estas ordenanzas.[187]

Este mandato jurisdiccional importa de tal manera al legislador, que dispone lo siguiente, a renglón seguido:

> Y mandamos á las nuestras Justicias, así ordinarias como de Hermandad y de comision, y otras qualesquier destos nuestros Reynos y á las de Señorio, que no se entremetan en el conocimiento de las dichas causas tocantes y concernientes á las dichas minas, y á las personas y bestias, y bueyes y carretas que en ellas y en su beneficio sirvieren, y trabajaren y se ocuparen; ni procedan ni admitan demandas ni pedimentos, ni querellas ni otra cosa alguna de su

---

[187] El conocimiento de tales causas, de acuerdo a la misma ord. 77, se hacía de esta manera:

> Que de las causas que así se ofrecieren, conozca el Administrador General, hallándose en el distrito del partido donde acaeciere, y si no se hallare en él conozca dellas el Administrador de tal partido: y las causas de que así conociere el dicho Administrador General, si se ausentare del dicho partido, las dexe remitidas, en el estado que estuvieren, al Administrador del dicho partido, el qual las prosiga y fenezca conforme á estas ordenanzas: y si el dicho Administrador General volviere al dicho partido, y hallare por sentenciar las causas que así dexó remitidas, las pueda avocar á sí, y conocer dellas en tanto que allí estuviere; á los quales Administrador General y Administradores de los partidos mandamos, que en los casos y negocios de que conocieren, hagan y administren justicia á las partes breve y sumariamente, conforme á estas Ordenanzas, de manera que por razon de los dichos pleytos no se impida ni embarace la labor y beneficio de las dichas minas.

oficio ni á pedimento de partes, sobre todo lo suso dicho ni parte alguna dello; y si algunas estuvieren pendientes ante ellos, las remitan luego á los dichos Administradores de cada partido, para que como Jueces dellas conozcan, y hagan justicia á las partes. Y por la presente inhibimos y habemos por inhibidos á las dichas Justicias y Jueces ordinarios y de comision, y otros qualesquier que sean, para que no puedan conocer ni conozcan en manera alguna de las dichas causas.[188]

2. Pragmáticas de Madrid, de 1563

Los otros dos ordenamientos de la Edad Moderna no tienen menos importancia que el ya estudiado; en 1559 se dictan las Pragmáticas de Valladolid (que analizaremos *infra* 3), y sólo cuatro años más tarde, en 1563, se dictarían las Pragmáticas de Madrid.[189]

La dictación en un plazo tan breve de unas "Ordenanzas nuevas de las minas", no debe considerarse una modificación de fondo del sistema establecido, sino sencillamente como lo dice en forma muy precisa esta ley: *"no embargante la parte, que está señalada por la dicha Pragmática"*, refiriéndose a la Pragmática de Valladolid, de 1559 (expresión repetida en sus ords. 1ª, 7ª, 8ª, 9ª, etc.). Incluso, recuérdese que la dictación de este nuevo cuerpo legal lo había ya anunciado la anterior pragmática: *"...por la orden y en el tiempo que por las ordenanzas se declarará..."*.[190] De tal modo que en estas Pragmáticas de 1563 encontraremos constantes alusiones a *"la Ordenanza antes desta"*, a quien se remite en varios aspectos que ella entrará sólo a complementar o modificar.

Nos referiremos a los extremos más importantes que reglamenta esta "Ordenanza nueva", no incluyendo la cuestión del dominio real sobre las minas, como *iura regalia*, que es un aspecto que ni siquiera se menciona en este cuerpo legal, por ser —pensamos—, a estas alturas, un aspecto más que obvio, y ya perfectamente aclarado en la legislación anterior.

---

188 *Vid.*, además, las ords. 79 a 83, que otorgan facultades de intervención técnico-administrativas a estos funcionarios, del mismo modo anterior.

189 Este texto legal sólo es recogido en NRec. 6. 13. 5, bajo el epígrafe *"En que se ponen las Ordenanzas nuevas de las minas"*, precisamente porque su contenido será copiado casi textualmente por el posterior ordenamiento de 1584, según se ha señalado reiteradamente al analizarlo *supra*.

190 *Vid.* parte pertinente de la ord. 6ª, que así lo declara, transcrita en n. 197.

a) *La facultad de catar y cavar*

En cuanto a la facultad de catar y cavar, se reitera tan importante derecho, explicitándolo ahora incluso a favor de los extranjeros (ord. 15):

> Mandamos que todas, i qualesquier personas, aunque sean estrangeros, puedan libremente buscar minas de oro, i plata, i las demás, que por estas nuestras Ordenanzas van declaradas, i catar, i hacer todas las diligencias necessarias, para descubrir los dichos metales en todos los dichos nuestros Reinos, i Señorios de la Corona de Castilla (...), en los campos, montes, valdíos, egidos, dehessas nuestras y de Pueblos, ó de personas particulares, i en qualesquier heredades, sin que en ello por los Señores, ni por otra persona alguna se les pueda poner, ni ponga impedimiento ni contradicción.

b) *El registro de las minas*

Se reglamenta la obligación de registrar las minas descubiertas, formándose así un registro general, en forma similar a la Pragmática anterior, complementada por algunas normas con el evidente objeto de evitar pleitos entre los descubridores de minas, lo que fue la base de posteriores precisiones por parte de la legislación; así, en su ord. 21 señala que:

> El primero, que hallare, i descubriere mina, como primero hallador, i descubridor, haga primero registro, i goce de la medida, que como tal ha de tener, y destacarse como le paresciere, i le estuviere mejor, aunque alcance, i tome dentro de sus estacas la cata, ó catas (...), i los demás, que después dél vinieren, por su orden se han de ir estacando, i mejorando, haciendo estaca fixa, segun dicho es; i si dos, ó mas vinieren juntos, breve, i sumariamente se averigue qual fue el primer hallador i descubridor; i el que se averiguare ser primero, se prefiera, reservando su derecho á salvo al que todavia pretendiere ser primero hallador.

Se legisla, además, sobre las medidas de las minas, que se aumentan *"según se contiene en la Ordenanza antes desta"*, estableciéndose ahora *"que este tal goce de ciento i veinte varas de medir por la vena en largo, i sesenta en ancho"*; se dispone que a continuación de esta mina se reservará otra para la Corona (*"ha de quedar una mina para Nos de la misma medida que la suya"*), pudiendo los demás mineros registrar a continuación de ésta (*"i los que después del primero descubridor ovieren tomado*

minas, ó de aqui adelante las tomaren, guardando la tal mina, que para Nos á de quedar á las estacas del dicho primero descubridor, vayan tomando, i haciendo sus minas"), pero siendo estas últimas de menores dimensiones: de 100 varas de largo por 50 de ancho.[191] Se establecía además la obligación de estacar las minas, y la forma de realizarlo, en una minuciosa reglamentación (ords. 23 a la 30).

Así, ya ha quedado claro que a través del procedimiento que aquí se establece —casi "concesional", según la concepción moderna, podríamos decir—, quedan reemplazadas las "mercedes de minas" (*vid.*, especialmente, ord. 13) que se otorgaban con anterioridad. Es por lo demás el sistema establecido ya por la Pragmática de 1559, y que ésta no hace más que ratificar y complementar.

c) *El trabajo efectivo*

Es en cuanto al punto del trabajo efectivo donde aparece más clara la complementación de esta pragmática a la anterior; de acuerdo a las disposiciones de 1559, el minero debía, dentro de seis meses, *"ahondar y cavar"* la mina, luego de lo cual estaba obligado a tenerlas *"pobladas, i labrarlas segun, i por la orden, i en el tiempo que por las ordenanzas se declarará"*.[192] Pues bien, en estas ordenanzas se restringe aquel plazo a tres meses, bajo la misma sanción (ord. 37):

> Só pena, que si no las ahondaren (...), passados los dichos tres meses las ayan perdido, i pierdan, i sean del que lo denunciare.

Junto a lo cual, se reglamenta la obligación de "poblar" las dichas minas, en sus ords. 40 a 42, teniendo para ello como justificación lo señalado en este expresivo párrafo con que se inicia la ord. 40:

> Iten por quanto suele acaescer que algunas personas tienen muchas minas tomadas, i compradas, ó avidas en otra qualquier manera, i no las labran, ni benefician, ó porque no pueden, ó por labrar las que tienen por mejores, i ansi dexan de ahondar las que no se labran, i de descubrir, i sacar me-

---

[191] En el caso de minas de oro (para cuya reglamentación están destinadas las ords. finales 74 a 78, bajo el epígrafe *"Las Ordenanzas para las minas de oro"*) las dimensiones eran menores: *"cincuenta varas de medir en largo, i veinte i cinco en ancho"* (ord. 75).

[192] *Vid.* ord. 6ª de las Pragmáticas de 1559, *infra* 3 en el texto, y en n. 197, donde aparece el texto transcrito.

tales dellas, i algunas veces mejores, que los que se sacan de las que se siguen, i también las dichas minas, que dexan por labrar se hinchen de agua, i hacen daño á las otras minas vecinas, i comarcanas, que se labran, i van más hondas que ellas.

Y esto es lo que produce la reacción del legislador de 1563, en el sentido siguiente:

Por tanto, para que cessen estos inconvenientes, i otros que de no labrarse se siguen, i podrian seguir, ordenamos, i mandamos que todos sean obligados á tener sus minas pobladas con quatro personas cada una por lo menos, agora sean señores enteramente de las dichas minas, ó las tengan en compañía, porque de qualquier manera que sea, con las dichas quatro personas en cada mina se cumple, para que sea visto tener pobladas las dichas minas; las quales dichas quatro personas entiendan en la labor de la mina donde poblaren, só pena que qualquier mina, que no estuviere poblada con las dichas quatro personas, segun dicho es, tiempo de dos meses continuos, por el mesmo caso la aya perdido, i pierda la persona, cuya fuere, i dende en adelante no tenga derecho alguno á ella, si no fuere haciendo nuevo registro della, i las demás diligencias conforme á estas Ordenanzas; i la dicha mina se adjudique al que la denunciare por despoblada, con que haga las dichas diligencias.[193]

---

[193] Con el objeto de ilustrar la relevancia que el legislador le otorgó a este aspecto, es importante conocer con la minuciosidad que estableció el procedimiento a seguir; éste es el texto de la ord. 41 de la Pragmática:

Iten ordenamos, i mandamos que para que alguna mina se haya de declarar, i pronunciar por despoblada, la persona, que la viniere á denunciar, parezca ante la Justicia, i haga la denunciacion; declarando en ella el cerro, ó parte, donde está la dicha mina, i a cuyas estacas, si la oviere, i en que estado está de hondo, i si tiene metal, ó no; i dentro de quarenta dias, citada la parte, pudiendo ser avida en persona, ó en su casa, si la tuviere, en las minas, donde acaesciere, ó en la comarca, si comodamente se pudiere hacer, diciendolo ó haciendolo saber a su mujer, ó hijos, ó criados, o al vecino, ó vecinos más cercanos, de manera, que pueda venir a su noticia, i no pudiendo ser avido, ni teniendo casa, segun dicho es, por edictos, i pregones en la forma que adelante se dirá, se averigue aver estado la dicha mina despoblada los dichos dos meses, i dentro de quarenta dias que corran desde el dia, que hiciere la dicha denunciacion, ambas partes puedan alegar, i probar lo que les conviniere, i con lo que en ello en el dicho término se hiciere, sin otra conclusion, ni prorogacion alguna se determine la causa; i si se pronunciare la dicha mina por despoblada, como tal se adjudique al dicho denunciador, i se le dé luego la possesion de ella, sin embargo de qualquier apelacion, nulidad, ó agravio, que de lo que assi se pronunciare, se interponga; con que la tal persona a quien la dicha mina se adjudicare, sea obligado dentro de tres meses a ahondar la cata della, que le paresciere, i ponerla tres estados mas honda

d) *Los tributos y su fiscalización*

En esta ley no sólo es preocupación detallar claramente el monto de los tributos que corresponde a cada tipo de mineral, sino también su fiscalización; ambos aspectos novedosos en relación con el ordenamiento anterior. En las ords. 2 a 12 se fijan las nuevas formas de contribución que, en el caso de la plata, iba desde *"la octava parte de la plata que de la dicha mina se sacare"*, hasta la mitad según fuese su *"bondad, qualidad y riqueza"*; en el caso del oro, el tributo alcanzaba igualmente a la mitad; se estableció también un régimen tributario más generoso a favor de las minas viejas, y de las de plomo, alcohol y cobre.[194]

La ley aclaraba que todas las partes señaladas *"se entienden que nos han de ser pagadas en plata en las casas de afinaciones"* (ord. 12), lugares estos últimos donde, por mandato de la ley, debía ejercerse una activa fiscalización por parte de *"nuestro Administrador General"*, con el visible objeto de no descuidar el pago de los tributos, y que los mineros, luego de fundir los metales, entregasen a la Corona la participación pertinente (ords. 56 a 66, en general; y 77 y 78, respecto del oro).

e) *El Administrador General*

La ord. 43 da cuenta de la existencia de un Administrador General, quien, entre otras funciones, debía tener:

> ...especial cuidado de visitar las dichas minas, i dar orden como todas anden limpias, i desaguadas, i se labren, i beneficien.

Pero no sólo este aspecto debía cuidar el Administrador General, sino que también, como se ha visto, le correspondía ser el tenedor y gestor del *"libro i registro general"* de las minas y el fiscalizador de la fundición de metales, en resguardo de los derechos de la Corona. Su papel, aparte de estas funciones, hasta ahora, es algo difuso; no obstante, ello cambiaría, según hemos

---

de lo que estaba al tiempo, que hizo la denunciacion, i para ello se mida: lo qual haga, i cumpla, só pena de perderla, i que se adjudique al que la denunciare con la misma obligacion, i só la misma pena...

Con la misma minuciosidad, la siguiente ord. 42 trata el caso de *"denunciarse alguna mina por despoblada, que no parezca tener dueño, ó si lo tuviere, que esté ausente"*.

[194] En general, el metal que se sacaba de las minas viejas pagaba la octava parte (ord. 8ª); el cobre, la *"veintena"* parte; el alcohol, la octava parte, y el plomo pobre, la *"quincena"* parte, todo ello libre de costas (ord. 11).

visto, sustancialmente en 1584, con las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno.

3. Ordenanzas Antiguas, de 1559

Estas ordenanzas de 1559,[195] también llamadas Pragmáticas de Valladolid, fueron dadas durante el reinado de Felipe II, y en su ausencia por la princesa doña Juana.

a) *La "incorporación de las minas"*

Estas ordenanzas tuvieron la finalidad de mejorar el aspecto concesional, otorgando nuevas exigencias y dibujando un moderno régimen minero; su preámbulo es claro al respecto:

> Y como quiera que por la ley que el Señor Rey Don Juan el I. hizo, á todos se ha permitido, que tengan facultad de buscar, y cavar y beneficiar los dichos mineros y metales, y que por la misma ley esté señalada la parte que han de haber, todavía, a lo que por experiencia se ha visto y ve, son pocas las minas que se han descubierto y labrado, y descubren y labran; y aun diz que algunos, que tienen noticia de mineras ricas y de provecho, las tienen encubiertas, y las no quieren descubrir ni manifestar; lo qual somos informados, que entre otras causas ha procedido y procede de se haber hecho merced de la mayor parte de los dichos mineros á caballeros y á otras personas en este Reyno, dándoselas por obispados, arzobispados, y provincias, de manera que en lo tocante á las dichas minas está distribuido y repartido casi todo el Reyno.

Y, con el declarado objeto de reiniciar todo el procedimiento concesional nuevamente, señala: *"revocamos y anulamos, y damos por ningunas* [todas las mercedes concedidas con anterioridad]" (ord. 1ª), y dejando traslucir ese sesgo de prescriptibilidad a que hemos aludido, se declara expresamente el carácter de las minas:

---

[195] Texto recogido en NRec. 6. 13. 4, bajo el epígrafe *"En que el Rei reduce las minas de oro, i plata, i azogue á su corona, i Patrimonio Real, i revoca las mercedes fechas dellas con cierta moderación, i por ella se declara, i añade á la ley passada, i pone la forma, que se ha tener en beneficiar las minas"*; luego, en NsRec. 9. 18. 3, bajo el epígrafe *"Incorporación de las minas de oro, plata y azogue á la Corona y patrimonio Real; y modo de beneficiarla"*, incluyendo sólo el preámbulo y las ords. 1ª y 2ª, de las siete primitivas.

> Reducimos, resumimos e incorporamos en Nos y en nuestra Corona y Patrimonio todos los mineros de oro y plata y azogue destos nuestros Reynos, en qualesquier partes y lugares que sean y se hallen, Realengos, o de Señorío, o Abadengo, agora sea en lo público, concejil y baldío, ó en heredamientos y partes y suelos de particulares, no embargante las mercedes que por Nos ó por los Reyes nuestros antecesores se hayan hecho a qualesquier personas de qualquier estado, preeminencia y dignidad que sean, y por qualesquier causas y razones, así de por vida y á tiempo y debaxo de condicion, como perpetuas y libres y sin condicion.

De este modo, la *"incorporación de las minas"* a que alude el título de esta ley, y desarrolla su texto, según lo transcrito, no es una simple declaración expresa de las minas como *iura regalia*, a objeto de aclarar, jurídicamente, un punto que pudiera haber parecido dudoso en esa época, como han pretendido quienes creen que no fue sino en esta ley cuando las minas pasaron a constituir parte del Patrimonio Real como regalía; nada más alejado de la realidad, ya que el punto estaba sumamente claro desde la ley de 1138, incorporada a las Ordenanzas de Alcalá, plenamente vigentes en esta época; ratifica, por lo demás, nuestra opinión el propio texto de estas pragmáticas (ord. 1ª):

> Y queremos, que los dichos mineros estén y sean desde luego (sin otro acto de aprehensión y posesión) de la dicha nuestra Corona y Patrimonio, segun y como por leyes destos Reynos, y antiguo fuero y derecho nos pertenece.

Mas este procedimiento de anular todas las mercedes no se hizo sin una justa compensación, por lo menos en la letra (ord 1ª, *in fine*):

> Y otrosi es nuestra voluntad de recompensar y satisfacer á los caballeros y personas, á quien se han hecho las dichas mercedes que así revocamos segun lo que (. . .) fuere justo y razonable. . .

Una vez dilucidado este punto, y dejando clarísima la vigencia indiscutida del principio de las minas como *iura regalia*, veremos los puntos más salientes del "modo de beneficiarlas" que consagra esta pragmática.

b) *La facultad de catar y cavar*

Analizando su contenido, y en primer lugar en cuanto la facultad de catar y cavar, vemos cómo en la ord. 2ª, con premura y como evidente aspecto prioritario, se consagra esta libertad que, en la

práctica, es el único modo que permite racionalmente a los mineros enterarse de una eventual posibilidad de explotación. El texto, por sí solo, es expresivo:

> Por ende por la presente permitimos y damos facultad a los dichos nuestros súbditos y naturales, para que libremente, sin otra nuestra licencia ni de otro alguno, puedan catar, y buscar y cavar los dichos mineros de oro y de plata en qualesquier partes Realengos, ó de Señorío ó Abadengo, o de qualesquier otros, y así en lo público, concejil y baldío como en heredades y suelos de particulares...

Agregando, más adelante:

> ...y otrosí damos libre facultad y permitimos a todos los dichos nuestros súbditos y naturales, para que las minas de oro y plata que hobieren descubierto, habiendolas registrado en la manera que de yuso será declarado, las puedan cavar, y sacar dellas los metales, y labrarlas y beneficiarlas.

c) *El registro de las minas*

No obstante esta libertad, es necesario, según su ord. 4ª, que se registre cada mina:

> Mandamos que el que descubriere minas de oro, i plata, dentro de veinte dias despues que las ovieren descubierto, i hallado metal, sea obligado á las registrar ante Escribano real, i ante la Justicia, en cuya jurisdicción estuviere la tal mina.

Además, era obligatorio que:

> Dentro de otros sesenta dias despues de fecho el tal registro, se embie ante el nuestro Administrador, (...) para que él asiente, i ponga en el libro i registro general, que él ha de tener de las dichas minas, i se tenga razon, i sepa de todas las que se descubrieren.

Y esto no era una mera recomendación, sino que su incumplimiento traía aparejada la caducidad de los derechos:

> I que no haciendo el registro en la dicha forma, i tiempo, i no guardando lo que dicho es, pueda otro qualquiera hacer el tal registro, i aver, i adquirir el derecho, que el tal descubridor oviera, haciendo dicho tal registro.[196]

---

[196] Contiene esta misma ord. 4ª, *in fine*, una "disposición transitoria", del siguiente tenor:

Mandamos que todos los que antes de la data, i publicacion desta nuestra Carta uvieren descubierto, i registrado minas, sean obligados

Incluso se legisla sobre la extensión de las minas descubiertas y registradas:

> La tal mina, que assi oviere descubierto, i registrado, tenga cien varas de medir en largo, i cincuenta en ancho, segun que la escogiere...

Agregando una consecuencia demasiado importante como para omitirla, para lo que vendrá más adelante (ord. 5ª):

> De manera que dentro del dicho término, i espacio ningun otro se puede entremeter á catar, cavar ni labrar, i que dentro del dicho término, i limites el dicho descubridor tan solamente tenga el tal derecho, i facultad, sin que por Nos, ni en nuestro nombre, ni por otro alguno le pueda ser impedido, ni embarazado, segun que está dicho de suso, i fuera del dicho término qualquiera otro pueda entrar, i descubrir, i aya el mismo término, i precio por la forma que dicha es.

La transcripción íntegra de estos párrafos la considero más que justificada, porque sencillamente son la base del futuro sistema concesional —incluso en su forma actual—, en virtud del cual se concede, previo el procedimiento establecido, un derecho que no puede ser embarazado ni *"por Nos"* ni *"por otro alguno"*.

d) *El trabajo efectivo*

De acuerdo al criterio sustentado en este importante texto, se exigió el trabajo efectivo de los pozos mineros. Los descubridores no pueden contentarse con haber registrado la mina *"pretendiendo con esto solo aver adquirido derecho"*, ya que:

> El principal fruto, i utilidad, que assi para Nos, como á los nuestros subditos, i beneficio publico se pretende, pues aquel principalmente consiste en la labor, i beneficio de los mineros, i metales, i no solo en el descubrimiento.

Por estas razones se declara que:

> El tal descubridor de la mina, ó minas de plata, despues de la aver registrado en la suma, que dicha es, dentro de seis meses sea obligado á la ahondar, i cavar hasta tres estados, i no la ahondando, i poniendo en los dichos tres estados, se

---

dentro de dos meses á renovar, i tornar a hacer los dichos registros, (...) i dentro de otros tres meses se embien los tales registros ante el dicho nuestro Administrador, i que no lo haciendo assi, se guarde lo que dicho es, en lo que de nuevo descubrieren, i registraren.

pueda denunciar ante el Juez, i hacerse della registro, como de vacante i no descubierta. . .[197]

e) *Los tributos*

En cuanto a los tributos, no hay olvido de la legislación anterior, como de ninguna otra, *"conformandonos en esto con lo que el dicho Señor Rey Don Juan en la dicha lei ordenó, i dispuso"* (*vid.* preámbulo, *supra*), estableciendo que del beneficio, sacadas las costas, *"ayan la tercia parte, i las otras tercias partes sean para Nos"* (ord. 3ª).

f) *Consideración final*

Finalmente, queremos decir que es notorio para cualquier jurista moderno verificar cómo en esta ley, una vez analizada íntegramente, se encuentran consagradas las características esenciales que han perdurado para siempre en las legislaciones mineras: se ha dejado de lado el sistema puro y simple de mercedes discrecionales, para pasar a un sistema concesional con indudables garantías —por lo menos en teoría—, como el derecho preferente del descubridor; el registro dentro de plazo, con el señalamiento preciso de los límites materiales de la concesión; la exigencia del trabajo efectivo; el tributo para el rey; todo lo cual, claro está, bajo el prisma de la consideración —en tal época— de las minas como *iura regalia*.

III. LEGISLACION MEDIEVAL

Dentro de la legislación medieval[198] existen cuerpos legales de

---

[197] Pero la obligación no llegaba hasta aquí, ya que esta ord. 6ª sigue señalando lo siguiente:

. . .i que despues de aver puesto las minas, i pozos en los dichos tres estados, sean obligados á las tener pobladas, i labrarlas segun, i por la orden i en el tiempo que por las ordenanzas se declarará, en las quales se dará la orden, que en lo susodicho se deve tener, sin que en ellas se quite, ni diminuya cosa alguna de lo en esta nuestra carta contenido.

[198] Para una visión más amplia del período que aquí se trata, véase: CALASSO, Francesco, *Medio Evo del diritto. I: Le fonti* (Milán, Giuffré Edi-

antigua data y de larga pervivencia, los que sentarían principios definitivos, representando los orígenes de la legislación minera castellana.

1. Las Ordenanzas de Bribiesca, de 1387

Respecto de ellas, veremos su texto para luego analizar su importancia para el derecho minero.

a) *Su texto*

Las Ordenanzas de Bribiesca, de 1387, otorgadas por el rey Don Juan I, contienen la siguiente ley:

> Porque somos informados, que estos nuestros Reynos son abastados, y ricos de minéros; Ordenamos y mandamos que todas, y qualesquier personas de nuestros reynos puedan buscar, y catar, y cavar en sus propias tierras, y heredades, minéros de oro, y de plata, y de azogue, y de estaño, y de piedras y de otros metales; y que los puedan otrosi buscar y cavar en otros qualesquier lugares, no haciendo perjuicio uno á otro en los cavar, y buscar, haciendolo con licencia de sus dueños. Y qualquier, que los dichos minéros fallare, que lo que dellos se sacáre, se parta en esta guisa.
> Lo primero que se entregue el que lo sacáre en todo la costa, que ficiere en lo sacar, y cavar. Y lo que quedáre, sacada la dicha costa, que sea la tercia parte para el que lo sacáre, y las dos partes para Nos.[199]

---

tore, 1954), obra fundamental para comprender la penetración del derecho romano en Europa. Sobre el particular, véase, además, Koschaker, P., *Europa y el derecho romano* (trad. española de José Santa Cruz Tejeiro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955).

[199] Esta ley aparece por primera vez en ORC. 6. 12. 8, bajo el epígrafe *"Que cada uno pueda cavar, y buscar en sus heredades mineros de oro, y de plata etc. Y que parte pertenesce al rey"*, de donde obtuvimos el texto transcrito.

Luego se incluye en NRec. 6. 13. 3, bajo el epígrafe *"Que permite a cada uno buscar en sus heredades, i en las de otros sin licencia de los dueños, no faciendo perjuicio, mineras; i que sacada la costa, de lo restante aya el premio contenido en esta lei"*, introduciéndose en el texto inicial la siguiente interpolación:

...por ende, por hacer gracia y merced á los dichos nuestros reynos,

Se ha manifestado en la actualidad que tal disposición vino a ser una reacción legislativa destinada a fomentar la minería, seriamente dañada por el sistema de mercedes, las que estaban "reguladas únicamente por la voluntad del monarca".[200]

b) *Su importancia*

Respecto a lo que nos interesa recalcar, estas ordenanzas consagran claramente la libertad de exploración y explotación mineras, pero no como un nuevo criterio, en desmedro del sistema concesional que venía desarrollándose, sino como un principio complementario.

La tesis tan difundida de que este texto sería una modificación del "arbitrario sistema de concesiones del monarca",[201] está claramente desvirtuada por los hechos; es visible que esto no fue entendido así en la época, ya que no debe olvidarse que tal texto legal fue recogido en las Ordenanzas Reales de Castilla (ORC.) por Alfonso Díaz de Montalvo, su compilador, en conjunto con el texto de 1138 que aludía expresamente a que *"ninguno sea osado de las labrar (las veneras), sin nuestra especial licencia y mandado"*, y que —por lo tanto— nunca dejó de estar vigente;[202] tanto es así, que los reyes jamás dejaron de otorgar merce-

i vecinos, i moradores de las Ciudades i Villas, i Lugares dellos, i á eclesiásticas personas, que, como quier que por Nos, ó los Reyes onde Nos venimos, en los privilegios, que se han dado de mercedes, se han reservado para Nos mineros de oro, i de plata, i de otros qualesquier metales...

Frase esta última lo suficientemente expresiva del ánimo de la época en cuanto a la calidad de *iura regalia* asignada a las minas. De este mismo modo —con la modificación señalada— pasa tal ley a NsRec. 9. 18. 2, con sólo una pequeña variación en el texto del epígrafe, que queda así: *"Facultad de buscar minas en las heredades propias y agenas, y de beneficiarlas con el premio que se asigna"*.

[200] PASTOR Y RODRÍGUEZ, Julián y PASTOR Y RODRÍGUEZ, Ramón, *Historia de los impuestos mineros en España* (Madrid, Imprenta y Fundición de M. Tello, 1878), p. 19. En ésta una obra muy valiosa a la que ninguna atención se le ha prestado, pues no la hemos visto citada en ninguno de los textos revisados, y contiene amplias y ricas referencias a éste y a todos los textos históricos españoles en materia de minas, referencias que siempre van mucho más allá de lo meramente expositivo.

[201] *Vid.*, por todos: MALO DE MOLINA, *Manual del Minero Español* (Madrid, Imprenta de D.J. Morales y Rodríguez, 1863), p. 26, y SOLER HERRAIZ, *Legislación minera española* (Madrid, Imprenta de José Perales y Martínez, 1882), p. 44.

[202] El texto de esta ley de 1138, según su versión en las ORC., lo hacemos notar en la n. 239; mientras éste se ubica en ORC. 6. 1. 8, la ley que hemos estudiado de las Ordenanzas de Bribiesca, de 1387, se ubican en estas ORC. 6. 12. 8. Aun más, ambos textos se mantuvieron ya luego orde-

des de minas,[203] sistema que —según los propugnadores de la tesis que venimos impugnando— había quedado derogado con esta ley de 1387.

Entonces, pensamos que esta ley ha tenido el mérito de consagrar la libertad aludida, que aún se mantiene en los regímenes mineros —vital para su desarrollo práctico, por lo demás—, estableciendo, en forma clara, la participación de la Corona en los beneficios, esto es, sus tributos; pero sin desconocer, en absoluto, principios establecidos anteriormente, y que esta ley, ni la práctica de sus aplicadores contemporáneos, en nada desconocen: el sistema de "mercedes" o "concesional", y, lo que ya debiera ser más obvio, el dominio del rey sobre las minas, como *iura regalia.*

Un solo defecto (y grave, en la práctica): la licencia previa del propietario del fundo, que ocasionaría no sólo inconvenientes prácticos, sino también discrepancias doctrinarias,[204] exigencia que, no obstante, ya luego desaparecerá para siempre de la legislación.

2. Las Siete Partidas

Aun cuando no existe en las Siete Partidas (P.)[205] un estatuto orgánico del régimen jurídico de la minería, obligado es referirse a ellas por constituir la obra más famosa de la historia de los derechos hispánicos.[206] En las Partidas, eso sí, existen dos importantes referencias a las *"mineras"* y *"metales"*, respecti-

---

nados en forma sucesiva, uno junto al otro, tanto en NRec. 6. 13. 2 y 6. 13. 3, respectivamente, como en NsRec. 9. 18. 1 y 9. 18. 2, respectivamente, y, por lo tanto, no siendo derogados, al menos expresamente, hasta el siglo XIX.

[203] Abundantes ejemplos encontramos en Branchat (n. 150), 1, pp. 444 y ss.; y 3, en Anexo, incluye íntegras tres "Concordias" otorgadas a diferentes personas, y en diferentes épocas, con el fin de que *"hayen é tinguen facultat y licencia de poder cercar y cavar menes"*, altamente ilustrativas para comprender el espíritu de la legislación que regía en la época (Documentos VIII, IX y X, pp. 720 y ss.). Este hecho, por lo demás, lo reconocen los propios propugnadores de la tesis señalada en el texto.

[204] *Vid.*, por todos: Malo de Molina (n. 201), p. 26, y Soler (n. 201), p. 44, ambos en posiciones discordantes entre sí.

[205] *Vid. Las Siete Partidas* (glosadas por el licenciado Gregorio López, impreso en Salamanca por Andrea de Portonaris, Impresor de Su Majestad, 1555). Citamos, según edición de 1843: Compañía General de Impresores y Libreros del Reyno, Madrid. Existe una edición facsimilar de la de 1555, reciente: Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1974.

[206] Esta obra está claramente inspirada, por lo demás, en los textos romanos: cfr. Calasso (n. 198), p. 614. Por lo que es un "puente" para seguir toda reconstrucción histórica del derecho minero hasta el derecho romano.

vamente, cuyos textos transcribiremos a continuación, luego de lo cual se comentarán, con la ayuda de importantes aportaciones doctrinales antiguas y modernas.

a) *Partida 2. 15. 5.*

El texto de esta ley es una ardua defensa de la integridad patrimonial del reino, tan seriamente perjudicado con tantas donaciones que usaban efectuar entonces los reyes; bajo el epígrafe *"como el Rey, e todos los del reyno deuen guardar que el Señorio sea siempre uno, e no lo enajenen, ni lo departan"*, se decía, en la parte pertinente:

> E aun por mayor guarda del Señorío, establecieron los sabios antiguos, que quando el Rey quisiesse dar eredamiento a algunos que non lo pudiesse fazer de derecho, a menos que non retouiesse y aquellas cosas que pertenescen al Señorio; assí como que fagan dellos guerra, e paz por su mandado; e que le vayan en hueste; e que corra y su moneda, e gela den ende, quando gela dieren en los otros lugares de su Señorío; e que le finque y justicia enteramente, e las alçadas de los pleytos, *e mineras*[207] si las y ouiere: e maguer en el priuilegio del donadio non dixesse que retenía el Rey estas cosas sobredichas para si, non deue por esso entender aquel a quien lo da, que gana derecho en ellas. E esto es porque son de tal natura, que ninguno non las puede ganar, nin usar derechamente dellas...

Y agrega tal ley:

> Fueras ende, si el rey que gelas otorgasse todas, o algunas dellas en el privilegio del donadio. E aun estonce non las puede auer, nin deue usar dellas, si non solamente en la vida de aquel Rey que gelas otorgo, o del otro que gelas quisiere confirmar. E porende todas estas cosas que dichas auemos, deue el Pueblo guardar...

b) *Partida 3. 28. 11*

Esta ley, bajo el epígrafe *"en quales cosas los Emperadores, e los reyes, han señorío propriamente"*, señala, en la parte pertinente:

---

[207] Aquí, bajo el título *"E mineras"*, *Gregorio* LÓPEZ incluye una importante glosa que comentamos más adelante.

> Las rentas (...) de las ferrerías e de los otros *metales*,[208] e los pechos, e los tributos que dan los omes, son de los Emperadores, e delos Reyes: e fueron les otorgadas todas estas cosas, por que ouiessen con que se mantouiessen onradamente en sus despensas; e con que pudiessen amparar sus tierras e sus Reynados, e guerrear contra los enemigos de la Fe; e porque pudiessen escusar sus pueblos, de echarles muchos pechos, e de fazelles otros agrauiamientos.

c) *Las glosas de Gregorio López*

Es importante referirse a las glosas de Gregorio López, por tratarse del único comentarista de la época que se refirió al tema, en relación a las Partidas,[209] y —además— por existir una antigua polémica en torno al concepto de "regalía", por lo que podremos verificar en qué medida nos dan alguna luz las glosas de este insigne jurista; es importante para nosotros también por las evidentes señales que sus comentarios nos darán de las fuentes de las diferentes disposiciones de las P.

Queremos dejar sentado desde ya que es indudable la vigencia —tanto durante la época de la dictación de las P. como durante la época de los comentarios de Gregorio López— del principio regalista, en virtud del cual todas las minas, se encontrasen donde fuese, eran del rey, por aplicación de una vieja disposición de 1138 (que analizaremos *infra*), principio que en forma palpable se recoge en P. 2. 15. 5, al considerarlas dentro de *"aquellas cosas que pertenescen al señorío"*.[210] En esta perspectiva, las P. no hacen más que ratificar este principio, desarrollando uno de sus extremos que a esa fecha ya adquiría importancia: su inalienabilidad.[211] Y así lo deja de manifiesto el propio Gregorio López en la glosa *"E mineras"*: *"quod minerae sunt de regalibus et reservatis Principi"*.[212]

En cuanto a los demás comentarios de Gregorio López, por

---

[208] Aquí, bajo el título *"Metales"*, Gregorio LÓPEZ incluye una glosa que comentaremos junto a otra, en la misma ley, titulada *"De las salinas"*, donde inserta interesantes comentarios sobre los *metalla*.

[209] En todo caso esta contemporaneidad es relativa, pues las Partidas son del año 1263 ó 1265 [cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*[3] (Madrid, Editorial Tecnos, 1980), existiendo controversia entre los autores sobre la fecha exacta, dentro del siglo XIII], y los comentarios de Gregorio LÓPEZ son de 1555.

[210] *Vid.* n. 239, *in fine*.

[211] *Vid.*, sobre la inalienabilidad: GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 39), p. 51. *Vid.*, además, *infra* e).

[212] LÓPEZ (n. 205), gl. *"E mineras"*, ad P. 2. 15. 5.

su importancia doctrinal es necesario referirse a ellos, aun cuando sea brevemente. De acuerdo a su opinión, esta ley (se refiere a P. 2. 15. 5) no prueba que son regalías ni que ello sea verdadero, ni que las minas sean del príncipe, *"nam si essent in locis privatorum, non essent Regis"*.[213] No obstante, señala más adelante que *"reditus tamen metallorum sunt Principis"*, y, para fundar tal aserto, cita el Digesto (D): *"ut in 1 inter publica, ff de verbor. signific."*,[214] y a las propias P.: *'et l. 6 tit. 27 infra 3, Partit"*. Y cuando precisa el monto de esta renta de los metales que es del príncipe, señala que tiene derecho a la décima: *"et habet de jure communi fiscus deciman"*, fundando nuevamente tal aserto en el derecho romano, esta vez: *"vide in L. 1. L. cuncti, C. de metallaris, lib. 11, quando est in praedio alieno, et in praedio Caesaris, seu Principis, habet duas decimas, L. cuncti, et L. quosdam, eod. tit."*[215] Y, además, según Gregorio López, la concesión de explotación de los metales y la búsqueda de ellos bajo la tierra corresponde otorgarla al príncipe, por razón de pública utilidad,[216] reconociendo la existencia de procedimientos concesionales.

Aun cuando ésta no es la única ocasión en que Gregorio López se refiere a las *"minerae"*,[217] sino que también lo hace en las glosas *"De las salinas"* y *"Metales"*, a P. 3. 28. 11, donde ratifica su conocimiento de la antigua ley de 1138, que estableció la regalía y la *"licentia"*, según sus palabras;[218] y la ley posterior

---

213 Idem. *Vid.*, además, en el texto, *infra*.

214 Se refiere al fragmento de ULPIANUS, en el Título *"De verborum significatione"*, señalando las dos palabras iniciales del pr. de tal párrafo: *"Inter pública"*, parte 1, según el antiguo modo de citar el Digesto. Se trata de ULPIANUS, D. 50. 16 17. 1.

215 La referencia no puede ser más clara a las leyes *"Cuncti"* y *"Quosdam"*, del derecho romano tardo-imperial. Creo que es ocioso todo comentario sobre el evidente parentesco que —según LÓPEZ y según nuestra modesta opinión— ligaría a estas leyes con los principios ya establecidos por los romanos, decenios antes.

216 LÓPEZ (n. 205), gl. *"E mineras"*: *"Concessio tamen exercitii metallorum, ut metalla quaerantur subtus terram, pertinet Principi ratione publicae utilitatis"*, citando nuevamente la ley *"Cuncti"*, *"et vide L. 8 tit. penúlt. lib. 6 Ordin. Regal (...)* (y) *L. 8. tit. 1 lib. 6 Ordin. Regal."*, refiriéndose en este último caso a disposiciones de las ORC., de los años 1138 y 1387 (*vid.* n. 239), en ambas, manifestaciones indudables de las minas como regalía de la Corona.

217 Como da cuenta su *Index Materiarum*, p. 518. Este índice de las materias tratadas por Gregorio LÓPEZ está publicado en: *Los Códigos Españoles* (Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1848), 4.

218 Según Gregorio LÓPEZ (n. 205), gl. *"De las salinas"*, respecto de los *metalla*: *"et nullus potest se de eis intromittere sine Regis licentia, et reditus pertinent Regi; quae lex videtur intelligenda, quando sunt in publico, vel in praediis Regis, et non essent in praediis privatorum, justa ea, que de argenti fodinis, et aliis mineriis..."*, citando a Andrea D'ISERNIA.

de 1387, ambas según constaban en las ORC., de 1484.[219]

Sea como sea, de todo lo dicho por Gregorio López, como de un examen de las Partidas, es claro no sólo el concepto jurídico de las minas como regalía de la Corona, sino el establecimiento de un tributo a su explotación, previo lo cual debía obtenerse licencia especial del príncipe. El influjo del derecho romano es no sólo implícito por el establecimiento de estos principios,[220] sino que lo explicita claramente Gregorio López, cuyas glosas podemos considerar como fundamentales en esta materia.

d) *Una antigua y una nueva controversia doctrinal*

Por encontrarse en esta época el origen de una controversia doctrinal sobre la materia, nos referiremos a ella brevemente.

1º Los escritores del derecho feudal

Aun cuando pensamos que de los textos castellanos fluían, tanto para ayer como para hoy, con toda claridad los principios que informaban el régimen jurídico de la minería, el mismo Gregorio López se hizo eco de una antigua controversia doctrinal que, como decimos, en nada podía influir ante el claro tenor de las leyes castellanas, de antigua data.

Las grandes controversias sobre el alcance de las regalías se produjeron en los escritores del derecho feudal, tanto respecto de Italia como de Alemania,[221] sobre lo cual encontramos

---

No obstante esta distinción que efectúa Gregorio LÓPEZ, indudablemente influido por las opiniones de los juristas de la época, y de su particular interpretación del derecho común, no es del todo justificada, por cuanto ningún texto legal de los que hemos citado —y que él mismo conocía— hace distingo alguno al respecto. Por el contrario, a nuestro juicio, todas las minas eran del rey, y respecto de todas, ya se encontraren en terrenos públicos o privados, debían explotarse previa licencia concedida por el rey.

[219] Recuérdese, como dato anexo pero muy importante, que el OA., del cual formaría parte la disposición de 1138, era un ordenamiento que en la época debía aplicarse en primer término; aplicándose luego las Partidas, pero sólo en defecto de aquél y de los Fueros Municipales. *Vid.*, en este sentido: TOMÁS Y VALIENTE (n. 209), p. 243.

[220] Recuérdese que no otra era la tarea del jurista medieval: la búsqueda de tales principios en el derecho común es algo patente en las Partidas; refleja la actitud especial del legislador respecto a este derecho, anterior, propia de la Edad Media y continuada en el Antiguo Régimen, según la cual el derecho no se deroga sino que se mejora, fija o compila. La concepción del legislador como creador de derecho no aparecerá hasta finales del Antiguo Régimen.

[221] Sobre lo cual véanse: GILARDONI, Annibale, *Miniere, cave e torbiere,*

riquísimos antecedentes en Ripoll así como en De Luca,[222] tratadistas del derecho feudal, y en otros que señalaremos. En virtud de que en aquella época era generalmente admitido un concepto de regalía que sólo afirmaba la potestad del soberano de imponer la décima sobre toda la minería,[223] se originó una polémica entre los autores sobre las facultades del príncipe respecto a las excavaciones en terrenos privados. Y entre quienes señalaron su opinión, se encuentra Andrea d'Isernia, para quien dentro de las regalías deben sólo comprenderse las minas *"quae sunt in praedis principis"*,[224] opinión seguida, en la época, por Peregrinus, el cual apunta que *"metalla in solo publico reperta ad principem pertinent"*.[225]

No obstante todo ello, nos interesa resaltar, en esta controversia, dos elementos muy latamente tratados tanto por Ripoll como por De Luca: la tributación a favor del príncipe y la necesidad de su licencia para explotar minas. En efecto, el propio Ripoll señala, distinguiendo la ubicación de las minas en terrenos públicos y privados: *"vera tamen resolutio est quod aut minae inueniuntur in locis publicis, aut in priuatis. Si in publicis, sint domini Regis (...). Si vero metalla sint in fundo priuato, tripartiri debeant ita ut una decima (sic atestatur Peregri.) pertineat Fisco, alia decima domino fundi, et alia decima metalla-*

---

en *Il Digesto Italiano* (Turín, UTET, 1929), XV, 2, pp. 267 ss.; CALLEGARI, Dante, *L'ipoteca mineraria* (Padua, Cedam, 1934), pp. 87 y ss.; y, más ampliamente, en: MIRTI DELLA VALLE, Quintilio, *Regalia*, en *Il Digesto Italiano* (Turín, UTET, 1925), XX, 1, pp. 501-531.

---

222 Además del texto de Gregorio LÓPEZ, son los únicos a que pudimos acceder directamente. RIPOLL (n. 149), pp. 103 y ss., Cap. 16, *"De regalia salinarum, minarum & metallorum"*, y DE LUCA, Jo Baptistae, *Theatrum veritatis et Justitiae* (Lugduni, Sumptibus J.A. Cramer & P. Perachon, 1697), II, *"De regalibus"*, pp. 271 y ss., Discurso CXLVII: *"Ad materiam fodinarum et excavationes"*.

223 *Vid.* CALLEGARI (n. 221), p. 114.

224 Andrea D'ISERNIA, *In usus feudorum commentaria* (n. 2), *apud* CALLEGARI (n. 221), p 115. Es en este autor donde encuentra apoyo Gregorio LÓPEZ para afirmar —si bien algo dubitativo— que la ley comentada en gl. *"E mineras"* no probaba que las minas fuesen del príncipe, señalando expresamente (*vid. supra* este capítulo, 2. c) que "si las minas estuvieren ubicadas en terrenos privados no serían del rey". Esta, que es una mera opinión de Gregorio LÓPEZ —como vemos—, no hace más que seguir a Andrea D'ISERNIA (a quien cita expresamente en su gl.), y a una opinión algo generalizada entre los autores medievales, y que —creemos, con todo el apoyo que nos otorgan los clarísimos textos legales— no se ajusta a la realidad del derecho castellano. En esto Gregorio LÓPEZ, sencillamente, habría emitido una opinión personal, y no obstante su prestigio, la estimamos falta de las matizaciones que hemos señalado.

225 PEREGRINUS, *De iuribus et privilegiis fisci, libri septem* (*Venetiis*, 1590), liber IV, tit. *"De thesauris et metalli"*; *apud* CALLEGARI (n. 221), p. 118.

rio".[226] En cuanto a la licencia, para Ripoll, *"Ius autem Regaliae praecipuum consistit, in danda licencia inquirendi",*[227] en lo que concuerda no sólo De Luca: *"In hac licentia consistit jus regaliae",*[228] sino todos los autores del derecho feudal, como hemos señalado.

La importancia de recalcar esto es la demostración de estas dos relevantes características del régimen minero de la época, y, además, aportar algún antecedente sobre la posición doctrinal de Gregorio López, que, por tratarse de meras opiniones personales, y no tener la validez de los clarísimos textos legales castellanos, no podrían justificar, en ningún caso, ciertas apreciaciones alejadas de la realidad, que modernamente se han realizado.[229]

2º Doctrinas decimonónicas

Esta antigua polémica, como decimos, se trasladó a doctrinas del siglo pasado y aun de éste. Así, Soler opinaba que en las P. se respeta la propiedad privada de las minas, adhiriendo a la interpretación de Gregorio López; aquel autor afirma incluso que la ley de P. 2. 15. 5, que hemos analizado, "no trata de hacer reserva alguna para el monarca de las minas ni de los metales, resérvase única y exclusivamente lo que no podía menos de reservarse, aquello que constituye la soberanía", y que como meramente complementaria de esta disposición, y en ningún modo contradictoria, debe entenderse P. 3. 28. 11, "pues únicamente se ocupa del tributo como cosa adjunta al dominio eminente del monarca".[230]

Esta opinión no sólo nos parece infundada, sino que se aparta claramente de la legislación castellana de 1138, que regía en plenitud en esa época, y que el propio Gregorio López cita, pero que Soler ignora.

Del mismo parecer de Soler se nos presenta Basterra, quien entendía que en la legislación alfonsina "las minas eran objeto

---

[226] RIPOLL (n. 149), p. 103, Nºs. 12-14, *Vid.*, además, *supra* gl. de LÓPEZ, en el mismo sentido.

[227] RIPOLL (n. 149), p. 104, Nº 15.

[228] DE LUCA (n. 222), p. 273, Nº 8. Ambos autores, tanto RIPOLL como DE LUCA, se extienden bastante sobre este punto, aportando antecedentes minuciosos sobre estas licencias; siendo de mayor interés, indudablemente, RIPOLL, por referirse a *"Catalonia"*, a quien —por lo demás— sigue muy de cerca DE LUCA.

[229] *Vid.*, por todos, la injustificada apreciación de ARCENEGUI (n. 16), p. 45. Incluso PUYUELO (n. 16), p. 26, parece aceptar tales planteamientos, aun cuando sólo se limita a exponer la opinión de Gregorio LÓPEZ, sin pronunciarse ni investigar sobre el problema.

[230] SOLER (n. 201), pp. 32-33.

de apropiación y propiedad del dueño del predio donde se hallaren, pagando al fisco un tributo".[231]

No obstante que algunos autores también han dudado sobre este parecer,[232] la gran mayoría ha aceptado la correcta doctrina, en el sentido de que las P. representan la aceptación del principio de las minas como regalía.[233]

e) *Las notas de imprescriptibilidad e inalienabilidad*

En lo que dice relación con las notas de imprescriptibilidad e inalienabilidad: según notaremos más adelante,[234] un inciso agregado —al parecer— en 1386, al texto originario de las Cortes de Nájera de 1138, y que constaba en ORC. 6. 1. 8, hablaba sobre las minas y la posibilidad de que quienes tenían privilegio en ellas *"las hobiessen ganado por tiempo, según se contiene en el título de las prescripciones"*, disposición que ya luego desaparecerá para siempre de las legislaciones.[235]

Estos principios de imprescriptibilidad e inalienabilidad ya aparecían, en general, para las regalías, claramente en las P.[236] En efecto, en P. 3. 29. 16, con una referencia indudable a las regalías, se señala que:

> E aun decimos que tributos, o pechos, o rentas, o otros derechos qualesquier que pertenezcan al Rey, a que hayan costumbrado o usado de darle, que los non puede ganar ninguno por tiempo, nin se puede escusar que los de.[237]

---

[231] BASTERRA, Mario de, *Vizcaya minera. Su historia, legislación foral y Derecho vigente* (Bilbao, Imprenta de la Casa de la Misericordia, 1894), p. 36.

[232] CARBONELL, José, *Curso de economía minera. II: Legislación de minas en España, 2: Historia de su legislación. Legislación moderna* (Madrid, 1907), p. XVI, para quien, a pesar de lo dicho por Gregorio LÓPEZ en sus glosas, "parece que el principio de regalía era el que imperaba"; aporta un antecedente digno de mencionarse: según él, esto es así, ya que en las donaciones de territorios nunca se mencionaba a las minas a no ser que el monarca tuviese intención de concederlas al beneficiario, existiendo el caso de una donación por separado de tierras y minas de un mismo territorio, efectuada por Fernando IV, en 1297.

[233] Dentro de éstos: MALO DE MOLINA (n. 201), pp. 25-26; COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo Español*[3] (Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1865), 2, Nº 1.578, p. 150; DE BALPARDA Y FERNÁNDEZ, Ricardo, *El libro del minero. Compendio de la legislación de minas vigente en España* (Bilbao, Imprenta y Litografía de Juan E. Delmas, 1875), pp. 8-9; DE PASTOR Y RODRÍGUEZ (n. 200), p. 17; etc.

[234] *Vid.* n. 239.

[235] La legislación chilena es una excepción, ya que, curiosamente, aún mantiene la declaración de las minas como dominio "imprescriptible" del Estado. *Vid.* art. 19 Nº 24 inc. 6º Const. de 1980.

[236] *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 39), pp. 32 y 51.

[237] Planteamiento que esta vez es corroborado por el mismo Gregorio

Por otro lado, en cuanto a la inalienabilidad, su aplicación a las regalías, y específicamente a la de minas, por mención expresa (*"e mineras si las y ouiere"*), se encuentra en P. 2. 15. 5. Este principio de inalienabilidad se solucionaba en la cláusula de reversión que aparece en la misma ley, en caso de algún desprendimiento real con privilegio de donación:

> E aun estonce non las puede auer, nin deue usar dellas, si non solamente en la vida de aquel Rey que gelas otorgo...

Principio este que se confirma en el Ordenamiento de Alcalá (OA.) 28. 3, del siguiente modo:

> Et porque algunos dicen que los logares, é justicia, é fonsado, é fonsadera, é las alçadas de los pleytos, é las mineras non se podían dar, é dandose nombradamente non se daban para siempre; et porque en algunos libros de las Partidas, é en el fuero de las leys, é façannas, é costumbre antigua de Espanna, é Ordenamientos de Cortes en algunos dellos decían que se daba á entender que estas cosas non se podian dar en ninguna manera, é en otros que non se podian dar sino por el tiempo de aquel Rey que lo daba, é en otros logares dellos paresce que decia que se podian dar, é duraban para siempre, si fuere nombrado en los privillegios.
>
> Lo que es declarado, de acuerdo a esta ley:
>
> Que non valan, ó que non duren sino en vida del Rey, que lo dio.

No obstante, específicamente respecto de las minas, el peligro de la alienabilidad o de la prescriptibilidad debe considerarse notoriamente imposible, no sólo por la particularidad tan singular de su disposición física, sino porque desde siempre estas regalías fueron otorgadas como mercedes, como *census fictus*, y precisamente a través de estos cánones se ha significado siempre un reconocimiento del dominio del Estado, impidiendo, así, toda suerte de prescripción.[238]

LÓPEZ, en gl. *"Justicia"* a esta ley, del siguiente modo: *"Ista lex approbare videtur opinionem illorum antiquorum qui dicebant merum imperium non posse praescribi"*. Véase, además, Fuero Real, 2. 11. 5:

> Ninguna cosa que sea de señorio del rey no se puede perder en ningún tiempo; mas quando quier que el Rey o su voz la demandare, cóbrela.

Véase, con amplios antecedentes, GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 39), pp. 32 y siguientes.

---

[238] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 39), p. 67; asimismo, ampliamente: VILLAR PALASÍ, José Luis, *Concesiones administrativas* en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Francisco Seix Editor, 1952), 4, pp. 754 y ss.

3. Origen del régimen minero castellano: Cortes de Nájera, de 1138

En esta búsqueda ascendente que hemos realizado, el último eslabón que es posible encontrar, y donde parece puede estar la primera noticia jurídica sobre la minería, es dentro de una serie de disposiciones que dio Alfonso VII en las Cortes de Nájera, en 1138, la que, en lo pertinente, constituye el origen del régimen minero castellano.

Esta ley, *"que fabla de las mineras de oro, é de plata, é de plomo que son del rey"*, es del siguiente tenor:

> Todas las mineras de oro, é de plata, é de plomo, é de otra guisa qualquier que minera sea en el Sennorio del Rey, ninguno non sea osado de labrar en ella sin mandado del Rey.[239]

---

[239] Del fuero de los *Fijos-dalgo*, dado en las Cortes de Nájera, en el cual se encontraba el texto transcrito, no existe actualmente ejemplar alguno conocido que lo contenga en su estado primitivo, y sólo es conocido gracias a su inserción posterior en el OA., de 1348. Cfr. Antequera, José María, *Historia de la legislación española* (Madrid, Imprenta á cargo de D.R.P. Infante, 1874), p. 157. *Vid.*, además, con amplios detalles: Martichalar, Amalio (marqués de Montesa) y Manrique, Cayetano, *Historia de la Legislación y Recitaciones de Derecho Civil de España* (Madrid, Imprenta Nacional, 1861), 2, pp. 374 y ss.

La efectividad de esta afirmación es fácilmente comprobable, por lo demás, ya que el Tít. 32 de dicho *códice* dado en Alcalá y en cuya ley 47 se transcribe tal texto, se intitula: *"De las cosas que el Rey don Alfonso en las Cortes de Alcalá fizo, e declaro, e mando guardar del ordenamiento que el Emperador don Alfonso fijó en las Cortes de Nájera"*.

Hacemos notar, además, que esta ley de 1138 formó parte, incluso, de ORC. (editadas en 1484, por primera vez) 6. 1. 8, bajo el epígrafe *"Que todas las veneras pertenescen al Rey"*, con el siguiente texto:

> El Rey don Alonso en Alcalá. á Era de M.ccclxxxvj.
> Todas las veneras de plata, i de oro, i plomo, i de otro qualquier metal de qualquier cosa que sean en nuestro señorío real pertenecen a Nos. Por ende ninguno sea osado de las labrar, sin nuestra especial licencia y mandado.

Y agrega este curioso inciso:

> Por ende mandamos, que recudan a nos con las rentas de todo ello; y que ninguno sea osado de se entremeter en ellas: salvo aquéllos á quien los Reyes pasados, nuestros progenitores, ó nos les hoviesemos dado por privilegio, ó las hoviesen ganado por tiempo, segun se contiene en el título de las prescripciones.

Esta ubicación es desconocida por los autores que actualmente se ocupan de estas materias, y sólo la hemos encontrado citada en las glosas de Gregorio López a las P., para quien no sólo fueron conocidas estas disposiciones, sino asimismo las de 1387, que también aparecen en ORC. 6. 12. 8.

El texto es transcrito incluso en NRec. 6. 13. 2, bajo el epígrafe *"Que los mineros de oro, i plata, i otros qualesquier metales pertenecen á los reyes"*, con alguna modificación:

> Todas las mineras de plata, i oro, i plomo, i de otro qualquier metal, de qualquier cosa que sea en Nuestro Señorio Real, pertenecen á Nos;

La validez jurídica de los principios reconocidos en esta ley permanecería inalterada hasta el día de hoy. Además, fue permanentemente recibida en los ordenamientos jurídicos posteriores a ella: en el OA., de 1348; en la NRec., de 1567, e, incluso, en la NsRec., de 1805, que regirá, en este aspecto, aun, durante el primer cuarto del siglo XIX.

Los principios que encontramos en esta disposición permanecerían también inalterados, por lo demás, durante todo el desenvolvimiento de los ordenamientos jurídicos posteriores, los que sólo van introduciendo precisiones según el avance jurídico de las diferentes épocas.

En primer lugar, y de acuerdo a la concepción patrimonial de la organización estatal,[240] imperante en la época de su dictación, las minas, de *"guisa qualquier que minera sea"*, según el epígrafe citado, *"son del rey"*; las explicaciones y las consecuencias de esto las encontramos más adelante, en los ordenamientos futuros. En segundo lugar, según la propia ley, *"ninguno non sea osado de labrar en ella sin mandado del rey"*, lo que no es sino una mera consecuencia de lo anterior y el difuso establecimiento de un procedimiento concesional para acceder a la explotación minera; en esos tiempos se llamó "mercedes" a tales *mandados*.

De estos dos principios centrales, y por el evidente influjo del derecho romano y el interés fiscal creciente, se desarrollarían los demás principios del régimen minero, los que se traslucen perfectamente de los cuerpos jurídicos posteriores. En la redacción ulterior que recibe esta misma ley, tanto en las ORC., en la NRec., como en la NsRec., ya se alteran visiblemente sus expresiones originales con el fin evidente de aclarar tales extremos: se habla en el texto mismo de que las minas *"pertenecen a Nos"*, y de que no es posible labrarlas *"sin nuestra especial licencia y mandado"*.[241]

Estos dos principios son sencillamente la adopción, desde temprano, por el derecho histórico español, de la concepción dominical pública de las minas que había infiltrado en Roma en su última época, y que se traduce ahora en la consideración de las minas como una "regalía" más, que forma parte del Real Patrimonio, tal y como ya se entendía por los tratadistas modernos, como lo son tanto Ripoll como Crespi de Valdaura y Branchat

---

por ende ninguno sea osado de las labrar sin nuestra especial licencia y mandado.

Y en NsRec. 9. 18. 1, bajo un epígrafe diferente *("Derecho de los reyes en las minas de oro, plata y otros metales (...) y prohibición de labrarlas sin Real licencia")*, pero idéntico texto anterior.

---

[240] Cfr. López Rodó (n. 152), p. 55.

[241] *Vid.* n. 239.

(vid. supra I). Por otro lado, en cuanto a la "licencia", respecto de todo el derecho feudal, "era del arbitrio del príncipe conceder las minas así como confería un *título nobiliario*".[242]

[242] PACINOTTI, Giovanni, *Le miniere, le torbiere e le cave*, en *Primo Tratatto Completo di Diritto Amministrativo Italiano* (dir. V.E. ORLANDO, Milán, Società Editrice Libraira, 1930), 5, p. 688.

CAPITULO IV

UNA REVISION ANTE EL DERECHO ROMANO

SUMARIO:

I. PROEMIO. 1. *Explicación previa.* 2. *Las limitaciones de este examen.* 3. *La bibliografía.*

II. LA MINERIA EN EL REGIMEN TARDO-ROMANO. 1. *La consagración de nuevos principios.* 2. *Las leyes del Teodosiano.* a) La explotación de los mármoles. b) La ley *"Perpensa deliberatione".* c) La ley *"Cuncti".* d) Otras leyes del Teodosiano. 3. *El derecho minero justinianeo.*

III. EL DERECHO MINERO PROVINCIAL ROMANO. 1. *Las tablas de bronce de Vipasca.* 2. *La* lex territorio metalli Vipascensis dicta. 3. *La* lex metallis dicta. 4. *El régimen jurídico.* A) La "propiedad" de las minas. B) El derecho a explotar minas. a) Adquisición del derecho a explotar. Requisitos. 1º Trabajar el pozo. 2º Pagar el precio. b) Condiciones de explotación: la caducidad. c) Naturaleza jurídica del derecho a explotar.

IV. LA MINERIA EN EL DERECHO ROMANO CLASICO. 1. *Una explicación previa.* 2. *La minería en tierras privadas.* A) los derechos sobre el subsuelo. Ulpianus, D. 8. 4. 13. 1. B) Canteras en un fundo dotal. Textos. a) Iauolenus, D. 23. 5. 18. pr. b) Ulpianus, D. 24. 3. 7. 13-14. c) Paulus, D. 24. 3. 8. pr. C) El usufructo y el derecho a abrir canteras o minas. a) Ulpianus, D. 7. 1. 9. 2-3. b) Ulpianus, D. 7, 1. 13. 5-6. 3. *Régimen tributario.* 4. *Los* metalla *públicos.*

I. PROEMIO

1. Explicación previa

Nuestra indagación está dirigida a verificar si en el derecho romano se encontraban ya —aun cuando sea en germen— las ca-

racterísticas[243] que, a nuestro juicio, informarían al derecho minero.

Su estudio lo realizaremos retrospectivamente, distinguiendo las etapas históricas del derecho romano: el derecho postclásico (230 d. C. al 530); luego el derecho clásico (130 a. C. al 230 d. C);[244] y, como una posible etapa de transición entre ambos períodos, incluiremos el derecho minero provincial romano.

2. Las limitaciones de este examen

No es fácil pretender estudiar nuestros presupuestos de trabajo en el derecho romano, cuando —de entrada— nos encontramos con esta afirmación de Jörs: "En el derecho romano era desconocido el derecho minero..."[245] No obstante, aun siendo esta doctrina generalmente aceptada, existe una profunda controversia sobre el tema, originada por diferentes opiniones en cuanto a la interpretación de textos, y aun en torno a las posibles interpolaciones introducidas en las fuentes, disputa esta última en la cual no nos es posible intervenir; por tanto, nos limitaremos a ofrecer los datos indispensables para nuestros fines, no pudiendo ofrecer un examen acabado de los textos, sino basando nuestras opiniones en reconstrucciones realizadas por romanistas.[246]

---

[243] Aun cuando dichos extremos los hemos explicitado usando una terminología moderna, la que luego tendremos ocasión de precisar para el derecho romano, lo cual origina indudables limitaciones que, por ahora, deberá comprender el lector.

[244] Cfr. D.Ors, *Derecho Privado Romano*[6] (Pamplona, EUNSA, 1986), p. 78. No siempre se distinguen estas dos etapas en el estudio de las instituciones jurídicas de origen romano; mas, en nuestro caso, por la marcada evolución entre una época y otra, es imprescindible enfrentar el tema de este modo; por otra parte, según se verá, el desarrollo de las instituciones propiamente mineras presenta un desarrollo inverso al usual: normalmente, la etapa clásica, que goza de un derecho jurisprudencial y científico, es fuente riquísima para el estudio de otras instituciones, pero no en el caso de la minería (con excepción de dos documentos epigráficos que mencionaremos); por otro lado, la etapa postclásica, a pesar de ser un derecho legislado y sometido, inferior científicamente que el anterior, ofrece antecedentes riquísimos en materia minera.

[245] Jörs, *Derecho Privado Romano* (ed. de W. Kunkel, trad. esp. de la 2ª ed. alem. de Prieto Castro, Barcelona, Editorial Labor, 1965), p. 112 (que citaremos en lo sucesivo como: Jörs-Kunkel). Esta afirmación, por lo demás, no es aislada; asimismo: Di Marzo, Salvatore, *Istituzioni di Diritto Romano* (Milán, Giuffré Editore, 1946), p. 216; del mismo modo, Biondi, Biondo, *Istituzioni di diritto romano*[3] (Milán, Giuffré Editore, 1956), p. 266, señala que "la propiedad del suelo [en derecho romano clásico] se extiende al subsuelo y el propietario puede impedir que otro cave sobre su propiedad".

[246] No podemos dejar de mencionar, al comienzo de esta indagación, algunos textos que nos han guiado, aun siendo de carácter más general:

En todo caso —y en la medida de nuestras posibilidades—, hemos aplicado un modesto aparato crítico, esencial, por lo demás, en un trabajo con pretensiones científicas.

3. La bibliografía

Normalmente los romanistas, más preocupados del campo puramente privado, han descuidado el estudio de las instituciones de la materia publicística, sobre todo —en nuestro caso— las relacionadas con la minería.

En efecto, casi todos los textos al uso sobre derecho romano están destinados al estudio de las instituciones privadas, dentro de lo cual se incluyen en ocasiones —a veces en forma muy breve— algunos antecedentes sobre la minería.[247]

No obstante, hay textos indudablemente muy valiosos, que mencionaremos,[248] y otros, por último, que, no siempre siendo

---

Alvarez Suárez, Ursicino, *Horizonte actual del Derecho Romano* (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944); Petit, Paul, *Histoire Générale de l'empire romain* (Paris, Editions du Seuil, 1974); De Martino (n. 6), 1, pp. 161-162; 2, pp. 315-320 (con amplia bibliografía). Además, deben mencionarse otros textos de mucha utilidad para la ubicación y comprensión de las fuentes: Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Filadelfia, The American Philosophical Society, 1953), voces *"metallarii"* (miners) y *"metallum"* (a mine); Mayr, Robertus, *Vocabularium Codicis Iustiniani* (Hildesheim, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1965), 1, "pars latina" [voces: *metalloria; metallarius (metalarii); metallicus (metallicum* y *metallicorum); metallum; metalli; metallo; metallorum; metallis*], pp. 1550-1551, y [voz: *procurator metallorum*], p. 1950; y 2, "pars graeca" [voces: *metallicu (piva, in metallum dare); metalliferai*], p. 270; Meinhart, Marianna, *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* (Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1983), III, 2, col. 1876-1877.

[247] Nuestra afirmación sobre el virtual abandono del tema lo hemos comprobado en un extenso número de textos. Véanse, por todos: Glück, Federico, *Pandette* (Milán, L. Vallardi Editore, 1888), 6, p. 21; 7, p. 170 (obra de más de 40 volúmenes); Costa, Emilio, *Storia del Diritto Romano Privato, dalle origine alle compilazioni giutinianee* (Turín, Fratelli Bocca Editori, 1911), pp. 221 y 280; Windscheid, Bernardo, *Diritto delle Pandette* (trad. it. de Fadda y Bensa, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925), 1, p. 602; Serafini, Felipe, *Instituciones de Derecho Romano* (9ª ed. it. de Giammichele, trad. esp. de Trias, Madrid, Espasa-Calpe, 1927), 1, p. 365; Bonfante, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano* (trad. esp. de la 8ª ed. it., Madrid, Editorial Reus, 1929), pp. 318 y 335; Albertario, Emilio, *Studi di diritto romano* (Milán, Giuffré Editore, 1937), 5, p. 163; en fin: Voci, Jörs-Kunkel, Di Marzo, Biondi, Arangio-Ruiz, Volterra, Iglesias, Guarino, etc. Ninguno de estos textos trata de la minería en forma especial, a pesar de la importancia que tuvo en el mundo romano; en muchos casos es mencionada sólo colateralmente, con ocasión del estudio de las limitaciones del derecho de propiedad, o de las servidumbres.

[248] Nos referimos, en especial, a los trabajos de: Mispoulet, *Le régime des mines à l'époque romaine et au Moyen âge d'après les tables d'Al-*

de especialistas, ofrecen importantes antecedentes, previo al tratamiento de alguna cuestión sobre la minería.[249]

II. LA MINERIA EN EL REGIMEN TARDO-ROMANO

El estudio de la minería en el derecho minero romano postclásico no presenta mayores dificultades, ya que en las grandes recopilaciones legislativas de la época —el *Codex Theodosianus*[250] y el *Codex Iustinianus*—[251] encontramos leyes específicas sobre la materia, y que nos ofrecen antecedentes que pueden considerarse como definitivos en la evolución que, como se verá, ha venido operándose en el derecho minero romano.

---

justrel (1908), SCHÖNBAUER, *Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts* (1929), (n. 153), a los cuales, lamentablemente, no hemos podido acceder; D'ORS, citado ampliamente *infra*, en su lugar; y al más reciente de: NEGRI, Giovanni, *Diritto Minerario Romano. I: Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici* (Milán, Giuffré Editore, 1985). Cfr., además, las rec. de HORAK, Franz, *Sul "diritto minerario" romano*, en *LABEO, Rassegna di Diritto Romano* 33 (1983), 1, pp. 75-84; y de ASTOLFI, Riccardo, *Diritto Minerario e problemi di metodo*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LII (1986), pp. 516-536. Este libro de NEGRI constituye la primera parte de un trabajo que comienza recién, y que aún no alcanza al análisis del régimen tardo-romano y provincial, que es lo de mayor interés para nuestra indagación.

[249] Entre éstos debemos citar a: MANTELLINI, Giuseppe, *Lo stato e il codice civile* (Florencia, G. Barbera Editore, 1882), 2, pp. 203-223; PACINOTTI (n. 242), pp. 686-688; GILARDONI (n. 221), pp. 258-266; CALLEGARI (n. 221), pp. 15-45. Merecen mencionarse, además, por tener un tratamiento, aun cuando breve, pero más preciso que lo usual en lo tocante a minería, los siguientes trabajos de romanistas ya citados antes por otros trabajos suyos: BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano* (Milán, Giuffré Editore, 1954), 3, pp. 308-309, y BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano. II: La Proprietà*, 1, en *Opere complete di* — (Milán, Giuffré Editore, 1966), 4, pp. 269-271, y 309-311.

[250] El CTh. contiene en su lib. X el tít. 19, denominado *"De metallis et metallariis"* ("De las minas y de los mineros"), con 15 Constituciones, de diferentes emperadores, sobre la materia. En cuanto al texto latino, seguimos al que ofrece: GOTHOFREDI, Iacobi, *Codex Theodosianus cum perpetuis Comentariis* (Leipzig, Sumptibus Maur. Georgii Weidmenni, 1738: edic. fot. de Georg Olms Verlag, Hildesheim-New York, 1975), 3, pp. 517-532. De este Código no conocemos traducción española, pero sí existe una inglesa: *The Theodosian Code* (trad. ingl. de Clyde PHARR, New Jersey, Princeton University Press, 1952), pp. 283-285. El texto de uso ordinario y más confiable del CTh. es el de MOMMSEN, al que no pudimos acceder, razón por la que tuvimos que recurrir a este procedimiento indirecto.

[251] Por su parte, el CI. contiene un importante tít.: el 7 de su lib. XI,

1. La consagración de nuevos principios

En esta época se consagran definitivamente nuevos principios en materia minera; la lenta evolución que se había venido desarrollando a través del derecho clásico, en virtud de la cual la propiedad fue cada vez más limitada por los derechos mineros, y, abriendo paso a las necesidades de la explotación minera, se acogieron en definitiva manifestaciones nacidas en la legislación provincial; por lo que afirmamos que el régimen tardo-romano procede del derecho de las provincias (*vid. infra*); y creemos que esto es lo que en el año 320 llevaría al romano a consagrar, a través de una ley que se la ha calificado de "revolucionaria",[252] un principio que perduraría para siempre en los regímenes jurídicos de la minería: la facultad de buscar y cavar en tierras ajenas. Tal es su tenor:

> Secandorum marmorum ex quibuscumque metallis volentibus tribuimus facultatem ita ut qui caedere metallum atque ex eo facere quodcumque, decreverint, etiam distrahendi habeant liberam potestatem.[253]

Esta facultad jurídica es novedosa en el derecho romano en cuanto está consagrada en la ley, y en cuanto atribuye, de un modo general, a cualquiera el poder de sacar sustancias minerales del suelo ajeno; este principio vendría a cambiar todo lo hasta aquí existente; debe considerarse que ya no se trata de un suelo que es propiedad del mismo Estado que autoriza, sino de particulares; es a través de esta difusa autorización general que se iría germinando el definitivo procedimiento concesional: por el lado del Estado, sería necesario un título jurídicamente válido para otorgar estas autorizaciones, lo que desembocaría más tarde en la afectación de todas las minas a su dominio (ya que de otro modo se trataría de una verdadera expropiación a favor de particulares); y, por otro lado, el particular que quisiese explotar minas ya no se bastaría con una autorización general,

---

que trata *"De metallariis, et metallis et procuratioribus metallorum"* ("De los mineros, de las minas y de los intendentes de los minerales"). Existe una traducción española de Bacardi, en *Cuerpo del Derecho Civil* (Barcelona, Establecimiento Tipográfico de Narciso Ramírez y Compañía, 1874), 2, pp. 550-551. En cuanto al texto latino, seguiremos a: *Corpus Iuris Civilis. II: Codex Iustinianus*[12] (ed. de Paulus Krueger, Berlín, Apud Weidmannos, 1959), p. 430.

[252] Biondi, *Il diritto* (n. 249), p. 308.

[253] Const. de Constantinus, reproducida en CTh. 10. 19. 1. En su virtud, a toda persona que lo desease, el Estado le garantiza el derecho a extraer mármol de cualquier cantera; como cualquier persona puede decidir extraer otros minerales, teniendo un derecho no restringido a venderlos.

sino que exigiría algún acto jurídico que le diera seguridad en su derecho, exigencia que desembocaría en lo que, materialmente, hoy llamamos "concesión", detrás de la cual existe todo un estatuto en que descansan los derechos del particular.

En base a este nuevo principio, aparecería clara la interpolación del fragmento de Ulpianus, D. 8. 4. 13. 1[254] (que transcribimos *infra* IV, 2, A), en virtud del cual se declaraba existente para el período clásico la costumbre de extraer minerales libremente, previo pago al propietario de una compensación; el texto habría sido agregado en tiempos de Justinianus, con el fin de "adaptarlo a las nuevas disposiciones legislativas" de esta época,[255] que serían precisamente las que ahora estudiamos. No obstante, estas conclusiones, a nuestro parecer, son discutibles; creemos que esta última interpretación no concuerda con el propio texto que se dice interpolado, el que se refiere a la *consuetudo*, y no a la *lex*, por lo cual podríamos decir que más que una adaptación a estas leyes tardías, lo que podría representar el texto es una adaptación a la costumbre en tal sentido, que venía manifestándose durante todo el período clásico, paulatinamente, y que, en definitiva, desembocaría en tales concreciones legislativas.

Pensamos, además, que si bien (por lo que veremos más adelante) hay una reforma del derecho minero por medio de la ley señalada, ello no significó haber cambiado de un modo radical las cosas, sino consagrar en forma definitiva un principio que poco a poco venía vislumbrándose en el período clásico; de otro modo, creemos, los propietarios fundiarios, al creerse seriamente perjudicados con una medida tan radical y sin precedentes (casi una expropiación, como apuntábamos) —que les disminuiría pretendidos poderes absolutos sobre su propiedad *usque ad coelum, usque ad inferos*, como hiperbólicamente dijo el glosador, según sabemos—, habrían tenido que manifestarse violentamente en contra de una tal medida... y la historia nada dice al respecto; ello podría significar que una ley como la transcrita fue dictada en un ambiente que ya estaba preparado para una medida así, la que no habría venido más que a consagrar lo que, de uno u otro modo, promovía la costumbre.

---

[254] BIONDI, *Il diritto* (n. 249), p. 309; BONFANTE, *Corso* (n. 249), p. 310.

[255] BIONDI, *Il diritto* (n. 249), p. 309. En todo caso, es muy correcta la opinión de este autor en el sentido de que lo que se instaura con esta ley "en antítesis con el clásico, es un régimen de sociabilidad de la minería".

2. Las leyes del Teodosiano

En la organización jurídica de la minería instaurada por las leyes del Teodosiano, se aplicaron principios que seguían los precedentes de la *lex metallis dicta* (o Vip. II: *vid. infra*). Se dirigía la actividad minera en el Imperio a través de los *procuratores metallorum*, jefes o intendentes de distritos mineros. Estos *procuratores*, además de efectuar las labores de policía (en el sentido moderno de intervención administrativa) en las explotaciones de los particulares, ejercitaban la vigilancia y dirección sobre los trabajos de excavación realizados por esclavos *in ministerium metallicorum et in salinas*.[256]

a) *La explotación de los mármoles*

Lo más singular de las leyes del Teodosiano es lo relativo a las canteras de mármol, ya que en cuanto al resto de las explotaciones no era ni siquiera original de las ideas que venían evolucionando desde el derecho romano clásico (*vide infra*). Respecto del mármol, encontramos sus primeras manifestaciones retrocediendo a Constituciones de Constantinus, de Iulianus y de Gratianus.[257] La importancia de estas Constituciones es la consagración reiterada del principio de libertad de extracción del mármol en terreno ajeno, minería que permanecerá en un régimen diferente a la extracción de otras sustancias minerales, por consideraciones de interés público —según se piensa, por el interés estatal de mejorar la condición edilicia de las ciudades,[258] ya que no se verá afectada por ciertas restricciones, ni pagará en un principio el *canon* fiscal o *portorium*, que no obstante las gravaría posteriormente.[259]

---

256 Cfr. Gilardoni (n. 221), p. 262.

257 Nos referimos a la Constitución de Constantinus, de 320, que hemos reproducido *supra*; a la de Iulianus, de 363 = CTh. 10. 19. 2, y a la de Gratianus, de 376 = CTh. 10. 19. 8. Luego de esta última, ha quedado definitiva y expresamente sancionada la libertad de excavación del mármol.

258 Gilardoni (n. 221), p. 262.

259 Por ley de 382, *"Cuncti"*: *vid infra*. El citado cobro de tributos permanecerá en CTh., no obstante la derogación de estas disposiciones especiales para las canteras de mármol. Esto deja ver claramente la evolución del interés del fisco, en que ya no interesará tanto la mejoría de las ciudades como la caja del erario.

b) La ley *"Perpensa deliberatione"*

La clara afirmación que surge en las leyes del Teodosiano de la legitimidad de los derechos mineros,[260] no nace para el particular sólo a base de un derecho de descubridor, sino muy ligado al trabajo que efectúa en las explotaciones mineras, trabajo que posteriormente será exigido por el Estado. Este aspecto se encuentra confirmado por esta ley de Valentinianus, de 365:

> Perpensa deliberatione duximus sanciendum, ut, quicumque exercitium metallorum vellet adfluere, is labore proprio et sibi et rei publicae commoda compararet. Itaque si qui sponte confluxerint, eos laudabilitas tua octonos scripulos in balluca cogat exsolvere. Quidquid autem amplius colligere potuerint, fisco potissimum distrahant, a quo competentia ex largitionibus nostris pretia suscipiant.[261]

El interés del Estado ("el interés de la república", según la ley), por la vía del reconocimiento de la legitimidad de esta industria, ha infiltrado una vez más la clave fiscal: una contribución de "ocho escrúpulos (1/24) por onza de mineral que arrancare". Es aquí, además, donde el hilo de nuestra argumentación encuentra un nuevo acogimiento; a nuestro juicio, el Estado lo que busca es un título (por así decirlo) bajo cuyo pretexto cobrar legítimamente las contribuciones sobre las minas concedidas; en esta misma línea de pensamiento se encuentra Biondi, quien estima derechamente que, a través de estos principios, "se infiltra el concepto del subsuelo como entidad dominical, y se delinea dentro de ciertos límites, el derecho del propietario del suelo".[262] Así, quien es titular de un especial dominio

---

[260] Tanto GILARDONI (n. 221), p. 262, como BIONDI, *Il diritto* (n. 249), p. 309, refieren como "propiedad minera" lo que preferimos denominar "*derechos mineros*".

[261] Reproducida en CTh. 10. 19. 3 = CI. 11. 7. 1, cuya trad. española [BACARDI (n. 251)] es la siguiente:

> Después de una madura deliberación hemos creído conveniente mandar que todo el que se ocupe en el trabajo de las minas, al mismo tiempo que saca su legítima utilidad de su industria, contribuya al bien del Estado. Por lo mismo, al que espontáneamente emprende esta clase de trabajos le obligarás a contribuir con ocho escrúpulos por onza del mineral que arrancare. Los que recogieren una grande cantidad de metal, deberán venderlo al fisco, quien les pagará el precio por nuestra tesorería.

En esta última declaración ("deberán venderlo al fisco") los juristas del Medioevo creyeron ver un ejemplo de venta coactiva, sobre la cual se basaría la doctrina de la expropiación: cfr. NICOLINI, Ugo, *La proprietà, il principe e l'espropiazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia* (Milán, Giuffré Editore, 1940), p. 281.

[262] BIONDI, *Il diritto* (n. 249), p. 309.

sobre las minas, en última instancia, es el Estado, pasando las sustancias minerales a ser propiedad de los particulares sólo una vez que las arrancaren, previo pago al fisco de su contribución. He aquí, entonces, dos características perfectamente delineadas: la afectación dominical pública de las minas, y la siempre presente clave fiscal.[263]

c) La ley *"Cuncti"*

Esta ley se ha hecho famosa por haber originado una intensa polémica en la doctrina,[264] y fue dictada por Theodosius I en 382, y su tenor es el siguiente:

> Cuncti, qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas fisco, decimas etiam domino repraesentent, cetero modo suis desideriis vindicando.[265]

A través de esta ley, ya aparece claro, se consagra definitivamente el principio del derecho fiscal a la décima, que tanta perduración tendría; es la clave fiscal que ya se ha establecido con fuerza suficiente, cubriendo tanto los metales (*vid. supra* ley anterior) como, ahora, los mármoles. Se ha señalado que, en realidad, esta ley no vendría a ser sino una excepción, por estar restringida sólo al mármol, dictada con el objeto de establecer una décima para el dueño del terreno, derecho que no estaba reconocido en general.[266] Bien pudo haber sido —pensamos— una limitación más impuesta a la explotación de las canteras de mármol, antaño vastamente aprovechadas, incluso con fomento fiscal (*vid. supra*); es posible que al haberse generalizado en tal magnitud esta búsqueda de mármol, que a pesar de haber quedado exenta de impuestos en un principio, se establecía ahora uno doble: tanto una *decima fisco* como una *decima etiam domino repraesentent;* por otro lado, además de esta doble contribución, recuérdese que el mismo Theodosius, en 393, dicta la

---

263 Hay quienes creen ver en esta ley el primer germen del llamado "sistema de la regalía minera"; pensamiento bastante generalizado en la doctrina. Por todos: PACINOTTI (n. 249), p. 687.

264 Aun cuando siempre utilizándola como argumento para rechazar o defender argumentos de pretendidos antecedentes para el "sistema de la regalía minera". *Vid.* nota anterior.

265 Reproducida en CTh. 10. 19. 10 = CI. 11. 7. 3, cuya traducción, cfr. BACARDI (n. 251), es la siguiente:

> Los que con trabajosas excavaciones buscan el mármol, deben entregar la décima parte al fisco y otra décima al dueño del terreno, quedando para ellos lo restante.

266 Cfr. MANTELLINI (n. 249), p. 213, *in fine.*

ley *"Quosdam"* con el objeto de prohibir excavaciones profundas que perjudicasen los cimientos de casas ajenas, la que es del siguiente tenor:

> Quosdam operta humo esse saxa dicentes id agere cognovimus, ut defossis in altum cuniculis alienarum aedium fundamenta labefactent. qua de re, si quando huiusmodi marmora sub aedificiis latere dicantur, perquirendi eadem copia denegetur.[267]

Finalmente, debemos señalar que la mayor atención que se le presta por la doctrina a la ley *"Cuncti"* es con el solo objeto de verificar si habría existido ya desde el período romano derechamente una "regalía" minera, una cuasi regalía o alguna mixtura;[268] de todos modos, si en algo estamos de acuerdo con quienes así enfrentan esta materia, es que la *decima* que establece la ley *"Cuncti"* —o como quiera llamársele: contribución, tasa, impuesto, etc.— ya no desaparecerá más de los regímenes mineros en toda su historia: es la "clave fiscal".

d) *Otras leyes del Teodosiano*

Por último, aun cuando sea brevemente, debemos hacer mención a otras leyes del Teodosiano, que, refiriéndose al tema, permiten confirmar los principios que hemos desprendido de las leyes anteriores, leyes que se encuentran en el mismo CTh.[269]

---

[267] Reproducida en CTh. 10. 19. 14. No reproducimos su parte final, que es precisamente lo que se mutiló en CI. 11. 7. 6, al copiar esta ley. Su traducción española, cfr. BACARDI (n. 251), es la siguiente:

> Teniendo noticia que algunos, bajo pretexto de buscar mármoles, practican profundas excavaciones, perjudicando los cimientos de casas ajenas, mandamos no se conceda facultad para buscar mármoles debajo de terrenos edificados.

Es tal la importancia que habría adquirido esta limitación, que es la única ley que se mantuvo en el Breviario de Alarico (*LRV*), de acuerdo a la extensión original que esta ley *"Quosdam"* tenía en CTh. 10. 19. 14. *Vid. Lex Romana Visigothorum* (edi. Gustavus HAENEL, 1849, reprod. por Scientia Aalen, 1962), p. 218. Según GILARDONI (n. 221), p. 266, en esta época se mantuvieron todos los principios del régimen jurídico de la minería. Estas leyes del Teodosiano —entonces— hubieron de pervivir en la Alta Edad Media, pues el Breviario Alariciano fue, para esa época, la fuente principal de la tradición romana, hasta la recepción del *Corpus Iuris*, y, en concreto, del Código de Justiniano; por otro lado (en lo que adelantamos como un argumento especialmente aprovechable por quienes propugnan una continuidad de la regalía), tanto la ley *"Cuncti"* como la ley *"Quosdam"* son las únicas que más tarde citará Gregorio LÓPEZ en sus glosas a las Partidas, y precisamente en defensa de la décima.

[268] Por todos: GILARDONI (n. 221), p. 262.

[269] *Vid.* CTh. 10. 19. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15.

Del examen de todas ellas queda no sólo claro el decidido interés fiscal por los impuestos, sino también por proporcionar actos jurídicos, que hace vislumbrar aunque difusamente la generalización de un procedimiento concesional; así, en la ley *"Quosdam"* (CTh. 10. 19. 14) se habla de "conceder facultad" para extraer mármoles; y en la ley *"Metallarii"* (CTh. 10. 19. 15) se habla de un "registro de los censos", en que se inscribían los explotadores de metales.

Hacemos notar, eso sí, que estas leyes son precisamente tardías (años 395 y 424, respectivamente), de tal modo que podrían hacer pensar en una posible evolución; de aquí en adelante —en los tiempos modernos— ya vendrán las "licencias", los "permisos", o, en fin, "autorizaciones" o "concesiones". Más, pensamos que en esta época se encuentra el germen.

3. El derecho minero justinianeo

En la época del derecho justinianeo (posterior, en el tiempo, a la época del Teodosiano, por cierto), a través del CI. se realiza una compilación de algunas de las leyes mineras que regían en el Teodosiano, incluyendo obviamente las más importantes, como son la ley *"Cuncti"*[270] y la *"Perpensa deliberatione"*,[271] sobre todo para los derechos fiscales. El CI. representa en esta materia una continuación de los principios instaurados por las leyes del Teodosiano, no obstante que, en algunos casos, elimina normas anteriores. Es así como se deroga todo el régimen especial que se había creado al margen de la minería de mármol. En todo caso, en esta época se mantiene intacta la inspiración ya germinada mucho antes en el derecho minero romano, y que examinamos en seguida.

III. EL DERECHO MINERO PROVINCIAL ROMANO

1. Las tablas de bronce de Vipasca

Analizar el derecho minero provincial romano significa referirse a las tablas de bronce de Vipasca.

---

[270] CTh. 10. 19. 4 = CI. 11. 7. 3.
[271] CTh. 10. 19. 3 = CI. 11. 7. 1.

En los escombros de antiguas minas explotadas por los romanos —ubicadas en Aljustrel (Portugal), antiguo distrito minero romano denominado por ellos Vipasca— se encontró en los años 1876 y 1906 sendos documentos epigráficos, esculpidos en bronce, los cuales tienen grabados antecedentes preciosos sobre el régimen jurídico de la minería provincial romana, información que no tiene parangón en ninguna otra fuente,[272] y que ha sido calificada de "única e incomparable".[273]

---

[272] Las primeras ediciones datan de la fecha del descubrimiento de los bronces; no obstante, en 1951, Alvaro d'ORS, por estimar defectuosas las anteriores ediciones, ofreció una nueva versión del bronce descubierto en 1906, *vid.* D'ORS, *Sobre la lex Metalli Vipascensis II*, en *IURA. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, 2 (1951), pp. 127-133. Luego, en: D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España Romana* (Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1953), pp. 71 y ss., ofreció versiones de ambos bronces. También están editados en: GIUFFRÉ, Vicenzo, *Les Lois des Romains* (Nápoles, Jovene Editore, 1977), como "estatutos mineros", pp. 78-87. Ofrece, asimismo, edición latina: DOMERGUE, Claude, *La Mine Antique d'Aljustrel (Portugal) et les tables de bronze de Vipasca* (París, Publications du Centre Pierre, París, 1983), p. 47 (Vip. I) y p. 113 (Vip. II). Estas son las ediciones más modernas, por lo tanto, las que seguiremos en este trabajo.

Dentro de las ediciones más antiguas, véase: *Fontes Iuris Romani Antejustiniani (FIRA)* (edit. Salvator RICCORBONO, Florencia, Tipografica Barbera, 1941), 1, *"leges"*, pp. 498-502, Nº 104 (Vip. II, *"lex metallis dicta"*), y pp. 502-507, Nº 105. (Vip. I, *"lex territorio Metalli Vipascensis dicta"*). Asimismo, *Corpus Inscriptionum Latinarum (CIL)* (edit. Aemilius HÜBNER, Berlín, Apud Georgium Reimerum, 1962), 2, suppl., pp. 788-802, donde se edita sólo la tabla que se denomina Vip. I, incluyendo su dibujo, por ambos lados (pp. 789-790); su edición (pp. 791-792), amplio comentario (pp. 793-801), y anotaciones de Th. MOMMSEN y de Francisci BUECHELERI (p. 801).

Traducciones existen también a varios idiomas, menos al castellano. *Vid.* la francesa en: DOMERGUE (esta n.), p. 47 (Vip. I) y p. 113 (Vip. II); la inglesa en: PHARR, Clyde, *Ancient Roman Statutes* (Austin, University of Texas Press, 1961), p. 163, doc. 206 (Vip. I) y p. 165, doc. 206a. (Vip. II).

La bibliografía es amplísima, destacándose los trabajos de D'ORS, *Sobre la lex metalli* (esta n.); D'ORS, *Pittacion-pittaciarum*, en *AEGYPTUS, Rivista Italiana di Egittologia e di papirologia*, 31 (1951), pp. 339-343; D'ORS, *Epigrafía* (esta n.), pp. 69-133. Esta última obra ha sido calificada como "una de las más importantes obras epigráficas aparecidas en castellano": cfr. BELTRÁN, Antonio, ed. de *Hispania Antiqua Epigrafica*, 4-5 (1953-1954), p. 10, y contiene un completísimo estudio de ambos bronces, la que se separa, en muchos aspectos, de los estudios básicos sobre el tema que años antes habría realizado el alemán SCHÖNBAUER. En ella se encuentra una importante bibliografía (pp. 73-74). Luego, la obra de DOMERGUE (esta n.) es la más moderna dedicada íntegramente al tema, y plena de interés para nuestra indagación. Contiene la más completa bibliografía que conocemos sobre el tema (pp. 181-188), y realiza un análisis exhaustivo de ambos bronces. Existe, además, una modesta aportación de GIBERT, Rafael, *Lex Metalli Vipascensis*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Editorial Seix, 1974), 15, pp. 156-159. No ha perdido vigencia el tema desde principios de siglo y fines del anterior (en que se descubrieron los bronces); en Italia, véase: CANTARELLI, Luigio, *Un regolamento minerario romano scoperto nel Portogallo*, en *Bolletino dell'Istituto di Diritto*

2. La *lex territorio metalli Vipascensis dicta*

La *lex territorio metalli Vipascensis dicta* es, en otras palabras, el "estatuto del territorio minero de Vipasca", y la denominaremos —como Alvaro d'Ors— Vipasca I (o Vip. I), como al siguiente Vipasca II (o Vip. II). Se trata de una *lex locationis* en la que se fijan los derechos de los diferentes arrendatarios de los servicios públicos del territorio minero de Vipasca, los cuales serían mantenidos por ellos en régimen de monopolio; así: el arriendo del impuesto de subasta, del pregón, del baño público, de la zapatería, de la barbería, de la tintorería; en fin, del impuesto sobre compra del mineral extraído. Señala este bronce, además, reglas sobre una *immunitas* de los maestros de Vipasca. Sólo su último capítulo, el 9, proporciona información sobre el régimen jurídico de las minas —*indirectamente*—, al referirse a un impuesto que grava la ocupación de los pozos mineros; su tenor es el siguiente:

> *Usurpationes puteorum siue pittaciarum. Qui intra fines metalli Vipascensis puteum locum que putei iuris retinendi causa usurpabit occupabitue e lege metallis dicta, biduo proximo quod usurpauerit occupauerit apud conductorem socium actoremue huiusce uectigalis profiteatur...*[274]

Este capítulo sobre *usurpatio* de pozos (*usurpatio* significa toma de posesión) ha ocasionado muchas controversias. Su interpretación indicaría que aquel que tuviese "derecho de ocupación" de un "pozo" (*puteus*), por haberlo ocupado para la explotación, deberá —según una "ley de minas" (*lege metallis dicta*) que se señala—, dentro de los dos días siguientes, pagar ante el jefe del distrito un impuesto (*vectigalis*) sobre su derecho de ocupación.

Romano, 18 (1906), pp. 309-313, lugar en que, además, edita Vip. II; Cantarelli, rec. en *Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 20 (1908), pp. 104-106; por otra parte, decepcionan las cinco líneas que le dedica Longo, Giannetto, voz *Lex territorio metalli Vipascensis dicta*, en *Novissimo Digesto Italiano* (Turín, UTET, 1963), 9, p. 823. Incluso, el antiguo trabajo de Schönbauer, *Das Bergrecht von Vipasca*, se ha reproducido en *LABEO. Rassegna di Diritto Romano*, 15 (1969), pp. 327-345. Y, por último, Capanelli, Daniele, *Para un nuevo examen de las "leges metalli Vipascensis"*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 72 (1987), pp. 575-584, aun cuando muy brevemente y sin mayores análisis.

[273] D'Ors, *Epigrafía* (n. 272), p. 71.

[274] Cfr. ed. lat. de: Giuffré (n. 272), p. 87; D'Ors, *Epigrafía* (n. 272), pp. 103-104, y Domergue (n. 272), p. 57.

3. La *lex metallis dicta*

El segundo documento epigráfico, la *lex metallis dicta*, es de tal importancia que sin su conocimiento muy poco se sabría del régimen jurídico de la minería en las provincias romanas; régimen que podría haber influido no sólo en el pensamiento del jurista clásico,[715] sino también en el posterior desarrollo del derecho minero tardo-romano. Se trataría seguramente de una *lex dicta* general, tanto para Vipasca como para todas las minas del fisco —una *lex metallis dicta*—, en la que se determina el régimen de la explotación no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también técnico, evidenciando esta última parte una poderosa intervención administrativa. Sus tres primeros apartados tratan específicamente del otorgamiento de derechos de explotar (o "concesiones de explotación", como derechamente las llama Alvaro d'Ors), y son del siguiente tenor:

> . . .Ulpio Aeliano suo salutem,
> (1) . . .Aug. presens numerato. Qui ita non fecerit et conuictis erit prius coxisse uenan quam pretium sicut supra scriptum est, soluisse pars occupatoris commissa esto et puteum uniuersum procurator metallorum uendito. Is, qui probauerit ante colonum uenam coxisse quam pretium partis dimidiae ad fiscum pertinentis numerasse, partem quartam accipito.
>
> (2) Putei argentari ex forma exerceri debent quae hac lege continetur; quorum pretia secundum liberalitatem sacratissimi imperatoris Hadriani Aug. obseruabuntur, ita ut ad eum pertineat proprietas partis, quae ad fiscum pertinebit, qui primus pretium puteo fecerit et sestertia quattuor milia nummum fisco intulebit.
>
> (3) Qui ex numero puteorum quinque unum ad uenam perduxerit, in ceteris, sicut supra scribtum est, opus sine intermissione facito; ni ita fecerit, alii occupandi potestas esto. Qui post dies XXV praeparationi impensarum datis opus quidem statim facere coeperit, diebus autem continuis decem postea in opere cessauerit, alii occupandi ius esto. Puteum a fisco uenditum continuis sex mensibus intermissum alii occupandi ius esto, ita ut, cum uenae ex eo proferentur, ex more pars dimidia fisco salua sit.[716]

---

[715] Aun cuando —como señala D'Ors, en anotaciones a nuestro manuscrito (en adelante: *anotaciones*), con razón—, "los juristas clásicos no parecen estar interesados por las minas fiscales".

[716] Cfr. ed. lat. de: Giuffré (n. 272), pp. 79-80; D'Ors, *Epigrafía* (n. 272), pp. 113-121, y Domergue (n. 272), p. 115. Los siguientes cinco párrafos,

4. El régimen jurídico

En los parágrafos que siguen se analizará el régimen jurídico que resulta de estos textos.

A) LA "PROPIEDAD" DE LAS MINAS

Nos referiremos en primer lugar al tema de la "propiedad" de las minas.[277] La reglamentación contenida en Vip. II habría regido en el suelo provincial (en principio, pues, estrictamente, luego Vip. II habría pasado a constituir un cuerpo especial del derecho de las minas fiscales de todo el imperio), por lo que debe recordarse que según Gaius:

> Sed in prouinciali solo placet plerisque locum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum uel usumfructum habere uidemur.[278]

Entonces, aparece evidente el dominio originario que sobre las minas provinciales tendría el Estado, lo que podría interpretarse ciertamente como un monopolio estatal, de acuerdo con la opinión de Petit.[279]

---

que completan el texto conservado de esta *lex*, contienen regulaciones sobre sociedades de mineros; medidas de policía y prescripciones de carácter técnico, que evidencian una alta intervención administrativa, y pueden consultarse en la bibliografía citada.

---

[277] Tanto este tema como en general el análisis de los bronces de Vipasca, presentan una enorme dificultad para quienes no podemos terciar a través de un examen epigráfico de las fuentes, y nos valemos de las ediciones y traducciones que nos dan los especialistas, dificultad que se acrecienta aún más cuando no es posible encontrar en la doctrina ninguna obra no contradicha por otra, haciendo gala este tema de grandes discrepancias de interpretación. Según D'Ors, *Epigrafía* (n. 272), p. 76: "la cuestión ha sido enturbiada por el deseo de los autores de demostrar o refutar la continuidad del régimen minero romano con el germánico medieval".

[278] Gai. 2. 7 (ed. lat. de M. David y H.L.W. Nelson, Leiden, E.J. Brill, 1960). En la parte pertinente, su traducción española [cfr. *Institutas* (trad. esp. de Alfredo Di Pietro, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1967), p. 83. *Vid.* además: Gayo, *Instituciones* (ed. Hernández-Tejero y otros, Madrid, Editorial Civitas, 1985)] es:

> El suelo provincial (...) o es del dominio del pueblo Romano, o lo es del César, por lo que se considera que nosotros sólo podemos tener la posesión o el usufructo del mismo.

[279] Petit (n. 246), p. 229.

Pero es evidente que a través de esta legislación el Estado va diferenciando los dos valores jurídicos a que hemos aludido con anterioridad, aun cuando ambos de su titularidad: la propiedad del suelo y la propiedad de las minas, interviniendo activamente frente a estas últimas —a través de una difusa "afectación", en terminología moderna—, con el fin de que fuesen explotadas debidamente. No por otra razón en cada distrito minero había a su cargo un *procurator metallorum*, representante del fisco imperial y titular de la intervención administrativa que en forma activa propugnaba y efectuaba el Estado.

B) EL DERECHO A EXPLOTAR MINAS

En segundo lugar, trataremos el tema del derecho a explotar minas. Según una opinión, al fisco —dueño de las minas, y que no explotaba directamente— no le interesaba tener sino dinero (al parecer en la misma línea de nuestro pensamiento al exponer la que hemos denominado la "clave fiscal"), por lo que acudía a un "régimen de concesión".[280] Otros[281] no utilizan directamente tal denominación, señalando que el derecho a explotar podía adquirirse de variadas formas: por la *occupatio*, la venta, la *donatio*, y, por último —ya claramente—, la *adsignatio*. En fin, sea como sea, el derecho que se obtenía en definitiva, similar para todos los casos, permitía la efectiva explotación de los pozos.

Cualquier colono del distrito de Vipasca tenía derecho a *occupare* un pozo minero que encontrase libre; para ello debía hacer una *professio* al arrendatario del impuesto especial sobre las ocupaciones, que se llamaba *pittaciarum*; para realizar tal *professio* tenía el que ocupaba el pozo un plazo de dos días (Vip. I, 9); una vez en esta situación, el *colonus* (cualquier vecino de Vipasca) habría adquirido un derecho provisorio, el *ius occupandi*, el que no es sino la etapa previa a constituirse en —usando terminología moderna— concesionario; para obtener la *proprietas* —usando la terminología de la *lex*— sobre el pozo, debía cumplir ciertas condiciones.

a) *Adquisición del derecho a explotar. Requisitos*

Para adquirir este derecho a explotar se debían cumplir ciertos requisitos, que pasamos a revisar.

---

[280] D'Ors, *Epigrafía* (n. 272), p. 77.

[281] Cfr. Domergue (n. 272), pp. 172-173.

1º Trabajar el pozo

El colono tenía la obligación de trabajar el pozo. Una vez hecha la ocupación, debía empezar la explotación, para lo cual se fijaba un plazo perentorio de veinticinco días; se pensaba que tal plazo era suficiente para que pudiese reunir los medios económicos y utillaje necesarios para la explotación. En caso que un *colonus* ocupase varios pozos, tenía la obligación de trabajar en por lo menos uno de cada cinco o fracción de cinco, hasta que llegase a encontrar el filón (*ad uenam perduxerit:* Vip. II, 3), momento en que debía dejar ese pozo y comenzar con otro. Si el ocupante no empezaba las labores dentro de ese plazo, perdía su derecho, y el pozo podía ser ocupado por cualquier otro *colonus*; lo mismo ocurría en caso que las labores comenzaran oportunamente pero se suspendieran después durante diez días seguidos.

Así, aun cuando el *ius occupandi* no es un derecho definitivo sino precisamente un derecho provisorio, el Estado quiere que todos los pozos sean trabajados, y que ninguno permanezca inactivo; otra vez vemos cómo el fisco romano está en pos de un objetivo de desarrollo económico, que, a la vez, tiene relación con su interés fiscal. En definitiva, la mera ocupación no bastaba para permanecer titular del *ius occupandi* sobre un nuevo pozo, sino que como primer requisito es necesario cumplir la obligación de trabajarlo (*vid.* Vip. II, 3).

2º Pagar el precio

Además, era obligación del *occupator* pagar el *pretium* (precio) al fisco; se trata del *pretium partis dimidiae ad fiscum pertinentis*, a que se refiere Vip. II, 1. De acuerdo con la interpretación de D'Ors,[282] el *colonus occupator*, al descubrir el filón, debía repartir el mineral que hubiese extraído a medias con el fisco, siendo ésta no una situación definitiva sino tan sólo una forma de permitir al fisco la evaluación de aquel pozo; así, el ocupante no podía fundir el mineral extraído antes de haber pagado al fisco el *pretium* que éste fijase por el disfrute total del pozo; de este modo, siendo aún del fisco la mitad del mineral extraído y la mitad del pozo, estima D'Ors que "el ocupante se veía obligado a pagar el precio, si quería aprovecharse del producto de la mina".[283] Para Domergue,[284] esta *pars dimidia ad fiscum per-*

---

[282] D'Ors, *Epigrafía* (n. 272), p. 78. También Gibert (n. 272), p. 158, *in fine*, quien sigue a D'Ors.

[283] D'Ors, *Epigrafía* (n. 272), p. 78.

[284] Domergue (n. 272), p. 125. Dice D'Ors, *Epigrafía* (n. 272), p. 116, que esto de la *dimidia pars* era sólo "una manera de hablar, pues en realidad lo que se compraba era el pozo entero..."

tinentis es efectivamente la mitad del pozo, pero siendo la otra mitad la *pars occupatoris* del *colonus*, y todas ellas formarían el *puteus universus*. Mas la diferencia esencial de su interpretación radica en que la *pars occupatoris*, o mitad del *colonus*, está representada por aquella suerte de derechos propios del *occupator* y se materializa por el pozo cavado y equipado. Ahora, en cuanto a la *pars dimidia ad fiscum pertinens*, ella se traduce en el derecho de propiedad que el fisco tiene sobre el suelo y el subsuelo en que aquél ha cavado su pozo.[285]

Si bien ambas interpretaciones desembocan en la obligación del *colonus* a pagar un *pretium*, evidenciando nuevamente una clave fiscal, un interés tributario del fisco, hay otra consideración importante que fluye de esta situación; de acuerdo con la interpretación de D'Ors, una vez obtenido el *ius occupandi*, se operaba una división artificial y abstracta de las sustancias minerales, siendo una mitad del fisco y la otra del *colonus;* mientras que la interpretación de Domergue nos parece más coherente con el sistema general —y con lo que nosotros propugnamos—, ya que si aún no existe un derecho definitivo, el fisco no ha otorgado al *colonus* ningún derecho de propiedad sobre los minerales, más aún cuando —al parecer—[286] el *colonus* no los puede ni aprovechar todavía, fundiéndolos; por otra parte, esto se encuentra más ajustado a la realidad de que las minas son del dominio del fisco, y siempre lo seguirán siendo, aunque, en definitiva, se otorgue la *proprietas* —que es una "concesión"—, pues lo que tendrá el *colonus* es simplemente un derecho a explotar y apoderarse en propiedad de los minerales extraídos —y sólo una vez extraídos—, sujeto su derecho incluso a caducidad; además, vemos aquí que, aun difusamente, ya se inicia por parte del Estado la afectación de bienes, institución esta que por lo visto no es tan moderna como se piensa, sino de raigambre romana. Por lo tanto, recapitulando, pensamos que una vez pagado por el *colonus* el *pretium*, se convertía en "concesionario", adquiriendo la *proprietas* (Vip. II, 2).

---

[285] DOMERGUE (n. 272), p. 125. D'ORS, *anotaciones* (n. 275), ha observado, posteriormente, que "si la concesión es de la mitad, ¿puede el fisco disponer de su mitad antes de cobrar la mitad del mineral extraído por el concesionario? La respuesta parece negativa, y eso me inducía a pensar que la concesión de *proprietas* es sobre el todo, aunque con la carga de pagar la mitad de lo extraído".

[286] D'ORS, *anotaciones* (n. 275), señala que no es seguro que así sea. Insistimos, respetuosos, careciendo en esto, así, de la *auctoritas* de su opinión.

b) *Condiciones de explotación: la caducidad*

El derecho concedido estaba sujeto a caducidad. Una vez que el *colonus* había obtenido su derecho a explotar, no podía dejar el pozo inactivo, ya que en caso de no trabajarlo durante seis meses seguidos *(continuis sex mensibus)* caducaba el derecho del "concesionario", y podía el pozo ser ocupado libremente por cualquier otro *colonus* (Vip. II, 3, i. f.). Esto ratifica el hecho de que la "concesión" otorga un derecho distinto de la propiedad, y que el dominio de las minas, con excepción del material ya lícitamente extraído, continúa siendo del Estado. No podemos pensar sino con reparos en un otorgamiento de derecho de propiedad, sujeto a una suerte de condición resolutoria que, en caso de cumplirse, hace volver la propiedad al Estado; lo que sí podría resultar razonable pensar es en una verdadera afectación del dominio minero por parte del Estado, tal como funciona esta figura en las legislaciones más modernas (la que, por lo demás, no fue desconocida en el mundo romano).

c) *Naturaleza jurídica del derecho a explotar*

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho a explotar: debe precisarse que el *ius occupandi,* que es transitorio, sólo autoriza al *colonus* a hacer calicatas, y en el momento de dar con el filón, *aduenam perduxerit,* debe abandonar las labores, para comenzar a negociar con el fisco el pago del *pretium,* con el objeto de convertirse en titular de la *proprietas* sobre el pozo ("concesionario"), calidad que aún no ostenta; si el ocupante decide, como dice Vip. II, 1, *prius coxisse uenam quam pretium,* esto es, coger la vena antes de pagar el precio, pierde su derecho; y con el fin de evitar esto, el Estado ofrece incluso al *colonus* delator, como recompensa, la *partem quartem accipito* (Vip. II, 1, i. f.).[287] Pues bien, como hemos visto, una vez pagado el *pretium,* la condición del *colonus* cambia radicalmente, y adquiere la *proprietas.* Ahora, ¿cuál es la naturaleza jurídica de su derecho?

Como primera aproximación, debe quedar claro que éste no es un derecho como el *dominium,* sobre todo por estar sujeto a caducidad aparte de otras limitaciones técnicas que introduce

[287] Este derecho previo podría considerarse como lo que en las legislaciones modernas se denomina "concesión de exploración", como acto previo a la obtención de una "concesión de explotación".

el Estado sobre la forma de explotación (Vip. II, 10 y ss.), que evidencian, como hemos dicho, una importante intervención administrativa, que no se compadece con la concepción romana de aquel derecho. La doctrina no es pacífica en esta materia: Mispoulet sostiene la existencia de una propiedad minera, adquiriendo el *occupator* un *ius perpetuum*, similar al del *possessor* de los *saltus* africanos;[288] es muy forzada, se dice, la explicación de Schönbauer,[289] para quien se trataría de una concesión transitoria, debiendo prorrogarse cada cinco años mediante la *usurpatio;* D'Ors, por su parte, estima que se trata sencillamente de un derecho exclusivo de aprovechamiento o disfrute;[290] y, en fin, Domergue habla de un usufructo.[291] Si bien no resulta del todo claro obtener una conclusión al respecto, por lo pronto es posible verificar la clara separación entre el derecho de propiedad y el concepto jurídico de mina; y, además, una clara conceptuación jurídica en cuanto al distingo entre el derecho sobre todas las minas que mantiene el Estado y el derecho de disfrute que simplemente adquiere el concesionario (adoptando la tesis de D'Ors, sólo en cuanto a la calificación de este derecho). El Estado, creemos, continúa teniendo el *dominium soli*, creándose a favor del concesionario un verdadero *ius in re aliena*, pasando a ser las sustancias minerales de su propiedad sólo una vez separadas del suelo. Esta nueva situación que se perfila, muy difusa en cuanto a naturaleza jurídica, podría pensarse —no obstante, con serias dudas— que podría ser posible a través de lo que en Roma se conoció como *adsignatio*,[292] institución a la que incluso Domergue señala como una forma más de adquirir el derecho a explotar en Vipasca,[293] la que, en el fondo, podría no ser más que lo que denominamos —terminología que, como he-

---

[288] MISPOULET, J.B., *Le régime des mines à l'époque romaine et au moyen âge d'après les tables d'Aljustrel* (París, Larose et Tenin, 1908), p. 119, cit. por CANTARELLI, *Un regolamento minerario* (n. 272), p. 105.

[289] Cfr. D'ORS, *Epigrafía* (n. 272), p. 107, quien además ofrece un elenco de opiniones en pp. 108-109.

[290] D'ORS, *Epigrafía* (n. 272), pp. 118 y 123.

[291] DOMERGUE (n. 272), p. 172. D'ORS, *anotaciones* (n. 275), señala que "en todo caso no sería un verdadero usufructo civil, pues no es vitalicio".

[292] Se pregunta D'ORS, *anotaciones* (n. 275), a raíz de nuestra afirmación en este sentido: "¿se usa ese término? La *adsignatio* era de fundos rústicos que se daban en *dominium;* ¿se extendió a esta concesión de la *proprietas* minera?" Una respuesta definitiva, con mayor certeza, no la podemos ofrecer aquí. Sólo sugerimos este camino, para una posible indagación futura.

[293] DOMERGUE (n. 272), p. 173.

mos visto, incluso D'Ors no duda en utilizar una y otra vez— hoy en día: "concesión".[294]

Así, el concesionario de Vipasca no tiene más que un derecho nuevo, de una naturaleza jurídica creada en ese entonces, por esta legislación, y como resultado de una evolución en el pensamiento del jurista romano, y que es precisamente la de "concesionario", en ese entonces, quizás, "adsignatario"; su condición sería similar a la de un concesionario actual, titular de un derecho que lo sujeta a la obligación de trabajar continuamente su mina, so pena de caducidad; con una obligación de pagar tributos al fisco, y, en fin, haciendo suyos los minerales sólo una vez extraídos, antes de lo cual —como el suelo en que, en este caso, se encuentra— son bienes de lo que hoy llamamos dominio público.

IV. LA MINERIA EN EL DERECHO ROMANO CLASICO

1. Una explicación previa

Examinaremos, por último, la minería en el derecho romano clásico; mas esto requiere una explicación previa.[295]

Me parece suficientemente claro que el origen de los principios del derecho minero se encuentra en el derecho provincial romano, como lo hemos demostrado hasta aquí; estos principios habrían sido recogidos por las leyes del Teodosiano, luego por el derecho medieval hispánico; desde el derecho medieval hispánico, directamente hasta hoy, al actual derecho español de minas; y, desde un "afluente": el derecho indiano, al actual derecho chileno de minas.

Podríamos dejar hasta aquí este examen "retrospectivo" de la historia de los principios que hemos visualizado existen en el derecho minero. No obstante, analizaremos brevemente el derecho clásico romano, por una doble razón: por una parte, según lo adelantamos en la Introducción, quienes han creído ver no uno, sino diversos "sistemas" de régimen minero, individua-

---

[294] Idea contenida además en Arangio-Ruiz, Vicenzo, *Storia del Diritto Romano*[7] (Nápoles, Jovene, 1957), p. 268.

[295] Sobre todo, respondiendo a D'Ors, *anotaciones* (n. 275), quien —con razón, por lo demás— señala que en el período clásico no se puede hablar aún de un derecho minero, el que surgió en las provincias posteriormente (según hemos visto y concluido nosotros mismos). No obstante esto, y lo que decimos en el texto, queremos rastrear algún antecedente válido, siquiera germinal, que haya surgido en esta época.

lizan para el primitivo derecho romano un pretendido "sistema fundiario",[296] en virtud del cual el propietario del suelo sería dueño de las sustancias minerales, sin señalar ninguna matización, lo que, en el fondo, significaría decir que no se concibió en tal período, ni siquiera en germen, algún "derecho minero", distinto y separado de la propiedad del suelo; y, por otro lado, como consecuencia de nuestra disconformidad con el planteamiento anterior, y como una forma de probar nuestras razones, hemos querido mostrar cómo (aunque no estén claramente delimitadas en el derecho romano clásico las características o principios a que nos hemos referido *supra*) es posible verificar una evolución en el pensamiento del jurista clásico, lo que fue origen de nuevos valores y de la aceptación, poco a poco, de ciertos derechos (difusos en un principio, pero ya después claramente constitutivos de "derechos mineros") que serían consagrados con posterioridad en las provincias y en las leyes tardo-imperiales.

Por lo demás, esto se nos planteaba como algo lógico: en la historia del derecho difícilmente hay cambios tan radicales (como los que se propugnarían de un "sistema" minero a otros); siempre los cambios son fruto de una evolución —excepto en las revoluciones, como su nombre lo indica—, por lo que el régimen posterior no podría haber sido la creación fortuita de una época, sino que algún elemento, o "valor", como se le ha llamado, debería haber existido con anterioridad; por lo tanto, las páginas que siguen están destinadas a descubrir esos "elementos" o "valores" que habrían ido surgiendo en el derecho romano clásico, y que luego formarían principios que habrían de perdurar para siempre en los regímenes mineros.

2. La minería en tierras privadas

A) LOS DERECHOS SOBRE EL SUBSUELO. ULPIANUS, D. 8. 4. 13. 1

La extendida fórmula del glosador *"usque ad inferos"*[297] ha contribuido grandemente a la exageración del correcto concepto

[296] *Vid.* Villar Palasí (n. 16), p. 80-81; Quevedo Vega (n. 16), 1, p. 14; etcétera.

[297] Fórmula abreviada (su texto completo es: *"cuius est solum eius usque ad coelum, usque ad inferos"*). Esta hipérbole, quizás muy gráfica, pero que, como tal, no encierra toda la verdad, fue creada por un glosador: Cino de Pistoia, *In Cod. et aliquo tit. primi Pandectarum* (Francoforte, 1578), p. 266, según Gilardoni (n. 221), p. 261, por lo que no se trata de un texto romano, como suele creerse.

que de la propiedad en general se consagró en el derecho romano clásico; y, como consecuencia de ello, a la creencia de la inexistencia de derechos sobre el subsuelo o sobre las minas, diferentes y separados de la propiedad del suelo. En cuanto al concepto y terminología de la propiedad romana, el término más general con que se le señalaba es "señorío" *(dominium)*, de acuerdo al cual la identidad de la relación dominical no está en el contenido sino en el sujeto; de ahí el comportamiento de éste como "señor".[298]

Ahora bien, es común afirmar que en la época clásica sólo se habría admitido un derecho de explotación minera en terrenos públicos,[299] lo que equivale a decir que en terrenos privados no se habría consagrado un derecho a explotar minas, y que, por lo tanto, a este respecto, la propiedad no sería objeto de limitación alguna. En consecuencia, de acuerdo a esta afirmación, la explotación minera, para que fuese lícita, sólo sería posible —en terrenos privados— con el permiso de su propietario o cuando fuere practicada por el dueño en su propio terreno; lo que —en definitiva— significa que no habrían existido durante el período clásico "derechos mineros", o sobre las minas, como un derecho distinto y separado de la propiedad del suelo.[300]

El argumento jurisprudencial que se ha mencionado por los autores es el siguiente texto del D.[301] (Ulpianus, D. 8. 4. 13. 1):

> Si constat in tuo agro lapidicinas esse, inuito te nec privato nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi ius non est: [nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut si quis uoluerit ex his caedere, non ali-

---

[298] *Vid.* D'ORS, *Derecho Privado Romano* (n. 244), § 140. El término *proprietas*, de donde deriva la palabra "propiedad", es de origen vulgar y su significado inicial era diferente. Se emplea a veces precisamente para designar el derecho especial de explotación minera: *vid. supra* Vip. II, 2.

[299] En esto concuerdan: GLÜCK, *Pandette* (n. 247), 6, p. 21; BONFANTE, *Corso* (n. 249), p. 309; DI MARZO (n. 245), p. 216; BIONDI, *Istituzioni* (n. 245), p. 266; JÖRS-KUNKEL (n. 245), p. 177; D'ORS, *Derecho Privado Romano* (n. 244), § 156, n. 9; etc.

[300] Usualmente, para referirse a la propiedad del suelo, se señala como "propiedad superficiaria" o "propietario superficiario", lo que no es correcto, pues superficie es lo edificado o plantado sobre el suelo: cfr. D'ORS, *anotaciones* (n. 275).

[301] El Digesto, aun cuando de factura muy posterior, está compuesto de obras de los juristas romanos de la segunda y última etapa clásica, y lo citamos de la edición de MOMMSEN, Th., *Digesta Iustiniani Augusti (editio altera lucis ope expresa)* (Berlín. Apud. Weidmannos, 1962). El texto castellano lo tomamos de la trad. de D'ORS y otros, *El Digesto de Justiniano* (Pamplona, Editorial Aranzadi, 1968), 3 vols. Cuando así se señale, usaremos también la traducción de RODRÍGUEZ FONSECA Y ORTEGA, *Cuerpo de Derecho Civil* (Barcelona, Establecimiento Tipográfico de Narciso Ramírez y Compañía, 1874), 1.

ter hoc faciat, nisi prius solitum solacium pro hoc domino praestat: ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur neque commoditas rei iure domino adimatur].[302]

Pensamos que este fragmento, por sí solo, no zanja definitivamente la cuestión, como se ha pretendido, y bien merece algunas matizaciones, sobre todo cuando su característica no es precisamente la claridad; es notoria la contradicción entre la primera parte y la segunda, sobre todo cuando a esta última se la estima interpolada; aún más, la mencionada "concesión de un derecho" a extraer *lapides*, distinta del consentimiento del dueño del terreno, podría insinuar un procedimiento de concesiones otorgadas —en caso de ser efectiva esta hipótesis— por quien detenta el poder.[303] En todo caso, esta posibilidad es muy remota, y sólo demuestra lo dudoso que es el texto. Por otro lado, no es posible considerar a este texto en forma aislada, cuando es notorio que se refiere sólo a las canteras *(lapidicinae)*, normalmente de mármol u otras piedras, que no es lo mismo que las minas (los *metalla*[304]), estas últimas de metales ricos, como el oro o la plata, las que —si se considerara lo señalado en este texto como la regla general— podrían, incluso, tener un régimen jurídico diferente. Este solo dato permite matizar las afirmaciones que sobre la sola base de este texto se generalizan, creemos, precipitadamente.

Analizaremos otros fragmentos, esparcidos a través del D., referidos a diferentes materias, con el objeto de verificar, aun cuando sea por esta vía indirecta, colateral, alguna conclusión que revele las características de un posible régimen jurídico de la minería, quizás simples y difusos gérmenes de lo que hemos visto aparecer más tarde. Esto no significa que analizaremos cada texto relacionado de alguna manera con las minas, sino sólo en cuanto nos sea útil para verificar nuestros principios.

---

[302] Su traducción es la siguiente:
Si resulta que en tu campo hay canteras, nadie que no tenga concedido derecho a ello puede extraer piedra sin tu consentimiento, ni privada ni públicamente: [a no ser que en aquellas canteras exista la costumbre de que si alguno quiere extraer piedra lo haga, previo pago al propietario de la sólita compensación; pero sólo debe extraer la piedra después de que haya dado al propietario seguridad de que no se entorpecerá el uso de la piedra que necesite ni se le privará de las ventajas de la cosa a que tiene derecho].
El texto entre corchetes [] se ha señalado como itp. (en adelante: itp. = []). Cfr. BONFANTE, *Corso* (n. 249), p. 310; BIONDI, *Il diritto* (n. 249), p. 308.

[303] Aun cuando, según D'ORS, *anotaciones* (n. 275), la *consuetudo* en los clásicos suele ser provincial.

[304] Téngase presente que los *metalla* pueden incluir las canteras: cfr. D'ORS, *anotaciones* (n. 275).

B) CANTERAS EN UN FUNDO DOTAL. TEXTOS

Existen tres textos referidos al caso de canteras en un fundo dotal, cuyos autores son Iauolenus, Ulpianus y Paulus; aun cuando referidos sólo a lapidicinas, algo de ellos es posible concluir:

a) *Iauolenus, D. 23. 5. 18. pr.*

Señala este texto:

> Uir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat: diuortio facto quaeritur, marmor quod caesum neque exportatum esset cuius esset et impensam in lapidicinas factam mulier an uir praestare deberet. Labeo marmor uiri esse ait: ceterum uiro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esset factus. ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit.[305]

Tanto Labeo como Iauolenus le atribuyen la propiedad del producto de las canteras —el mármol extraído— al marido, separando claramente dos tipos de propiedad, o —como podríamos llamarle— dos valores jurídicos diferentes: la del mármol y la del suelo; así, este texto podría significar efectivamente un matiz diferente a la concepción usual de la propiedad romana, ya que en el caso del texto, los frutos de la minería los adquiere el minero de su trabajo y de su función de descubridor, y no a través de otros medios derivativos de adquisición de la propiedad.[306]

---

[305] Su traducción:
El marido empezó a excavar unas canteras de mármol en el fundo dotal; al producirse el divorcio, se pregunta de quién será el mármol que se había extraído pero no sacado del fundo, y si el marido deberá abonar las impensas hechas en las canteras, o la mujer. Labeón dice que el mármol es del marido, pero niega que la mujer deba dar cosa alguna al marido, porque no fueron impensas necesarias y el fundo se deterioró. Yo entiendo que no sólo ha de abonar la mujer las impensas necesarias, sino también las útiles, y no considero que el fundo se haya deteriorado si en las canteras sigue habiendo piedra que extraer.

[306] Un antecedente curioso de este texto es la afirmación de IAUOLENUS, según la cual la apertura de *lapidicinae marmoreae* devuelva *deterior* el fundo dotal, afirmación que IAUOLENUS no rechaza, pero delimita observando que eso no sucederá *"si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit"*. Que la piedra pueda renacer es una doctrina difusa en el mundo romano, pero que, al parecer, cierta importancia tuvo. *Vid.* HA-

Nos parece importantísimo en este texto la separación que es posible vislumbrar de estos dos anunciados valores: la propiedad y la sustancia mineral que se ha extraído, que se independiza de la anterior, por una situación jurídica diferente a la derivación del propietario, situación que creemos abre una fisura a la tesis hiperbólica del *usque ad inferos*.[307]

b) *Ulpianus, D. 24. 3. 7. 13-14*

Expresa este texto:

> (13) Si uir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas inuenerit et fundum fructuosiorem fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia. (14) Sed si cretifodinae, argenti fodinae uel auri uel cuius alterius materiae sint uel harenae, utique in fructu habebuntur.[308]

Este fragmento —por sí solo y relacionado con otros, especialmente con el que señalaremos en el parágrafo siguiente— nos permite ofrecer importantes conclusiones.[309] Los propugnadores de la hipérbole *usque ad inferos* sostienen que los frutos de un fundo, y por lo tanto —en su opinión— los productos mi-

---

LLEUX, Robert, *Fécondité des mines et sexualité des pierres dans l'antiquité greco-romaine*, en *Revue Belge de Philologie et d'Histoire*, XLVIII (1970), 1, pp. 16-25, y, más modernamente, un estudio exhaustivo de fuentes literarias y jurídicas, LAMBERTINI, Renzo, *Lapis crescere potest: I frutti del regno minerale*, en *Archivio Giuridico Filipo Serafini*, CCIV (1984), pp. 97-165. Ver, asimismo, próximo fragmento que se analiza en el texto: D. 24. 3. 7. 13, *in fine*.

[307] D'ORS, *anotaciones* (n. 275), piensa diferente. Según él, no es así y "se trata de la propiedad de los frutos (que puede *siempre* separarse de la del fundo), pero el marido es *propietario* del fundo (!)" (énfasis y exclamación en el original).

[308] Su traducción es la siguiente:
(13) Si el marido hubiera encontrado unas canteras de mármol en el fundo dotal de la mujer y hubiera aumentado el rendimiento de aquel fundo, el mármol extraído y no exportado es del marido y no debe abonársele el gasto, pues el mármol no es fruto, a no ser que las canteras sean de aquellas en que la piedra se renueva, como las hay en Galia y también en Asia. (14) Pero si hay yacimientos de creta, de plata, de oro o de cualquier otro mineral, o de arena, se tendrán ciertamente como fruto.

[309] No obstante, D'ORS, *anotaciones* (n. 275), señala una opinión diferente a la nuestra, ya que, según él, sigue tratándose de frutos *del propietario* (énfasis en el original).

nerales, pertenecen al propietario *iure soli*,[310] y es en este punto donde nos socorren convenientemente los fragmentos de Ulpianus, quien habla de canteras abiertas y en ejercicio, admitiendo —al contrario— que el producto de ellas pertenezca al usufructuario. Mas, como decíamos, estos textos por sí solos no resuelven el problema de si en el derecho romano primitivo las canteras o minas no descubiertas pertenecen al propietario o no. Es muy útil a los efectos de interpretar este extremo, un texto de Pomponius en que —genéricamente— se establece el principio de la inapropiabilidad de lo ignorado: Pomponius, D. 50. 16. 181:

> Uerbum illud "pertinere" latissime patet: nam et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sint, et eis, quas iure aliquo possideamus, quamuis non sint nostri dominii: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint.[311]

Teniendo presente este fragmento, debe ser entendido en sentido riguroso el texto de Ulpianus, y referido a un objeto ya determinado y conocido, excluyéndose en su lugar el caso de la mina ignorada o no descubierta.

---

[310] O *ex jure proprietatis*, como señala VILLAR PALASÍ (n. 16), p. 80. Esta conclusión se ha derivado de la última parte de D. 22. 1. 25 (texto de Salvio Juliano): "...*quia omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur...*"; pero debe apuntarse que esta regla vale sólo para la especie contemplada en el fragmento, esto es, el *iure seminis* (derecho de siembra). Cfr. GILARDONI (n. 221), pp. 259 y ss.

[311] Traducción:

> El término "pertenecer" es muy amplio, pues sirve para reclamar lo que es de nuestra propiedad, y lo que poseemos por algún derecho aunque no sea de nuestra propiedad; también decimos que nos pertenecen aquellas cosas que no se hallan como las anteriores, pero pueden hallarse.

La traducción de la última parte (desde "también..."), en el texto que venimos siguiendo [D'ORS y otros (n. 301)], no es del todo feliz, al parecer, y podría inducir a error. La traducción de esta última parte de RODRÍGUEZ FONSECA Y ORTEGA (n. 301) parece más clara:

> ...también decimos que nos pertenecen aquellas cosas que no son nuestras, ni las poseemos, pero pueden ser nuestras.

La cuestión radica en la última palabra del fragmento: *possint*, del verbo *posse* = poder. Obviamente, decir "hallar", por error, como en la primera traducción, en materia minera, en donde se trata precisamente de "hallar" minas, induce a equívocos.

D'ORS, *anotaciones* (n. 275), posteriormente, respondiendo a nuestra observación, ha considerado mejor traducir esta parte así: "hallarse en ninguna de esas situaciones" (propiedad o posesión).

c) *Paulus, D. 24. 3. 8. pr.*

Dice este texto:

> Si fundus in dotem datus sit, in quo lapis caeditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat, quia palam sit eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertineat, [nisi si contrariam uoluntatem in dote danda declarauerit mulier].[312]

Paulus atribuye al marido usufructuario no sólo el producto de las canteras existentes —con excepción del caso que en el acto dotal se hubiese hecho reserva en contrario—, sino también de las canteras descubiertas por el usufructuario, y por obra suya, luego de su llegada al fundo. Tal conclusión, que fluye de la interpretación de este texto, y conjuntamente con lo señalado en el texto de Ulpianus del parágrafo anterior, excluye —una vez más— una eventual aplicación del principio *usque ad inferos*.

C) EL USUFRUCTO Y EL DERECHO A ABRIR CANTERAS O MINAS.

En el caso del usufructo se puede presentar la colisión con el derecho de abrir canteras o minas,[313] en relación a lo cual existen dos textos de Ulpianus, quizás —desde nuestra perspectiva— los más importantes del Digesto, los que nos abrirán mucho camino en nuestra indagación (se debe tener en cuenta que usualmente el usufructo de un terreno con minas podría no contradecir la pro-

---

312 Su traducción:
Si se dio en dote un fundo en el que se explota una cantera, consta que pertenece al marido el lucro de la cantera, pues es evidente que la mujer habrá dado este fundo con la intención de que ese fruto pertenezca al marido, [a no ser que la mujer haya declarado al dar la dote su voluntad en contra].

Lo señalado como itp. en el texto, según D'Ors, *anotaciones* (n. 275), es una "interpolación de Justiniano, para quien la dote inestimada sigue siendo de la mujer". También, según él, no obstante lo que señalamos en el texto, en este caso, "el marido es propietario".

313 Este tema, en cuanto se relaciona con el usufructo, ha recibido comentarios por algunos romanistas. Véanse: Hunter, W.A., *A sistematic and historical exposition of Roman law*[4] (trad. ingl., Sweet y Maxwell Limited, 1903), pp. 392 y ss.; Grosso, Giuseppe, *I poteri dell'usufruttuario in rapporto alle cave e miniere nel diritto romano*, en *Archives d'Histoire du Droit Oriental. Revue Internationale des Droits de l'antiquité*, 2 (1953), pp. 355-360; Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano* (Turín, Giappichelli Editore, 1958), pp. 113-121 y 176-178; y Bretone, Mario, *La nozione romana di usufrutto. I: Dalle origini a Diocleziano* (Nápoles, Jovene Editore, 1962), pp. 116 y ss.
La regla general en materia de usufructo es la siguiente: *"legado el*

piedad del subsuelo: la cuestión, entonces, estará en el concepto de "disfrute" de tierra ajena).

a) *Ulpianus, D. 7. 1. 9. 2-3*

Señala tal texto:

> (2) Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere uelit uel cretifodinas habeat uel harenas, omnibus his usurum Sabinus ait quasi bonum patrem familias: quam sententiam puto ueram. (3) Sed si haec metalla post usum fructum legatum sint inuenta, [cum totius agri relinquatur usus fructus, non partium,] continentur legato.[314]

---

usufructo corresponden al usufructuario los frutos de la cosa" (D. 7. 1. 7. pr.).

Por otro lado, la moderna crítica interpolacionística ha trabajado ampliamente la materia del poder del usufructuario en el derecho clásico, sobre todo respecto de la forma y de la destinación económica de la cosa, sentido al que apuntan los trabajos citados. Un punto neurálgico dentro de esta indagación lo representa la posibilidad de abrir nuevas canteras o minas, por lo que sus conclusiones nos servirán en nuestra tarea.

No obstante, según D'Ors, *anotaciones* (n. 275), "este tema de las minas de un fundo en usufructo no tiene que ver con el derecho especial sobre una mina: se trata del *salva rerum substantia*".

[314] Su traducción:

(2) Pero si en el fundo hubiera canteras y quisiera el usufructuario extraer piedras de ellas o existiesen gredales o arenales, según la opinión de Sabino, debe usar de todas estas cosas como una persona recta, opinión que juzgo valedera. (3) Mas si estos yacimientos hubiesen sido descubiertos después de legado el usufructo, sólo se considerarán incluidos en el legado [en el caso de que se haya dejado el usufructo de todo el terreno y no de las distintas partes de éste].

Prestaremos atención preferente al fragmento tercero, el que ocasiona múltiples problemas, tanto de edición como de traducción. En cuanto a la expresión *haec* (estos), que más de un problema de traducción ha originado, D'Ors, *anotaciones* (n. 275), observa que "Bonfante corrige el texto *'sed si haec'* ('estos'), por *'sed si et'*, pero no es seguro si se contrapone *metalla* (de metales) o el caso de hallazgo posterior de las canteras"; considera D'Ors, además, que *"metallum* se dice también de una cantera, no exclusivamente de minas de metales; ya en griego, de donde deriva, significa simplemente 'mina', incluso de agua; lo mismo que *materia* (=cualquier material) > 'madera'".

Rodríguez Fonseca y Ortega (n. 301) ofrece una traducción diferente. Por otro lado, llamamos la atención que para algunos, v. gr. Glück, *Pandette* (n. 247), 6, p. 21, este texto es uno de los más explícitos para probar la existencia del principio del *usque ad inferos* durante el período clásico, tesis que, al hilo de lo que venimos desarrollando, no compartimos.

Se considera itp. la parte que hemos indicado así en el texto. Cfr. Grosso, *I poteri* (n. 313), p. 355. En su virtud, también variarán, debilitándose, aun más, las conclusiones de quienes ven en este fragmento un argumento de la hipérbole.

De este fragmento es posible desprender que la apertura de una cantera o de una mina no significa una transformación de lo que forma parte de la propiedad, que fuese calificada como *rei mutatio*, a los efectos de la extinción del usufructo, como ocurre en otros casos.[315] Tratándose de minas, Ulpianus dice claramente: *continentur legato*. Sin perjuicio de que se tratase efectivamente de un texto interpolado, como se ha señalado, contempla —en definitiva— una reafirmación de los derechos de goce del usufructuario, ya que no puede admitirse el retorno al patrimonio del *de cuius*, ni un derecho ya establecido y consagrado de descubridor, aun cuando sí perfectamente un germen de esto último. A pesar de que el texto no es claro ni definitivo, nos aleja cada vez más del *usque ad inferos*, y representa el inicio de un desarrollo posterior dentro del pensamiento del jurista clásico, y cuya exacta comprensión será visualizada en el análisis del siguiente texto.

b) *Ulpianus, D. 7. 1. 13. 5-6*

Dice:

> (5) Inde est quaesitum, an lapidicinas uel cretifodinas uel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. proinde uenas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri et argentis et sulpuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas uel quas pater familias instituit exercere poterit uel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. [et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit quam in uineis uel arbustis uel oliuetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem.] (6) Si tamen quae instituit usufructuarius aut caelum corrumpant agri aut magnum apparatum sint desideratura opificum forte uel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius, non uidebitur uiri boni arbitratu frui: sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit.[316]

---

[315] Ver el caso del *ager* o *locus inundatus* (campo inundado), en D. 7. 4. 10. 2; o del estanque que se seca y se convierte en *ager* (campo), en D. 7. 4. 10. 3; o del bosque que cortándose se transforma en terreno cultivable, en D. 7. 4. 10. 4. En todos estos casos el usufructo sencillamente se extingue.

[316] Su traducción es la siguiente:

(5) De aquí surge una cuestión: ¿podrá el usufructuario iniciar la explotación de canteras, gredales o arenales? Y pienso que puede ini-

El análisis de este texto nos ayuda positivamente a desentrañar la cuestión de si el derecho clásico faculta al usufructuario para explotar canteras o minas y, al hilo de nuestra indagación, verificar si su solución confirma o excluye el sistema hiperbólico; es clara la antítesis que resulta con el sentido de la primera parte del texto, en que queda claramente establecido que la apertura de canteras o minas es rigurosamente subordinada a que no importe ocupación o transformación de una parte del *ager* o que no sea nociva a la agricultura; en consecuencia, este párrafo es una clara afirmación clásica de la posibilidad de abrir canteras o minas, y, por lo tanto, no sería ésta una facultad introducida por el derecho postclásico,[317] sino ahora.

Si se lee detenidamente el contenido de estos textos, se infiere que se autoriza expresamente al usufructuario a explotar minas, ya iniciadas por el dueño o por él mismo, lo que implica apropiarse de toda sustancia que del fundo nace, todo ello condicionado por un nuevo límite del *uti frui:* el respeto a la destinación económica de la cosa. En virtud de ello, la búsqueda y aprovechamiento de minerales quedaban claramente supeditados

---

ciarla siempre que para ello no vaya a ocupar una parte del campo que necesariamente deba quedar intacta. Por tanto, podrá también buscar venas y filones de piedras y minerales de esta clase y por consiguiente explotar las minas de oro, de plata, de azufre, de cobre, de hierro y de los demás metales cuya explotación ya fue iniciada por el dueño, o bien iniciar él mismo la explotación de otras si con ello no va a perjudicar la explotación agrícola. [Y si la explotación que inicia el usufructuario fuese más rentable que el cultivo de las viñas, de los arbustos o de los olivares que ya existían, quizás también pueda arrancarlos, puesto que se le permite mejorar la propiedad.] (6) Pero si las innovaciones del usufructuario vician la atmósfera del campo o exigen gran aparato de operarios o recolectores, que no puede costear el propietario, no se considerará que usufructúa según el arbitrio de recto varón. [Ni tampoco puede erigirse en el fundo una nueva construcción, a no ser la que sea imprescindible para la percepción de los frutos.]

La parte final del fragmento (5), desde *et si forte,* se ha señalado como una glosa de algún intérprete a la frase *ei permittitur meliorare proprietatem,* que ya se hallaba en el texto ulpianeo; sin embargo, las críticas son más amplias, y hoy en día la itp. es admitida para todo el trozo indicado (desde *et si forte* a *proprietatem*). Cfr. GROSSO, *I poteri* (n. 313), p. 357.

317 Por todos, *vid.* IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*[8] (Barcelona, Ariel, 1983), p. 358, quien señala que fue "el derecho postclásico (quien) amplió los poderes del usufructuario, y que en la última época se concede al usufructuario la facultad (...) de hacer excavaciones mineras...", citando un texto que, a nuestro parecer, nada dice al respecto: D. 7. 1. 13. 6-7. Del mismo modo, VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di Diritto Romano* (Roma, Edizioni Ricerche, 1961), p. 417, señala que fue JUSTINIANUS quien introdujo la facultad del usufructuario de catar y cavar minas; cuando, en realidad, fue el jurista clásico, como lo demuestra el texto que venimos analizando. Mas, todo depende de la crítica del texto, y de si éste se considera itp.

a la intangibilidad del rendimiento agrario, que no sólo —en consecuencia— difiere jurídica y sustancialmente de los productos del subsuelo, sino que constituye, entonces, especies separadas de bienes desde el punto de vista jurídico.

En el jurista clásico, por lo visto, se ha venido operando una lenta transformación, que aleja cada vez más de su mente una posible concepción absoluta de la propiedad, ligando su goce a la realidad económica y a la posibilidad de aprovechar las tierras del modo más idóneo posible. Esta progresiva determinación es una demostración de lo que se ha señalado como la "viva adherencia del romano a la realidad económica"[318] y, al mismo tiempo, la exclusión, del modo más absoluto, de la pretendida vigencia de un sistema hiperbólico *usque ad inferos*.

Si bien el Estado demuestra siempre en el período clásico un gran respeto por la *res*, eso no implica que se haya cegado ante el natural destino económico de las cosas, quizás —pensamos— aplicando algún criterio de utilidad pública (que ya luego veremos se transformará en utilidad fiscal). Esta conclusión concuerda plenamente con la enfática afirmación de Bretone en cuanto a que "el principio según el cual el usufructuario debía respetar el estado actual de la *res*, y no hacer innovaciones de ningún género, era destinado a un lento abandono en el curso de la época clásica",[319] lo que, aplicado al caso de la minería, no hace más que ratificar nuestras conclusiones.[320]

3. Régimen tributario

Maynz proporciona, en relación al régimen tributario de las minas, un dato sorprendente: "en la primera época de Roma, o sea, antes de la Ley de las XII Tablas, existían ya ingresos del tesoro,

---

[318] Grosso, *I poteri* (n. 313), p. 359.

[319] Bretone (n. 313), p. 116. Este autor, además, en un documentado análisis sobre el usufructo, aplica también tal conclusión precisamente al caso de la minería (p. 121).

[320] Como nota final, podemos indicar que existe un riguroso análisis de estos textos clásicos, en el mejor y más moderno y completo estudio sobre el tema: Negri (n. 248), pp. 117 y ss.; Negri analiza, además, un fragmento que, según él, es fundamental para el derecho minero, dentro de la jurisprudencia clásica: D. 18. 1. 77 ("pietra miliare della storia del diritto minerario", dice Negri), que nosotros no hemos examinado, por exceder nuestras pretensiones, por lo que nos remitimos a esa obra, pp. 13, y ss.; hemos obviado su examen, a pesar de su innegable importancia, pues ello conllevaría una dilatada crítica interna que nos desviaría de nuestro interés principal: desvirtuar la vigencia del principio hiperbólico *usque ad inferos*, lo que estimamos suficientemente probado en los textos jurisprudenciales revisados.

producto de los derechos de minas".[321] Esta apreciación, si bien con algún apoyo histórico, nos origina múltiples problemas desde el punto de vista jurídico. Lamentablemente este autor no hace ninguna otra aclaración en cuanto a la especie de tributo de que se trataría, o si se aplicaba a la explotación de minerales en terrenos públicos o privados,[322] y en este último caso, propios o ajenos. No obstante, el texto jurídico que Maynz cita en su auxilio, con el objeto de probar su aserto para la época de la República, es el siguiente, ubicado en el título sobre constitución de sociedades, del D. (Gaius, D. 3. 4. 1. pr.):

> Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce uectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere uel aurifodinarum uel argentifodinarum et salinarum. item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, ueluti pistorum et quorundam aliorum, et nauiculariorum, qui et in prouinciis sunt.[323]

Este texto, en verdad, no parece ser definitivo; pero bien merece un breve análisis, junto a otros antecedentes. Los romanos, en cuanto a lo que modernamente denominamos "impuestos", sólo conocieron dos términos: *tributa* y *vectigalia*. Los *tributa* indicaban contribuciones directas, personales; los *vectigalia* comprendían los otros ingresos del Estado, sin distinción. Los *vectigalia* (ingresos) podían designar —como ha precisado Cagnat— "el *canon* pagado por los poseedores de minas por los productos que ellos retiran",[324] opinión que concuerda con lo señalado por el propio D. en otro sitio (Ulpianus, D. 50. 16. 17. 1):

---

[321] MAYNZ, Carlos, *Curso de Derecho Romano* (trad. esp. de POU Y ORDINAS, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1887), 1, p. 57. Señala, además, que tal situación se mantiene durante la República (p. 157) y durante la época de los emperadores paganos (p. 281, n. 14). Cita conformes a su aserto inicial a "TITO LIVIO II, 9; DIONISIO DE HAL., V, 22; VI, 15 (17); PLINIO, *Hist. Nat.*, XXXI, 4, 41, 89; y a PLUTARCO, *Publicola*, 11".

[322] No obstante, D'ORS, *anotaciones* (n. 275), señala que "los *vectigalia* son siempre por arriendo público, no privado: así no sirven estos textos para contradecir el principio de que las minas son del propietario privado, aunque, en los fundos públicos, se puede arrendar la explotación, y éste es el origen del régimen provincial".

[323] En lo pertinente:

> ...en muy pocos casos se han permitido tales corporaciones; por ejemplo, se permitió formar corporaciones a los socios arrendatarios de la recaudación de las contribuciones públicas o de las minas de oro o plata, o de las salinas...

[324] *Vid.* CAGNAT, M.R., *Étude historique sur les Impôts Indirects chez les romains (jusqu'aux invasions des barbares)* (Roma, L'erma di Bretschneider, 1966, ed. anast. de la ed.: París, 1882), p. V.

"Publica" uectigalia intellegere debemus, ex quibus uectigal fiscus capit: quale est uectigal portus uel uenalium rerum, item salinarum et metallorum et picariarum.[325]

Un nuevo elemento de juicio lo proporciona Mantellini, quien apunta —luego de reconocer que en Roma existieron minas tanto de propiedad privada como de propiedad pública— que "la pública se arrendaba; la minería privada pagaba un tributo, como toda propiedad inmobiliaria",[326] opinión que sigue también Abignente, al señalar que "para la licitud de la posesión y ejercicio de la minería era necesario pagar al Estado un cuasi *canon* de arriendo".[327] No obstante, es difícil encontrar argumentos convincentes en los textos jurisprudenciales del Digesto, los cuales no distinguen entre tributos a las minas de propiedad pública y privada; ni tampoco existe un solo texto explícito que diga derechamente que los mineros deben pagar al Estado un tributo por la explotación de las minas situadas en terrenos privados. El D. sólo se refiere al arriendo de las minas del fisco (D. 39. 4. 13. pr.).

Pero es precisamente esta falta de fuentes explícitas la que abre la brecha para un argumento —aun cuando basado en meras suposiciones— en favor de la existencia de un *vectigalia* que gravara la minería privada: si el Estado arrendaba sus minas a publicanos, cobrando un tributo por su explotación, ¿por qué no iba a cobrar cuando se tratase de la explotación de minas privadas? Quizás efectivamente no se cobró tal tributo aún, pero seguramente —por lo que vendrá— los representantes del Estado ya se podrían estar haciendo esta misma pregunta. Creemos que no existe —con los actuales antecedentes— una respuesta definitiva, y así como se indican sólo los *metalla* del Estado como fuente de *vectigalia*,[328] no parece probable pensar en el inicio de una suerte de tributo a la minería en terrenos privados.

4. Los *metalla* públicos

Existían minas de propiedad pública que el Estado arrendaba a los particulares, afirmación que es posible confirmarla en textos expresos del D. Así: Gaius, D. 39. 4. 13. pr.:

---

[325] Su traducción:
Debemos entender por vectigales "públicos" aquellas cosas por las que el fisco cobra un vectigal o contribución, como es (...) el de las salinas y las minas...

[326] Mantellini (n. 249), p. 205, autor que señala que tal tributo era *vectigal*, en el sentido definido por el texto del D. que recién hemos mencionado. Incluye amplias referencias doctrinales.

[327] Abignente, *La proprietà del sottosuolo. Studio istorico-juridico*, en *Annali di Agricoltura* (1888), p. 55, cit., por Callegari (n. 221), p. 21.

Sed et hi, qui salinas et cretifodinas et metalla habent, publicanorum loco sunt.[329]

De este modo, los *metalla* públicos eran normalmente cedidos en arriendo a publicanos, quienes quedaban obligados a pagar, por ello, el *vectigal publicanorum*,[330] tributos que recaudaban sociedades especiales.[331] Las minas públicas eran muchísimas,[332] sobre todo en el suelo provincial, todo él —también— patrimonio del pueblo romano, cuya apropiación no se originó en el simple interés de acumular bienes, sino precisamente —pensamos— de cobrar tributos, bajo cualquier denominación; este interés fiscal que movió al Estado en materia de tierras es perfectamente trasladable a la materia minera.

Por lo que a nosotros interesa, es importante descubrir la condición jurídica de las minas públicas explotadas por particulares; si bien en el D. se habla de arrendamiento, podríamos pensar que pudiese tratarse de un arrendamiento algo diferente al que se conoce en el derecho privado respecto de las demás cosas, o que, sencillamente, se fue operando una evolución en que, a través de alguna institución jurídica nueva, emparentada con el acto inicial de arriendo, fue otorgando a los publicanos cada vez más derechos sobre las sustancias minerales; sobre todo debemos pensar en lo extraño que podría haber parecido para la mentalidad romana —especialmente para la rigurosa mente de sus jurisconsultos— la existencia de un arrendamiento que no sólo otorgaba el derecho a disfrutar de la cosa dada en arriendo —la mina—, sino a apropiarse de ella, e —incluso— consumirla completamente.

Es así como —pensamos—, para llenar este vacío, se fue abriendo camino en materia minera una institución típicamente romana, como lo fue la *adsignatio*. La *adsignatio* ha sido defini-

---

[328] WILLEMS, P., *Le droit public romain* (Lovaina, Imprimerie-Libraire *Charles Peeters*, 1910), p. 332.

[329] Su traducción:
También se llama "publicanos" a los que tienen en arriendo salinas y yacimientos de greda o metales.
Debe recordarse que todos los arrendatarios del fisco pueden llamarse rectamente "publicanos". *Vid.* D. 39. 4. 1. 1, *in fine*. Véase, además, D. 39. 4. 15, de acuerdo al cual se dan en arriendo canteras de piedra de afilar en la isla de Creta; y D. 48. 19. 5. pr., *in fine*, que habla de la pena, gravísima, "de mina" *(in metallum)*, que, obviamente, debió de cumplirse en propiedades regidas por el Estado. Lo de las penas *ad metalla e in opus metalli* podría haberse tratado algo más ampliamente aquí, pero ello nos alejaría de nuestro interés primordial.

[330] *Vid.* D. 50. 16. 17. 1.

[331] D. 3. 4. 1. pr. Cfr. PACINOTTI (n. 242), p. 686; MANTELLINI (n. 249), p. 206; CALLEGARI (n. 221), p. 24; en fin, WILLEMS (n. 324), pp. 332 y 494.

[332] Un ejemplo: según CAGNAT (n. 328), p. 244, el *minium* (plomo) era objeto de un monopolio por el Estado, y estaba sometido a una legislación muy severa.

da como "un acto público consagrado por una ley y que tiene por objeto la atribución gratuita ya sea a particulares, ya sea a colonos, de parcelas del *ager publicus*",[333] e incluso se señala que habría tenido por objeto "la atribución de un derecho distinto de la propiedad(. . .) [como] el derecho de buscar y de extraer minerales de las minas del fisco *(putei locus)*".[334]

La evolución, entonces, operó de un doble modo: por un lado, el Estado ya no cobraría por arrendar minas, puesto que le interesaba que estuviesen en manos de particulares, con el objeto de cobrar en forma generalizada impuestos, "derechos de minas"; y, por otro lado, el particular, quien cada vez querría mayores seguridades para sus derechos sobre las minas, habría aceptado pagar un impuesto a cambio de estos permisos de disfrute que —pensamos—, como el de los *praedia*, serían considerados una cuasi propiedad,[335] la cual era —sin dudas— más segura y, además, enajenable. En este sentido cobra pleno vigor el influjo que tan certeramente vislumbró Costa, al señalar que de la práctica administrativa provincial se fue reconociendo un "derecho sobre el subsuelo, separado y distinto del suelo, y accesible a cualquiera que quiera explorar y explotar minerales".[336]

La evolución posterior, ya lo sabemos, cambiaría las cosas; las minas serían todas públicas (del Estado), se encontraren donde fuese, y no se accedería a ellas por arrendamiento, sino por "concesión".

Colofón: una vez más, querámoslo o no, el modelo paradigmático del derecho romano nos entrega respuestas a instituciones que creemos despojadas de todo lastre histórico.

---

[333] Cuq, Edouard, *Manuel des institutions juridiques Romains* (París, Libraire Plon, 1928), p. 258.

[334] Cuq (n. 333), p. 259.

[335] En cuanto a la condición de los *praedia*, *vid.* Jörs-Kunkel (n. 245), p. 113.

[336] Costa (n. 247), p. 221, *in fine*.

SEGUNDA PARTE

RECONSTRUCCION DOGMATICA

CAPITULO V

EL DOMINIO PUBLICO MINERO

SUMARIO:

I. EL VINCULO JURIDICO DEL ESTADO CON LAS MINAS. 1. *Dos constataciones básicas:* a) Histórica. b) Actual. 2. *Presupuesto de trabajo.*

II. LA TEORIA DEL DOMINIO PUBLICO. 1. *Justificación.* 2. *El problema histórico.* 3. *Su formulación doctrinal en España.* 4. *La concepción "patrimonialista".* a) A partir de Fernández de Velasco. b) La sistematización de Ballbé y el progreso que le siguió. 1º Manuel Ballbé. 2º Sabino Alvarez-Gendín. 3º Enrique Martínez Useros. 4º Aurelio Guaita. c) La influencia posterior. 5. *Dos criterios doctrinales.* a) Bienes del dominio público por naturaleza. b) La afectación: pieza clave. 6. *La concepción "funcionalista".* a) Un hito: la tesis de Villar Palasí. b) Su desarrollo posterior. 1º Roberto Parejo Gamir y José María Rodríguez Oliver. 2º Alfredo Gallego Anabitarte. 3º Luciano Parejo Alfonso. 4º Otros. 7. *Críticas formuladas a la teoría del dominio público como tal.* 8. *Disección del dominio público: potestades de la Administración y derechos reales de aprovechamiento.* 9. *Apéndice bibliográfico.*

III. EL CASO CHILENO Y EL DOMINIO EMINENTE. 1. *Palabras previas.* a) Razones del tratamiento especial. b) Antecedentes generales. 2. *Primera base legislativa: el Código Civil.* a) Exégesis legal. b) Historia fidedigna y el pensamiento de Andrés Bello. 3. *El concepto jurídico de dominio eminente.* a) Un concepto jurídico creado por Grocio. b) La doctrina iusnaturalista. c) La "patrimonialización" del dominio eminente. d) El pensamiento de Andrés Bello. e) Una fuente doctrinal: Vattel. f) Conclusión. 4. *La interpretación de la doctrina chilena.* a) La tesis de Luis Claro Solar. b) La doctrina civil y minera. 5. *La reforma constitucional de 1971.* 6. *El Estado actual de la legislación y la doctrina.* a) La Constitución de 1980 y su historia fidedigna. b) El desarrollo legislativo posterior. 1º El trámite legislativo de la LOCCMi. 2º El trámite legislativo del CMi. c) Consideración final.

IV. LA AFECTACION DE LAS MINAS AL DOMINIO PUBLICO. 1. *La afectación minera.* a) En general. b) El dominio público de las minas. 2. *El contenido del dominio público minero.* a) Arcillas superficiales. b) Las demás sustancias minerales. b') Sustancias concesibles. 1º Regla general. 2º Desmontes, escorias o relaves. 3º Minerales de valor estratégico; y b") Sustancias no concesibles. 1º Los hidrocarburos. 2º Yacimientos bajo las aguas marítimas. 3º En zonas de seguridad nacional. 4º Exclusión legal: el litio.

I. EL VINCULO JURIDICO DEL ESTADO CON LAS MINAS

1. Dos constataciones básicas

Hay dos constataciones, diríamos básicas, a partir de las cuales deben comenzar todo razonamiento y desarrollo dogmático sobre el vínculo jurídico del Estado con las minas; en otras palabras, lo que se ha dado en considerar como "dominio público" de las minas, es decir, una parte integrante del llamado "dominio público".

a) *Histórica*

La primera: la historia de los textos jurídicos demuestra que, desde su origen, y a través de todo el desarrollo de los textos jurídicos que han precedido a los que conforman nuestros actuales *regímenes de la minería*, la *organización política* (o su formulación actual: el Estado)[337] se encuentra, desde el punto de vista jurídico, íntimamente vinculado con las minas o, como se quiera, con la riqueza minera; la naturaleza jurídica de este vínculo es, en un principio, difusa, formulada casi como una verdadera propiedad, cuyo titular es precisamente la organización política, pero ya luego se la afecta definitivamente a un interés general.

En efecto (según hemos podido comprobar en la Primera Parte), ya en la última época del derecho romano estaban las minas claramente vinculadas a un destino público, a su explotación pública, garantizada por la organización política; posteriormente, desde el comienzo del derecho medieval hasta el final de las monarquías, tanto en la Península como en las Indias (desde

---

[337] Recuérdese que el Estado propiamente dicho es algo que existe sólo desde el siglo XVI; fue Maquiavelo quien primero vislumbró aquella extraña persona colectiva: "lo Stato"; sólo hay verdadero Estado a partir de la teorización por Bodino de la soberanía, como sumo poder organizado e institucionalizado. Aunque este nuevo Estado venga a cumplir las funciones de las antiguas monarquías o de otras formas de gobierno social, eso no justifica el anacronismo de "Estado romano", "Estado medieval": una forma de organización hay en todo tipo de convivencia social, pero eso no es necesariamente un Estado. Cfr., con un gráfico ejemplo del caso del coche y el automóvil, D'Ors, Alvaro, *Sobre el concepto ciceroniano de "res publica"*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, VIII, (1983), p. 38. Con esta salvedad, entiéndanse nuestras referencias a "Estado" que durante la Primera Parte hemos realizado, pues evita confusiones terminológicas.

su conquista y colonización), las minas constituyeron una regalía de la Corona, un *iura regalia* más, en una situación semejante a la anterior.

El vínculo jurídico de las minas con la organización que ostenta el poder social siempre estuvo constantemente afirmado, y fue sólo a partir de la Revolución Francesa y, posteriormente, con la aplicación de ideas del individualismo liberal, cuando se pretendió otorgar a las minas el carácter de propiedad privada (aunque, paradojalmente, siguieron siendo "concedidas" por el Estado a los particulares, sin perder éste su vínculo originario), como una forma especial de la propiedad privada, regida, entonces, por el derecho civil; mas, creemos, por el hondo precipicio dogmático que produjo la idea que originó tal planteamiento, y por el peso de la antigua tradición del vínculo ("dominio", si se quiere) estatal (que, guste o no guste, como hemos probado en la Primera Parte, siempre ha existido), esta idea del traspaso de una propiedad a los particulares sobre las minas fracasó en su intento, y las minas se siguieron considerando jurídicamente vinculadas, en exclusiva, al Estado, aun después de concedido su disfrute a los particulares, y [no sólo] como titular de una propiedad, sino como rector de una riqueza pública y, creemos, en uso de sus potestades.

Así, el nacimiento de la teoría del dominio público no tuvo otra razón para surgir que la de explicar la vinculación —casi natural, dirán algunos— del Estado con ciertos bienes, como las minas, en los cuales habría envueltos intereses públicos, caldo de cultivo de las potestades estatales, y llamados no sólo a ser usados, gozados y dispuestos por él, sino prioritariamente, aun cuando en forma individual, por los particulares, pero a través de reglas impuestas por el Estado.

No es necesario desarrollo alguno para afirmar algo, a estas alturas, tópico: siempre existió un "dominio público"; una especie de "dominio", señorío, o, como lo hemos llamado, un vínculo especialmente estrecho de parte de la organización social con algunos bienes, entre los cuales se encuentra, históricamente, en forma destacada y sin solución de continuidad, el caso de las minas; lo que es nuevo es la teoría de tal denominación, referida a ellos; su explicación doctrinal ha pasado por diversas épocas, que fluyen del mismo carácter en que estos bienes se vincularon al poder público y, también, del avance de la dogmática jurídica: así, primero eran bienes del pueblo romano; luego de la Corona; en fin, desde el final del Antiguo Régimen, bienes nacionales, y, hoy, más precisamente (desde el punto de vista dogmático), bienes del llamado dominio público, y, aún más, cada categoría recibió una explicación doctrinal que ha desembocado en la actual teoría del dominio público, cuyos rasgos más característicos desarrollamos *infra*.

b) *Actual*

La segunda constatación: los regímenes legales de las minas en actual vigor no sólo continúan con esta tradición histórica —que *per se* es un pesadísimo lastre del que es difícil sacudirse—, sino que la acentúan constantemente; así, en ambos casos existe la afirmación legal de constituir las minas parte del "dominio público" o del "dominio del Estado", lo que no es más que la confirmación de la continua vinculación que la organización social —hoy el Estado— se ha procurado para con las minas; hablamos de "acentuación" más arriba, por lo siguiente, y que luego comprobaremos: la existencia de a) aclaraciones legislativas poniendo término a concepciones que pretenden una supuesta "propiedad minera" en manos de particulares (que nunca la hubo, como hemos visto); o, ya derechamente, b) nacionalizaciones o estatizaciones, como es el caso chileno, y precisamente respecto de las minas.

Una vez constatado lo anterior, desde la doble perspectiva: histórica y actual, nuestro intento consiste en buscar una explicación jurídica, a través de un desarrollo dogmático, a esta cuestión; es nuestra pretendida "reconstrucción dogmática" de este primer principio del régimen minero; queremos entregar una clara visión dogmática sobre el problema del dominio de las minas, hurgando detalles sobre la naturaleza jurídica de su vínculo con el Estado (y, por lo tanto, del que se originará, o pueda originarse, con los particulares que las explotan, una vez que aquél se las ha concedido, a través de actos jurídicos de carácter público); sus elementos integrantes; sus caracteres; en fin, observar cuáles son los procedimientos de su operatividad jurídica, y su actual contenido objetivo.

Este vínculo, a fin de evitar ambigüedades, lo llamaremos, desde un inicio, "dominio público"; o, si se quiere, vínculo dominical.[338]

2. Presupuesto de trabajo

Entonces, nuestro presupuesto de trabajo es el siguiente: la existencia de un vínculo, calificado de índole pública, confiando su

[338] Aun cuando ya son ampliamente difundidas las adjetivaciones "dominial", y, de clara procedencia francesa e italiana, respectivamente, "domanial" y "demanial", derivándose incluso de este último término la expresión "demanio", de amplio uso actual por la doctrina, pero, a nuestro juicio, no del todo correcta. Como se verá más adelante, todo esto no deja de tener su explicación dogmática, demostrando la influencia de las doctrinas procedentes de esos países.

explicación: primero, en su constatación histórica, pues es innegable que, jurídicamente, siempre ha existido un dominio público, y en especial —como lo hemos probado ampliamente en la Primera Parte— sobre las minas; y, segundo, en la moderna teoría del dominio público, entendida como reflexión a base de principios públicos (que analizaremos ampliamente *infra*), la que, a pesar de ser lugar de continuos desencuentros entre juristas, es útil para dar una explicación a este problema, con todas las matizaciones que se quiera introducir a sus más acusadas formulaciones.

Antes de entrar al problema del vínculo del Estado con las minas, examinaremos esta trascendental teoría, creación de la ciencia del derecho público moderno, pues veremos la posibilidad de aplicación de sus presupuestos al régimen de la minería; es más, como veremos, constituye su primer principio: la existencia de un dominio público sobre las minas. Asimismo, y éste es el caso de Chile, veremos las otras explicaciones que se le ha pretendido dar a este vínculo por la doctrina y la legislación. En todo caso, no olvidemos que un adelanto sobre ello, por la cercanía con las fuentes, hemos realizado en la Primera Parte : a) sobre la controversia doctrinal del Medioevo, a propósito del análisis de las Partidas, en gran parte trasladada al siglo pasado *(vide supra cap. III)*; y b) sobre la opinión de Francisco Xavier de Gamboa, a propósito de las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584 *(idem)*, y que no poca influencia tendría en las posteriores opiniones de la doctrina.

II. LA TEORIA DEL DOMINIO PUBLICO

1. Justificación

La situación actual del régimen jurídico de los bienes del dominio público es en extremo ambigua. Existen, en el ordenamiento jurídico vigente, múltiples bienes —entre otros, las minas— sobre los cuales el Estado mantiene, de diversos modos y para diversos fines, estrechos vínculos, cuyas manifestaciones más características no podemos entrar a detallar.

La búsqueda de categorías doctrinales hábiles para explicar la actual situación del dominio público justificaría por sí sola un amplio trabajo, de ardua labor y de insospechada profundidad, pues entronca con un tema no desarrollado completa y satisfactoriamente por la actual dogmática, y que, a nuestro modo de ver las cosas, constituye el núcleo mismo del derecho administrativo: las potestades administrativas, nudo gordiano de su actual

desarrollo científico, sobre lo cual algo habremos de decir antes de abordar derechamente el principio enunciado en el régimen jurídico de las minas.

Ante la ciencia del derecho administrativo no existe una respuesta definitiva sobre la calificación dogmática del dominio público. La crucial respuesta a este vínculo, que ha originado, como lo ha puesto recientemente de manifiesto Alejandro Nieto, "uno de los torneos dogmáticos más persistentes de la cultura jurídica europea",[339] aún —pensamos— no es definitiva. No hay acuerdo entre los cultores del derecho administrativo. Es posible decir, usando la terminología de Kuhn, que en cuanto al tema del dominio público no hay una "matriz disciplinar"[340] segura sobre la que trabajar.

Por ello, nos limitaremos a ensayar una breve exposición de su *status quaestionis*, buscando alguna claridad conceptual para definir el primer principio del régimen jurídico de las minas: el estar vinculadas al Estado, como dominio público o como dominio del Estado, según la legislación.

Quisiéramos haber seguido adelante, y sólo preocuparnos de justificar por qué las minas, ante la dogmática jurídica, constituyen "dominio público"; pero, previamente, debemos en lo posible resolver un problema conceptual, pues nuestra construcción de un dominio público minero debía contar —obviamente— con una clarificación previa de su caracterización: de lo que sea el dominio público en general.

Asimismo, ante la insatisfacción de las explicaciones que una parte de la doctrina ha dado a tan crucial problema, queremos entretenernos brevemente en alguna clarificación al respecto.

Entonces, sin pretender llegar al fondo del problema, y en la medida de lo necesario, con la sola finalidad de buscar apoyo a nuestra construcción de un vínculo estatal con las minas, de carácter jurídico, hemos de tratar brevemente el tema de la teoría del "dominio público".

2. El problema histórico

A pesar de ser el dominio público una categoría jurídica creada por la doctrina moderna,[341] es posible advertir en su formulación (o en sus formulaciones) muchos elementos históricos, verdade-

[339] Cfr. Nieto, Alejandro, *La nueva regulación de los bienes comunales*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 233 (1987), p. 14.

[340] Kuhn, *La estructura* (n. 70), p. 40.

[341] Es *communis opinio* que la teoría del dominio público, como tal teoría, es una creación originaria del derecho público francés.

ros lastres, que en alguna medida han determinado algunas confusiones doctrinales.[342]

Pensamos que el gran problema histórico es que aún la doctrina no se ha logrado desembarazar de categorías históricas que fueron creadas para regir en otro contexto; no es posible pensar que pudiesen tener igual explicación doctrinal las *res publicae* (o, incluso, *ager publicus*) de los romanos, los *iura regalia* me-

---

[342] Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, en *Revista de Administración Pública*, 100-102, 3 (1983), para quien estos componentes de arrastre histórico "aún continúan perturbando la categoría [se refiere al dominio público]", (p. 2383).

Para una visión histórica del dominio público (no de la teoría), sobre su existencia y evolución, el intento más acabado es el de VEGTING, W.G., *Domaine public et res extra commercium. Etude historique du droit romain, français et néerlandais* (París, Recueil Sirey -et Pays-Bas, Alphen Aun den Rijn, N. Samson n.v., 1946). Es también clásico el desarrollo histórico ofrecido por MAYER Otto, *Derecho Administrativo Alemán* (trad. esp., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1951), 3, pp. 91-111.

Algunos intentos parciales en España: MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público*, en *Estudios García Oviedo* (Sevilla, Universidad de Sevilla, 1954), 1, *vid.* § La propiedad pública en la historia: pp. 147-158; LÓPEZ RODÓ (n. 152), *passim;* MURGA GENER, José Luis, *La extracomercialidad de los bienes afectados a un destino colectivo en el bajo imperio romano*, en *Actas del II Symposium* (n. 46), pp. 95-119; ALVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, Sabino, *Concepto histórico del dominio público en la legislación y en la doctrina*, en *Actas del III Symposium* (n. 46), pp. 1-23; SALCEDO IZU, Joaquín, *Bienes públicos por confiscación: el supuesto de los moriscos de Granada*, en *Actas del III Symposium* (n. 46), pp. 629-654 (autor que, además, comparte expresamente la crítica de confusión histórica a que hacemos mención en el texto); y LALINDE ABADÍA, Jesús, *El dominio público como paralogismo histórico en España*, en *Actas del III Symposium* (n. 46), pp. 451-482.

Este intento de LALINDE, a que nos hemos referido en último término, constituye un escrito muy diferente a los demás (casi siempre meramente descriptivos), que intenta un análisis histórico de la situación actual de lo que llama "concepto-categoría dominio público"; si bien su análisis pudiera ser válido históricamente, parte de una concepción patrimonialista del dominio público, lo que confunde aún más su concepto, a nuestro parecer; su diagnóstico es el siguiente: "El concepto actual del 'dominio público' aparece confuso, como consecuencia de ser un paralogismo histórico, es decir, de que la ordenación lógica a la que pertenece ha sido rota por la evolución histórica de las instituciones y, por tanto, su situación lógico-categorial se ha desdibujado" (p. 481) y que "entre los conceptos jurídicos actuales del "dominio público" y "privado" no existe una antítesis lógica" *(ídem)*.

Adelantando algo de lo que diremos *infra*, pensamos que de existir tal "rompimiento", él dice relación con una especie de propiedad tanto en Roma como ante las monarquías, que transformaría su naturaleza jurídica con el surgimiento del Estado moderno, al término del Antiguo Régimen; hoy ya no es posible equiparar el vínculo del Estado con los bienes al vínculo de los particulares, cuya más plena relación es la propiedad privada; el vínculo del Estado con esta clase de bienes que se dice que componen el llamado dominio público es, según lo que diremos, un vínculo de potestades.

dievales, que el moderno *domaine public,* por mencionar tres estadios histórico-jurídicos bien caracterizados. Obviamente los vínculos buscados por la organización social pueden ser en todos esos casos tan estrechos y cercanos como se pretende; también es obvia la utilización de bienes en cada una de esas categorías; más aún, siempre fueron la base y el fundamento de la creación de la categoría.

Pero, para nuestras pretensiones de comprensión histórica, lo verdaderamente importante es que en cada uno de esos casos existía una diferente evolución de las instituciones jurídicas (públicas, sobre todo; por ejemplo, la inexistencia anterior de un ente siquiera similar al Estado moderno, con su amplio tejido de intervención), y, en cada caso, la actuación de la organización social era diferente, e, incluso, las finalidades de su actuación podían ser también diferentes, utilizando para ello instrumentos —técnicas, como se les llama ahora— diversos. A nuestro juicio, no parece adecuado, en esta materia del dominio público sobre todo, para explicar el ayer, pretender aplicar categorías doctrinales modernas, y viceversa, pues el acervo de conocimientos antiguos no conoció, por ejemplo, conceptos jurídicos modernos como las potestades administrativas y sus límites a través del principio de la legalidad administrativa, etc.

Entonces, una aplicación de elementos históricos para buscar fundamentos a una moderna explicación de lo que sea la naturaleza jurídica actual del dominio público es, en este sentido, inútil. Que tengamos presente la historia para verificar cómo ha ido evolucionando el vínculo del órgano social con ciertos bienes, sí es altamente útil, como lo hemos verificado en la Primera Parte de nuestro trabajo; pero este camino no podrá decirnos cuál es la actual naturaleza jurídica del dominio público; sólo nos dará constantes históricas, pero no una explicación actual, más aún cuando antes, como hemos dicho, no había ni Estado ni teoría del dominio público, la que es consecuencia de las reflexiones de la doctrina francesa a partir de la Revolución Francesa. La única respuesta que podrá proporcionarnos la historia es que la explicación de la naturaleza jurídica del dominio público, o sea este vínculo jurídico que el Estado se ha procurado con algunos bienes, ha de buscarse en las actuales tareas del Estado y en su forma de llevarlas a cabo.

Pretender buscar explicación a esta moderna vinculación en el derecho romano —donde tan poca atención prestaron sus grandes jurisconsultos a buscar frenos (porque de eso se trata: de buscar frenos al poder que el Estado se arroga sobre los bienes, pero a través de explicaciones jurídicas válidas) a un poder público que, de principio, no los aceptaba—, nada sirve a nuestro problema actual; tampoco ha de servirnos el concepto de *iura regalia* o regalía creada por el derecho medieval ni el del Antiguo

Régimen, pues, como absoluto que pretendía ser, no resistiría ni una primaria sujeción a las limitaciones que imponen las modernas categorías jurídico-administrativas.

Pensamos, en último término, que la reflexión del jurista de hoy no ha de quedarse en el derecho de ayer; si bien es imprescindible conocer la evolución de los conceptos y textos jurídicos, para explicarnos cómo se ha llegado a las modernas categorías, pero éstas —en algunas ocasiones, como en nuestro tema— tienen una naturaleza jurídica que se compadece sólo con su contexto actual y no con el ayer; y en esto reside precisamente la riqueza de los principios que se heredan de antaño: en el acomodo eficaz que el jurista le encuentre. Nuestra herencia histórica consiste en que el Estado, jurídicamente, siempre ha tenido un vínculo con ciertos bienes: ayer se le llamó regalías, hoy es dominio público; ayer el jurista medieval le dio la explicación atinente a la época; la ciencia de hoy espera lo propio del jurista actual.

En fin, adelantando de alguna manera nuestro pensamiento: creemos que la moderna explicación a este vínculo —al dominio público, en otras palabras— ha de buscarse en las actuales formas que tiene el poder organizado para cumplir sus fines: en las potestades administrativas; y esto lo pensamos así, porque debemos huir de la cosificación que sufre el derecho civil, que se nutre de otros principios que no han de aplicarse al derecho administrativo, sede de la explicación dogmática del dominio público.

3. Su formulación doctrinal en España

La formulación que la doctrina española ha realizado del dominio público, como en otras materias, es claramente tributaria de las construcciones de doctrinas extranjeras: en un principio, de la doctrina del *domaine public* francesa[343] (muestra palpable de ello es la consideración "patrimonialista" del dominio público, de indudable procedencia francesa, hasta hace poco mayoritaria en España); en menor medida, del sistema italiano del *beni demaniali e patrimoniali indisponibili*[344] (que su huella ha dejado incluso en la importación doctrinal del italianismo

[343] No hemos profundizado en las nociones de la doctrina de otros países, pero sí las hemos tenido presentes, como es notorio en el texto. Hemos elegido la doctrina española, entre otras razones, por la común raíz histórica con nuestro derecho. Sobre la doctrina francesa, *vide* nota bibliográfica al final de este parágrafo.

[344] *Vide* nota bibliográfica al final de este parágrafo.

"demanial";[345] y, sobre todo, en los últimos años, de la tesis de procedencia alemana de las *öffentlichen Sachen.*[346]

Sin entrar a analizar cada uno de estos sistemas, que, por lo demás, muestran más elementos comunes que diferenciales con el español,[347] veremos el desarrollo de las formulaciones que sobre el tema ha realizado la doctrina española. Hemos simplificado el examen a las concepciones que llamamos "patrimonialistas", y a la tesis que concibe al dominio público desde el punto de vista "funcionalista", como la hemos denominado (y muy cercana a nuestra opinión: *vide infra*); mencionando, entre otros, especialmente a un grupo de autores que iniciaron una actitud doctrinal fijando su atención en el papel de la afectación, y su contrapartida: la concepción de bienes del llamado dominio público natural.

Debe tenerse en cuenta que éstas no son las únicas concepciones,[348] ni los que indicamos los únicos aportes que ha realizado la doctrina sobre el tema.[349]

---

[345] La palabra "demanial" se encuentra hoy ampliamente difundida entre los autores españoles, a pesar del hecho indiscutible que tal término, en este sentido, no encuentra cabida en los diccionarios de la lengua española, del cual se hace derivar, incluso: demanialidad, o, más dudoso aún, demanio. Tampoco es castizo "domanial", que es un galicismo, proveniente del francés *domanialité*. Por último, incluso, la muy usada expresión, aparentemente adjetivación castellana, "dominial", creemos que no es correcta, puesto que, en nuestra lengua, el adjetivo relativo al derecho de dominio sobre las cosas es "dominical", que sería, entonces, la palabra correcta a utilizar. Por ejemplo, GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (n. 68), 1, p. 591, califica aquello de "demanialidad" como un "desagradable barbarismo".

[346] *Vide* nota bibliográfica al final de este parágrafo.

[347] Cfr. SAINZ MORENO, Fernando, *Dominio Público. Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional*, en *Comentarios a las leyes políticas* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985), 10, p. 134. Es posible encontrar aquí interesantes referencias al estado actual de las doctrinas respectivas en Francia, Alemania e Italia, con amplias referencias bibliográficas (pp. 128-135).

[348] Entre otras concepciones diferentes, por ejemplo: COLMEIRO (n. 233), 2, p. 5, pensó en una naturaleza jurídica vinculada al dominio eminente (concepción de amplia difusión aún hoy en Chile, sobre lo cual, en especial, nos extenderemos *infra* este capítulo, III); y, por otro lado, COVIAN, Víctor, voz *Dominio Público*, en *Enciclopedia Jurídica Española* (Barcelona, Francisco Seix, Editor, 1911), 12, p. 553, pensaba que estos bienes del dominio público a nadie pertenecían, ni aun al Estado; según él, a pesar de que a nadie pertenecen, respecto de las minas, dice que en Roma y en la Edad Media eran propiedad privada del Estado o del rey; difusamente dice que el Estado tiene el dominio eminente sobre las minas, que es un "dominio especial, pero no público", y luego de la concesión las minas pasan al dominio privado (p. 561), lo que estimamos muy confuso.

[349] Desde los ambientes civilistas se ha realizado un interesante aporte, dejando claro que el dominio público no está necesariamente circunscrito a la propiedad, y pueden ser objeto de él los llamados *iura in re*

Finalmente, debemos señalar que, si bien estamos muy lejos de la exhaustividad en nuestro examen, hemos procurado ofrecer un amplio y representativo elenco de proposiciones doctrinales sobre el tema.

4. La concepción "patrimonialista"

Es notoria, muy notoria, desde el inicio —algo tardío— de las reflexiones jurídico-administrativas españolas sobre el dominio público, la amplia influencia de la concepción patrimonialista que impera dentro del derecho público francés, influencia que aún hoy perdura.

a) *A partir de Fernández de Velasco*

Hasta 1942 la atención prestada al tema era realmente escasa; en esa fecha, según Recaredo Fernández de Velasco, los trabajos sobre el dominio público eran sólo tres; entre ellos, uno del mismo autor, al que se sumaría ese año su segunda reflexión sobre el tema.[350] En 1921, este autor afirmaba que el dominio pú-

aliena, abriendo así nuevas fronteras dogmáticas a un problema discutido: Díez-Picazo, Luis María, *Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los iura in re aliena*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 32 (1982), pp. 651-655. Por otro lado, fuera de clasificación, ha habido un intento de sistematización de la materia: Fuentes Bodelón, Fernando, *Derecho Administrativo de los Bienes (Dominio Público y Patrimonio)* (Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1977).

[350] Cfr. Fernández de Velasco, Recaredo, *Naturaleza jurídica del dominio público, según Hauriou. Aplicación de su doctrina a la legislación española*, en *Revista de Derecho Privado*, VIII (1921), pp. 230-236; y El Mismo, *Sobre la incorporación al Código Civil español de la noción de dominio público*, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (1942), pp. 113-127.

Fernández de Velasco, *Sobre la incorporación* (esta n.), p. 113, se refiere a "ciertos trabajos", los que han de ser: 1) el de 1921 suyo (que él lo señala erróneamente como de 1927, cuando en realidad es de 1921), citado; 2) uno de Escosura, en *Reforma Legislativa*, 1847 (al que no hemos podido acceder, pero que cita Ballbé (1955, p. 772, n. 2, cit. *infra*), y 3) tenemos la casi certeza de que el tercer trabajo a que se refiere Fernández de Velasco es al de Mesa-Moles Segura, Antonio, *Sobre la propiedad pública en el Derecho Administrativo*, publicado nuevamente más tarde en *Estudios García Oviedo* (n. 342), pp. 107-113.

Este último se trata de un artículo breve, escrito seguramente antes de 1954; Fernández de Velasco se refiere a él como "un mero comentario de 'prensa', poco más o menos", y que indudablemente, entonces, tiene que haber sido publicado por primera vez antes de 1942; de este trabajo

blico es esencialmente una forma de la propiedad inalienable e imprescriptible; y que la idea del dominio público descansa en la institución de la afectación o destino de las cosas a la utilidad pública.[351]

En su trabajo de 1942 analiza los arts. 338 a 345 del Código Civil español, señalando las contradicciones que hay entre su contenido y el nombre del Título (*"De los bienes según las personas a que pertenecen"*), y de la terminología tan confusa y variada que se utiliza en ellos; para él: "los bienes modernamente llamados de dominio público son una clase especial de entre los que integran las *res publicae*, y como con esta denominación se conoce el conjunto de bienes del Estado, los de dominio público se ofrecen como aquellos que el Estado reserva al público; pero diferenciados por ese destino y no por el sujeto".[352]

b) *La sistematización de Ballbé y el progreso que le siguió*

Luego, como puso de manifiesto en 1958 Manuel Francisco Clavero Arévalo, se habría producido —a su juicio— en esta materia del dominio público un verdadero "progreso en la ciencia jurídico-administrativa española";[353] si es efectivo este progreso, se habría producido, fundamentalmente, por los trabajos monográficos de Manuel Ballbé, Enrique Martínez Useros, Sabino Alvarez-Gendín y Blanco y Aurelio Guaita, publicados entre los años 1945 y 1956.

1º Manuel Ballbé

Es Manuel Ballbé, con su *Concepto de dominio público* (1945)

---

de MESA-MOLES señalaremos los dos siguientes comentarios, dignos de destacarse: 1) que las cosas públicas "quedan vinculadas por modo necesario al fin mismo", como es atender las necesidades colectivas (p. 112), idea que posteriormente la doctrina desarrollará ampliamente a través de la figura de la afectación; y 2) la necesidad de un régimen jurídico diferente para la regulación de la "propiedad pública y la privada" (p. 113); la recepción acrítica del sistema francés ya es aquí perceptible claramente.

351 FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Naturaleza jurídica* (n. 350), p. 231.

352 FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Sobre la incorporación* (n. 350), p. 119. Siguiendo a COLMEIRO (n. 233), 2, p. 5, dice que es el fin el que caracteriza a los bienes del dominio público; por lo que la clasificación del Código Civil (según las personas) no sería exacta, no se halla en la tradición del derecho español y procede del derecho francés (p. 120). FERNÁNDEZ DE VELASCO busca argumentos en el derecho romano, señalando que allí la diferenciación no es subjetiva, sino objetiva, de destino o fin (p. 119), todo lo cual aprovechará la doctrina posteriormente.

353 CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, *La inalienabilidad del dominio público*, en *Revista de Administración Pública*, 25 (1958), p. 11.

—luego intitulado *Dominio público*, en una nueva publicación (1955)—,[354] quien, a nuestro juicio, le da el impulso definitivo a la reflexión sobre el dominio público en la doctrina española; antes de su artículo tan famoso no se había efectuado una reflexión tan profunda sobre el tema, y es él —a través de un trabajo admirable, con gran uso (casi exhaustivo) de la doctrina extranjera, predominantemente francesa e italiana— quien efectúa la primera gran sistematización sobre el tema del dominio público, esquema que marcará posteriores reflexiones.[355]

Ballbé desarrolla una investigación del dominio público a través de las que él denomina "distintas notas o elementos que pueden incidir en la esencia del dominio público":[356] a) el "elemento subjetivo", que "estriba en que la titularidad de la cosa corresponde a un ente público";[357] b) el "elemento objetivo", respecto al cual "la noción del dominio público es independiente de la cualidad material de las cosas y que, por ende, pueden integrarlo así las nudas porciones del suelo, como los edificios, los bienes muebles y los incorporales o inmateriales";[358] c) el "elemento teleológico", el que consiste "en la destinación directa de las cosas a la función pública", es decir "que el nexo entre la cosa y función ha de ser el hallarse 'destinada', esto es 'afectada'

---

[354] *Vid.* BALLBÉ, Manuel, *Concepto de dominio público*, en *Revista Jurídica de Cataluña* (1945), 5, pp. 25-73, luego publicado, con sólo pequeñas adiciones bibliográficas, como: EL MISMO, voz *Dominio público*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Francisco Seix, Editor, 1955), 7, pp. 772-792 (citaremos según esta última versión, por ser la más conocida); *vid.*, además: EL MISMO, *Las reservas dominiales (principios)*, en *Revista de Administración Pública*, 4 (1951), pp. 75-91.

Luego de la primera publicación del trabajo de BALLBÉ sobre el dominio público (en 1945), le siguió uno de GARCÍA OVIEDO, Carlos, *La teoría del dominio [público] en la nueva Ley de Bases del Régimen Local*, en *Revista de Estudios de la vida Local* V (1946), pp. 549-561, breve, poco citado, y en la línea patrimonialista señalada.

[355] Nos referimos a su conocido análisis en los elementos: subjetivo, objetivo, teleológico y normativo, asumido, entre otros (quizás algo acríticamente, a nuestro parecer), por GARRIDO FALLA (n. 374), y ahora por DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo* (Madrid, Tecnos, 1983), pp. 346 y ss.

[356] BALLBÉ, *Dominio público* (n. 354), p. 772.

[357] BALLBÉ, *Dominio público* (n. 354), p. 775; según BALLBÉ ésta es la doctrina dominante, citando, al efecto, tratadistas españoles de los siglos XIX y XX, como los siguientes: COLMEIRO (1850), SANTAMARÍA (1898), MELLADO (1899), GASCÓN (1942), ROYO VILLANOVA (1942) y GARCÍA OVIEDO (1943). Incluso afirma que "la institución del dominio público, ante todo y sobre todo, viene condicionada subjetivamente, como lo evidencia la consideración de que sin la atribución de los bienes a un ente público no hay dominialidad" (p. 781), lo que, más tarde, la doctrina impugnará; cfr., por todos ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La afectación de bienes al servicio público* (Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1973), p. 31.

[358] BALLBÉ, *Dominio público* (n. 354), p. 778.

a su actuación",[359] y d) el "elemento normativo": el sometimiento de los bienes a un régimen de derecho público.[360]

Su conclusión es que todos estos elementos, para formar el dominio público, han de concurrir irrecusablemente, sin que pueda faltar ni uno de ellos.[361] Nuestra opinión es que este valioso trabajo (por ello nos hemos detenido a analizarlo, aunque sucintamente), si bien presenta conclusiones muy discutibles (como se encargará de decirlo más tarde la doctrina, y tendremos ocasión, asimismo, de decirlo nosotros), marcó un hito en las reflexiones sobre el dominio público, y la formulación taxativa de estos cuatro elementos sería de alta utilidad, pues tuvo el mérito de señalar los puntos neurálgicos de la estructuración de la institución del dominio público, y sobre estos elementos la doctrina volverá una y otra vez, ora desechando alguno, ora marcando el acento en otros.

2º Sabino Alvarez-Gendín

Es forzoso mencionar en esta materia a Sabino Alvarez-Gendín y Blanco,[362] pues es notorio su esfuerzo —no repetido íntegramente hasta hoy— por exponer la situación jurídica del dominio público en España, tanto su teoría general, aun desde el punto de vista histórico, como sus manifestaciones más caracterizadas, entre ellas las minas. Su intención es construir una teoría general del dominio público, en gran parte basada en el derecho histórico, lo que le lleva a buscar un concepto histórico del dominio público, a través de su evolución; analiza detenidamente

---

[359] BALLBÉ, *Dominio público* (n. 354), p. 786.

[360] BALLBÉ, *Dominio público* (n. 354), p. 786.

[361] Termina su trabajo definiendo el dominio público como la "institución de derecho público que rige las cosas, objetivamente de cualquier clase, que, correspondiendo su titularidad a una persona jurídico-pública, se hallan directamente destinadas a sus funciones" (p. 786).

[362] Su primer trabajo sobre el tema es de 1952: ALVAREZ-GENDÍN, Sabino, *El dominio público. Su fundamento y naturaleza jurídica*, en *Estudios Gascón y Marín* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1952), pp. 259-302; le siguió otro de 1954: EL MISMO, *Naturaleza dominial pública de los edificios y de los bienes muebles*, en *Estudios García Oviedo* (n. 342), pp. 17-47; *vid.*, además, el capítulo correspondiente de su: EL MISMO, *Manual de Derecho Administrativo español* (Barcelona, Bosch, 1954), pp. 510 y ss., todo lo que, junto a una mayor elaboración, cristalizaría en su: EL MISMO, *El dominio público. Su naturaleza jurídica* (Barcelona, Bosch, 1956), según el cual citaremos en el texto principal, y que constituye uno de los pocos trabajos monográficos con intenciones generales que, sobre el tema, cuenta España; sólo algunos párrafos, incluso resumidos para la ocasión, pasarían a formar parte de su: EL MISMO, *Tratado general de Derecho Administrativo* (Barcelona, Bosch, 1973), 3, pp. 295 y ss. Su última aportación al tema es histórica: EL MISMO, *Concepto histórico* (n. 342).

la formulación de la doctrina francesa (que, para él, en célebre expresión suya, son verdaderos vagidos, como los del *nasciturus*) y española del siglo XIX, y de la época en que escribe. El concibe dos modalidades de dominio público: uno común y otro especial,[363] para quien "el dominio público es, en suma, una forma de propiedad especial privilegiada de los entes públicos, afectada a la utilidad pública, a un servicio público o al interés nacional",[364] constituyéndose, entonces, en uno de los artífices del asentamiento, por largos años, y hasta hoy en alguna doctrina, de la concepción patrimonialista del dominio público.

3º Enrique Martínez Useros

En 1954 Enrique Martínez Useros publica un excelente trabajo,[365] el que es, a pesar de su título, casi monográfico sobre el dominio público. Luego de revisar la "propiedad pública" en la historia (siguiendo muy de cerca a Mayer), señala que, de acuerdo a su pensamiento, la evolución del dominio público se ha visto determinada por la siguiente teleología persistente: la vinculación de un conjunto o masa de bienes que: a) por su destino (contemplación objetiva), o b) por su pertenencia a un sujeto, que es principio activo de la promoción del bien común (estimación subjetiva), se hallan afectos y han de servir en pro de la mejor eficiencia de la gestión del gobierno político y administrativo.[366] Su concepción, en la misma línea anterior, es claramente patrimonialista, y marca el acento en un aspecto que la doctrina posterior considerará "clave":[367] "es la afectación al bien público, y garantía de continuidad total y parcial de ella, lo que caracteriza y fundamenta todas las fases de los diversos estadios evolutivos de la propiedad de las cosas públicas y, por consecuencia,

---

[363] ALVAREZ-GENDÍN, *El dominio público* (n. 362), p. 45, incluye a las minas dentro del que llama dominio público especial; como tales, estudia la situación jurídica, ante el derecho positivo, de cada categoría. Nos interesa destacar cómo visualiza para las minas, entre otros bienes del dominio público, características "especiales", que le separan de los demás.

[364] ALVAREZ-GENDÍN, *El dominio público* (n. 362), p. 41.

[365] MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público*, en *Estudios García Oviedo* (n. 342), pp. 137-176 (incluye amplia bibliografía en pp. 174-176). No debe olvidarse que el mismo año 1954 se publica el importante libro de LÓPEZ RODÓ, *El patrimonio nacional* (n. 152), de obligada consulta para el período histórico, y que hemos utilizado ampliamente en la Primera Parte; no obstante, sus referencias a la teoría del dominio público, si bien con amplio manejo y conocimiento de la doctrina (cfr. especialmente pp. 243 y ss. y bibliografía: pp. 271-275), no tienen el desarrollo ni las conclusiones que podría ofrecer un estudio monográfico; de ahí su mera referencia en este lugar.

[366] MARTÍNEZ USEROS (n. 365), p. 159.

[367] Nos referimos a la "afectación": *vide infra*.

la base que tipifica y ampara el desarrollo de la moderna doctrina sobre las mismas".[368] No obstante, su concepción patrimonialista no es tan cerrada, y ya comienzan a vislumbrarse líneas críticas que más tarde acentuará la doctrina: según él la noción de dominio público del Código Civil no se corresponde con la idea de una propiedad pública homogénea a la propiedad privada; es más compleja la noción; la complejidad consiste en que no se impone ni excluye el vínculo de la apropiación o pertenencia privativa, y cuando existe apropiación, dada su teleología, rebasa la correspondencia con la propiedad privada.[369] En definitiva, creemos que, posteriormente, este trabajo fue menos citado de lo que se debiera, por encontrarse ya en él ideas que la doctrina, entonces, sólo desarrollaría —y no crearía, como se podría pensar— más tarde.

4º Aurelio Guaita

Aurelio Guaita publicó en 1956 un trabajo en francés,[370] en que utiliza toda la doctrina anterior, y efectúa, a esas alturas, un diagnóstico sobre la concepción patrimonialista, considerando el dominio público como una propiedad de las personas administrativas; dice: "En este punto la doctrina es unánime: Royo, Santamaría, Fernández de Velasco y García Oviedo califican de dominio público la propiedad de la Administración; Alvarez-Gendín y Ballbé, lo mismo: para el primero de estos autores, se trata de una propiedad especial; para el segundo, el dominio público es una propiedad más, como la propiedad privada"[371] (realidad que, como veremos, pronto cambiará). En el fondo, él también acoge esta tesis patrimonialista, que basa el dominio público en el patrimonio, en el dominio; aunque, forzoso es no negarlo, su actitud carece del acriticismo con que muchas veces

---

[368] MARTÍNEZ USEROS (n. 365), p. 159.

[369] MARTÍNEZ USEROS (n. 365), p. 163; esto concuerda con su pensamiento en el sentido de que el Código Civil habría concebido el dominio público como un régimen de cosas destinadas al uso público o que perteneciendo a un ente público se hallan afectadas a los fines del servicio público o fomento de la riqueza nacional; la fórmula del Código Civil, según él, es de "absoluto sincretismo", en orden al tema de si el dominio público es o no una verdadera relación de propiedad: toda vez que integra en él las cosas apropiadas privativamente por el Estado, como las que quiere indicar que no lo están *(idem)*.

[370] GUAITA, Aurelio, *Le domaine public en Espagne*, en *Revue Internationale des Sciences Administratives* (Bruxelles), 22 (1956), 2, pp. 121-140 (incluye una breve bibliografía en p. 138). También encontraremos desarrollos sobre el dominio público de mano de este autor, más tarde, en su *Derecho Administrativo Especial* (n. 16) y, últimamente, en su *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas* (n. 16).

[371] GUAITA, *Le domaine public* (n. 370), p. 132.

se recibió tal postura, fijando su atención en un aspecto que la doctrina luego desarrollará,[372] dice: "Es cierto que dominio y propiedad (como los contratos, las servidumbres, etc.) no son un aspecto propio del derecho civil, es más bien una institución de la teoría general del derecho, y en cualquier sector del derecho que se reglen las cosas, es una cuestión de dominio. Naturalmente, el modo público es distinto del modo privado, lo mismo que el derecho civil se distingue del derecho administrativo, mas esto no es obstáculo a que ésta sea cuestión de dominio en los dos casos, del mismo modo que es cuestión de derecho en los dos casos",[373] y de esta naturaleza propia del dominio público, según Guaita, deriva su régimen jurídico particular, sometido enteramente al derecho administrativo.

c) *La influencia posterior*

En la misma línea seguiría más tarde Fernando Garrido Falla, desde su primera incursión en el tema, el año 1962, texto publicado luego, con ligeras modificaciones, en 1980, y además introducido en su conocido *Tratado*, en sus sucesivas ediciones, hasta la de 1987, la última;[374] estudia Garrido Falla en forma bastante amplia lo que para él es la teoría del dominio público, su concepto, su naturaleza jurídica y elementos (siguiendo, en esto, la categorización formulada años antes por Ballbé, según hemos visto *supra*), para luego analizar su régimen jurídico ante las leyes españolas. En general, sigue de cerca a Ballbé, postulando la concurrencia necesaria de tres elementos: subjetivo, objetivo y teleológico; sus notas novedosas: mitiga Garrido Falla la exigencia de un elemento normativo, y se hace eco de una tendencia

---

372 Es lo referente a las "cosas públicas", en general, sobre todo por influencia alemana, *vide* el trabajo de PAREJO ALFONSO (n. 342).

373 GUAITA, *Le domaine public* (n. 370), p. 134.

374 Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Sobre el régimen del dominio público*, en *Problemática de la ciencia del derecho. Estudios en Homenaje al Profesor José Ma. Pi y Suñer* (Barcelona, Bosch, 1962), pp. 303-340; según él, "la consideración del dominio público como una forma especial de propiedad, constituye, pues, la opinión común en la doctrina actual" [citando, por todos, el trabajo monográfico de ALVAREZ-GENDÍN, de 1956 (n. 362)]; no puede resultar más que sorprendente que este mismo texto, inmodificado, sea repetido en 1980: EL MISMO, *Comentario al artículo 338 a 345 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Manuel ALBALADEJO, Madrid, Edersa, 1980), pp. 47-95, y en su *Tratado*, hasta la reciente 8ª edición, en 1987: EL MISMO, *Tratado de Derecho Administrativo*[8] (Madrid, Editorial Tecnos, 1987), 2, p. 36. Este autor olvida mencionar que a más de 25 años de la primera publicación de su inalterado texto sobre el tema, dicha opinión no es tan "común", como veremos *infra*.

doctrinal (que veremos *infra*) que comenzaba a marcar el acento en la "afectación", como aspecto central de la teoría del dominio público; en suma, a nuestro entender, a pesar de la claridad y la calidad de sus desarrollos, no aportó en este tema grandes novedades Garrido Falla; aún más, con la inclusión de un trabajo suyo en unos "Comentarios al Código Civil", demuestra una sugestiva actitud sobre el apego que sigue sosteniendo parte de la doctrina española, entre los que se enmarca él mismo, al criterio patrimonialista; por más matizaciones que pretende introducir en sus desarrollos dogmáticos, su causa (su error, pensamos: *vide infra*) se origina en la base: la consideración de la propiedad casi como primer principio, planteamiento hoy insostenible dentro de la dogmática *ius* publicista, a nuestro entender.

Pasa esta influencia por muchos autores, y es sostenida —por algunos— hasta el día de hoy, con la misma base, buscando, incluso, argumentos en los nuevos textos legales; así, el más reciente estudio monográfico dedicado al tema, de Fernando Sainz Moreno,[375] quien continúa esta línea, adoptando una actitud "patrimonialista" frente al dominio público. Para él la noción de dominio público se construye a base de estos tres elementos: a) titularidad administrativa; b) afectación a un fin público, y c) régimen jurídico especial.[376] Su concepción patrimonialista la justifica con argumentos novedosos, pero no convincentes; según él, la crítica a que puede estar sometida la concepción patrimonialista "ha quedado en gran medida compensada con la concepción hoy prevalente de la 'función social' de la propiedad (art. 33.2 Const. española) y de la subordinación de 'toda riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titular, al interés general' (art. 128 CE)", siendo —a su juicio— la diferencia entre la propiedad pública y privada sólo de grado; dice "Toda propiedad está subordinada al interés general, pero en unos casos con mayor intensidad que en otros: la propiedad privada ha de cumplir una 'función social', mientras que la propiedad pública ha de cumplir una 'función pública' ".[377]

Con un afán aparentemente conciliador, en esta tesis se olvida que es perfectamente posible la afectación de bienes privados para el cumplimiento de funciones públicas, lo que echa por tierra su pretendido dualismo patrimonialista; pero, en todo caso, es interesante la persistencia de este autor en buscar acercamientos con la tesis contraria (*vid. infra*); según él: a) "la tesis patrimonialista del dominio público tiene un valor instrumental en el sentido de que sirve para dar solución a una serie de problemas que la adquisición, conservación y uso del dominio

375 Cfr. SAINZ MORENO (n. 347), pp. 123-217.
376 SAINZ MORENO (n. 347), p. 136.
377 SAINZ MORENO (n. 347), pp. 137-138.

público plantea"; en definitiva, para él, "es útil",[378] sorprendiendo con un pragmatismo cuya validez en derecho no deja de ser discutible; y b) piensa que "tal concepción no es incompatible con la tesis del dominio público como 'función' o como 'título de intervención' [se refiere, indudablemente, a la tesis de José Luis Villar Palasí, que cita expresamente, y que revisaremos *infra*, en el texto], sino que más bien la asume; el criterio determinante del dominio público es la afectación o destino y no el de la naturaleza propia de los bienes",[379] sorprendiendo ahora con su eclecticismo y ánimo de mediación (detrás de lo cual no podemos ignorar la existencia de una imposibilidad de rebatir los sólidos argumentos de la postura funcionalista, que no hace más que poner en evidencia el foso dogmático en que se encuentra el patrimonialismo, trasladado, erróneamente, desde el área del derecho privado al derecho administrativo). En fin, estimamos un buen intento —no logrado, lamentablemente— por resucitar una tesis superada por los hechos.

5. Dos criterios doctrinales

Hay dos criterios que, más o menos al margen de la línea doctrinal anterior, fueron persistentemente acentuados por la doctrina; criterios íntimamente relacionados, y que merecen un tratamiento especial, previo al análisis de la llamada por nosotros "teoría funcionalista".

Nos referimos: a) a la afirmación de existir bienes de dominio público por naturaleza, y b) a la "afectación", como criterio central de la teoría del dominio público.

a) *Bienes del dominio público por naturaleza*

¿Existen bienes del dominio público por naturaleza? Sustenta el criterio afirmativo Aurelio Guaita;[380] para él, es indudable que existe un dominio público natural, para lo que no son obstáculo en modo alguno los *mètres carrés* que puedan erosionar-

[378] Sainz Moreno (n. 347), p. 137, n. 11.

[379] Sainz Moreno (n. 347), p. 138.

[380] Cfr. Guaita, *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas* (n. 16), p. 23. En contra, Sainz Moreno (n. 347) opina que el criterio de los bienes de dominio público por naturaleza se ha abandonado, y ello habría quedado claro en el debate de la Constitución [*vide* los antecedentes del Anteproyecto de Constitución que proporcionan tanto él como Guaita, *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas* (n. 16), p. 22]; no obstante reconocer —dice Sainz Moreno, demostrando nuevamente su constante ánimo de eclecticismo— que "es evidente que ciertos bienes de domi-

lo:[381] es natural porque está predestinado a cristalizar en una ley positiva; según él, "pueden existir en él enclaves particulares, pero las grandes masas en que consiste, al menos tienden a integrarse en el dominio público, cuya 'naturaleza' global no debe negarse porque puedan existir o existan unos metros cuadrados de propiedad particular", mas admite que "este aspecto del problema no es el más decisivo ni relevante, toda vez que para que una cosa sea de dominio público es inexcusable una ley que lo declare así".[382] Aplica Guaita la categoría de dominio público natural especialmente a las minas (como asimismo a las aguas y montes), dándole las siguientes notas: a) en principio es un dominio público necesario (no tolera "competencias" de la propiedad); b) es, en los casos más extensos, frecuentes e importantes, del Estado —como las minas—, y c) tampoco coinciden dominio natural y bienes de uso público, pues hay dominio natural no de uso público, y tal es el caso de las minas y montes.[383] En definitiva, señala que si bien "es la ley la que califica de dominio público a determinados bienes, y en ese sentido todos ellos lo son legalmente, pero es innegable que lo que se declara *ex lege* dominio público, la materia prima de éste, puede ser natural, proporcionado por la naturaleza y, en suma, que existe un dominio público natural, que la ley, quizás nunca por capricho, antes bien forzadamente casi siempre, declara, consagra y positiviza",[384] aspecto este que debemos tener muy en cuenta;

---

nio público tienen una naturaleza más adecuada que otros para ser bienes demaniales", los cuales "entran en el dominio público desde el momento en que reúnen las características tenidas en cuenta por el legislador, sin necesidad, pues, de un acto singular de afectación" (p. 138, n. 12).

[381] Se refiere a la denominada teoría del "metro cuadrado", de Maurice HAURIOU.

[382] GUAITA, *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas* (n. 16), p. 23.

[383] GUAITA, *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas* (n. 16), p. 27.

[384] GUAITA, *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas* (n. 16), p. 34. No está exenta de crítica, por su parte, la teoría general de dominio público, pues para él es muy ambigua, "al abarcar aquél [el dominio público] una ingente y abigarrada masa de cosas diversísimas, desde playas, ríos o minas (etc.)"; "aparte de la titularidad pública y de la afectación a un fin público, ¿qué tienen de común los bienes dominiales? Muy poco, sólo algunos trazos de régimen jurídico peculiar que deriva de la afectación o destinación pública" (p. 24); señala —con razón, por lo demás, como veremos en nuestro caso: el de las minas— que "hay instituciones que sólo pueden existir en especies determinadas del dominio público" (p. 25). En suma: según él, tenía razón DUGUIT cuando hablaba de la gradación o *échelle de la domanialité publique*, según las cosas o bienes posean más o menos notas (y con mayor o menor intensidad) de las que configuran el régimen jurídico del dominio público" *(idem)*. Esta idea de DUGUIT no debe perderse de vista, tal como lo recalcamos *infra*.

no obstante, al "capricho" a que hace mención Guaita, nosotros hemos antepuesto (y en esto consta nuestra crítica, y para lo cual reemplazamos por cualquier argumento la reconstrucción realizada en nuestra Primera Parte) el lastre histórico-jurídico.

b) *La afectación: pieza clave*

Por otro lado, se encuentra la importante figura jurídica de la afectación; en esta materia nuevamente es la doctrina francesa la que dio los primeros vagidos,[385] la que está conteste en que esta nota es esencial dentro de la construcción doctrinal del dominio público. Según nuestras informaciones, quien primero plantea la cuestión en estos términos ante el derecho español es José Antonio García Trevijano;[386] continúan el tratamiento del tema, en forma monográfica, Ariño Ortiz, Sala Arquer, Sánchez Blanco y, en fin, Climent Barberá:[387] todos ellos opinan que la afectación es figura "central", "clave", "medular", "fundamental", etc., del dominio público. Si bien antes la doctrina había fijado su atención en la importancia de este elemento,[388] quien primero

---

[385] *Vide*, por todos: LAUBADÈRE, André de, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation*, en *Revue du Droit Public et de la science politique* (1950), pp. 5-28 [ahora también en *Pages de Doctrine* (París, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980), 2, pp. 75-94]; DURAND, Claude, *Désaffectation et déclassement des biens du domaine public*, en *Revue de Droit Public et de la science politique*, 72 (1956), pp. 233-273; SIORAT, Lucien, *La notion d'affectation en matière domaniale*, en *Revue du Droit Public et de la science politique*, 74 (1958), pp. 866-917; línea que seguirá posteriormente CHARLIER, Robert-Edouard, *Les biens affectes au service public*, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969), 5, § 147, pp. 45-80.

[386] Cfr. GARCÍA TREVIJANO, José Antonio, *Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista de Administración Pública*, 29 (1959), pp. 11-57.

[387] Cfr. ARIÑO ORTIZ (n. 357); SÁNCHEZ BLANCO, Angel, *La afectación de bienes al dominio público* (Sevilla, Instituto García Oviedo, 1979); SALA ARQUER, José Manuel, *La desafectación de los bienes de dominio público* (Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1979); CLIMENT BARBERÁ, Juan, *Afectación de bienes al uso público* (Valencia, Facultad de Derecho Universidad de Valencia, 1979), y EL MISMO, *Perspectivas de la titularidad de bienes de dominio público y la idea de competencia*, en *Libro homenaje al Profesor Galvañ Escutia* (Valencia, 1980), pp. 119-138.

[388] No se olvide que ya en 1955 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público* (n. 39), p. 95, decía: "Toda la institución del dominio público gira sobre un *criterium* esencial: la llamada 'afectación', destinación, destino, de las cosas particulares que integran sus dependencias" y que "rigurosamente, la afectación o *publicatio* ex-

efectúa un desarrollo monográfico sobre él es García Trevijano (1959), planteando que la introducción del concepto de afectación constituye la superación de la idea de bienes de dominio público por naturaleza,[389] concluyendo que "los bienes demaniales necesitan, para ser tales, de la titularidad y el destino como requisitos concurrentes, y en cuanto falte alguno de ellos nos encontraremos con bienes privados",[390] no abandonando, de este modo, esta visión de titularidad, también afirmada por la doctrina patrimonialista vista anteriormente.

Entonces, su esfuerzo doctrinal dice relación con la acentuación del papel de la afectación, y no introduce una crítica a la teoría patrimonialista, sino más bien —con la conservación de la titularidad formando una dualidad conceptual con la afectación para integrar el dominio público—, pensamos, la reafirma.

La afectación, como tal, más tarde recibirá los frutos de un nuevo avance doctrinal, de parte de Gaspar Ariño Ortiz (1973), quien, más cerca de las doctrinas "funcionalistas" *(vide infra)*, reconoce el papel de la afectación en los bienes del dominio público, pero ya "no como título de propiedad, sino como título (único) de potestad sobre ellos",[391] propugnando, de este modo, la disociación de la dualidad titularidad-afectación, poniéndose al lado de una corriente muy clara dentro de esta materia, que pretende evitar aquella disyuntiva falsa: o dominio público o propiedad privada, sin más.

La revisión a que somete Ariño Ortiz este problema significaría un real avance dentro de las reflexiones sobre el dominio público.

Posteriormente, la doctrina abundará en el estudio de este instituto. Así, Sala Arquer (1979), ya desde su aspecto conclusivo: la desafectación;[392] como, sobre la estructura de la afectación de bienes al uso y servicio público: Climent Barberá (1979);[393] como, en general monográficamente, y tratando de cu-

---

plica, justifica y mide el conjunto íntegro de las particularidades dogmáticas del dominio público, y entre ellas las fundamentales de su inalienabilidad y su imprescriptibilidad" (p. 95); continúa en esta línea, algo más tarde, CLAVERO ARÉVALO (n. 353), para quien la afectación es, precisamente, el fundamento de la inalienabilidad (p. 35).

389 GARCÍA TREVIJANO, *Titularidad y afectación* (n. 386), p. 16, lo que lo enfrenta de lleno con la tesis de GUAITA, señalada *supra*. Como dato adicional, ARIÑO ORTIZ (n. 357), p. 23, califica, con razón, el trabajo de GARCÍA TREVIJANO como "uno de los más ricos y sugerentes de nuestra bibliografía jurídico-administrativa".

390 GARCÍA TREVIJANO, *Titularidad y afectación* (n. 386), p. 24.

391 ARIÑO ORTIZ (n. 357), p. 31.

392 Cfr. SALA ARQUER (n. 387).

393 Cfr. CLIMENT BARBERÁ, *Afectación de bienes* (n. 387).

brir todos sus supuestos, en el completo trabajo de Sánchez Blanco (1979).[394] En esta línea, en el más reciente trabajo monográfico que conocemos sobre el tema, seguirá Climent Barberá (1980) recalcando que "los vínculos entre el bien de dominio público y el titular se configuran como 'potestades' sobre el bien, derivadas de la competencia del ente sobre la finalidad pública concreta al destino a que está afectado el bien; no se configura como un derecho de propiedad sobre el mismo"; y "en los supuestos en que hay diferencias entre el titular de un bien (como concepto de propiedad civil) y la titularidad de la competencia para atender a los fines públicos a que el bien está afectado, se percibe la insuficiencia de la idea del dominio público como propiedad";[395] señala, además, que la inalienabilidad puede concebirse restrictivamente (petrificar la titularidad en el ente público) o en forma amplia (basta que el bien siga cumpliendo el fin, sin importar su titular), evitándose de esta manera, como es obvio, la idea del dominio público como un derecho de propiedad.[396]

De todo lo expuesto en orden a esta figura jurídica, pensamos que, en este sentido, la idea de la afectación —primero ligada a la titularidad, para luego desvincularse de ella— se ha convertido en el gozne —y principal instrumento de la teoría del dominio público— que ha permitido un amplio desarrollo doctrinal de las tesis que impugnan el concepto patrimonialista del dominio público, y que veremos en seguida.

6. La concepción "funcionalista"

Frente a la concepción que ve en el dominio público una forma de propiedad, ya no privada, sino pública, se ha venido desarrollando en España, a partir de las reflexiones de José Luis Villar Palasí[397] sobre el tema, una reacción desde el punto de vista de la

---

[394] Cfr. Sánchez Blanco (n. 387), quien también trata, específicamente, la afectación de minas, pp. 276 y ss., materia que nosotros veremos *infra*.

[395] Climent Barberá, *Perspectivas* (n. 387), pp. 126-127.

[396] Climent Barberá, *Perspectivas* (n. 387), p. 130.

[397] A pesar de la riqueza de los planteamientos de este autor —que tiene una visión tan característica de la disciplina—, no es posible detenernos en esta ocasión en su análisis, como hubiésemos querido; sobre su tesis en cuanto al dominio público, ya en trabajos anteriores a los que citaremos *infra*, encontramos importantes aportes, que irían perfilando su futuro planteamiento; en este sentido, *vid.*: a) *Concesiones Administrativas* (1952: n. 238), donde ya anunciaba el rechazo del dominio público como propiedad privada del Estado, destinada al uso público (p. 767); b) *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado*, en *Revista de Administración Pública*, 16 (1955), pp. 11-83, es-

"función", y es por eso que llamaremos, en forma convencional, a esta corriente doctrinal, "funcionalista".

a) *Un hito: la tesis de Villar Palasí*

Según José Luis Villar Palasí (1968), "la idea del demanio viene siendo enfocada desde esa coseidad, sin parar mientes, absurdamente, en que es sólo una técnica funcional y no una cosa. ¿Qué sentido tiene el demanio minero desde el ángulo de las cosas reales? El dominio público nació más bien, y pervive hoy, como técnica jurídica eficaz, con un sentido plenamente funcional: construir un título de intervención administrativa plena".[398]

Agrega, más adelante, esta idea fundamental: "Si la Administración tiene públicos hoy una serie de dominios, no lo hace con el viejo sentido regaliano de dejar las cosas así, incrementando el acervo del príncipe; antes bien, está interesada en otorgar concesiones al máximo, despojándose aparentemente del contenido útil de lo publificado. Esta aparente contradicción es la que desvela totalmente la función de la *publicatio:* construir sobre ella el título de intervención".[399]

Su explicación histórica es la siguiente:[400] del concepto abs-

---

pecialmente nota 55; aquí encontramos interesantes comentarios como éstos: "Es también a través de la implantación forzada de la paz del Rey, por donde se consigue también otro artificio de declaración de dominio público"; cita el ejemplo de los caminos, cuya atracción al dominio del rey se justificaba bajo argumentos, no de dominio, sino de poder eminente; cita a PROUDHON [*vide* su *Traité du domaine public ou de la distinction des biens* (París, A. Dijon, ed. 1843), Préface, p. 3], según el cual con este arbitrio de poder no se incrementa el dominio fiscal, sino que se limita a sustraer los caminos del ámbito del dominio privado *(choses, qui son mises par l'autorité publique en dehors de toute possesion privée",* p. 3), sometiéndose al poder *("au pouvoir administratif", idem,* p. 5) y no al dominio de la Administración; c) *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo,* en *Revista de Administración Pública,* 3 (1956), pp. 53-129; estudiando cómo la actividad industrial ha significado un desbordamiento conceptual al derecho administrativo clásico, expresa: "El proceso expansivo de lo público al enfrentarse con los esquemas lógicos clásicos muestra la inadecuación de éstos para servirles de instrumento y dar forma a las nuevas tareas estatales" (p. 105); habla de la "crisis del concepto mismo del dominio público" (p. 116, n. 31), señalando que "en todo caso, al concepto de patrimonio industrial no es posible aplicar los principios clásicos del dominio público" (p. 117).

[398] VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas* (Madrid, Universidad de Madrid, 1968), p. 32.

[399] VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo* (n. 398), pp. 32-33; idea esta que adquiere especial relieve en el caso de las minas, como se verá, donde calza perfectamente.

[400] VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo* (n. 398), p. 104.

tracto y difuso de regalía nació el dominio público, como una clase especial de regalía (que llegó a comprender, entre otros bienes, a las minas, como sabemos); con el advenimiento de la "policía" pasará el dominio público a ser un concepto técnico, deviniendo mera policía en algunas de las viejas regalías.[401]

b) *Su desarrollo posterior*

1º Roberto Parejo Gamir y José María Rodríguez Oliver

Son estas lúcidas reflexiones las que retomarán más tarde Roberto Parejo Gamir y José María Rodríguez Oliver (1975), quienes siguiendo a Villar Palasí, el que fuera su maestro, abordan el tema señalando, de partida, su distancia con las teorías anteriores: "El problema de la naturaleza del dominio público se complica extraordinariamente cuando se confunde con una propiedad administrativa, y se explica como una especial categoría de derechos reales semejantes a los de índole privada; ello es consecuencia —sostienen— de una confusión previa consistente en establecer que el concepto 'cosa' juega de la misma manera en derecho privado que en el derecho administrativo",[402] pues, a su juicio, este concepto es absolutamente insuficiente, incluso irrelevante, para el derecho administrativo y el dominio público. Según su opinión, si el concepto de cosa sirve para algo en derecho público, "es para atribuir la titularidad de la misma a la Administración, lo cual se convierte en fundamento para que la ley atribuya a ésta un cúmulo de potestades con fines específicos; la existencia misma del demanio se ampara en la posibilidad que ofrece a las administraciones públicas para disponer de unas competencias que, de no existir aquél, serían impensables o imposibles".[403] En definitiva, los autores reafirman la te-

---

[401] Incluso, después de la elaboración de su doctrina (que damos cuenta en el texto principal), continúan salpicando en sus obras esclarecedoras noticias, siempre breves, sobre el dominio público, como la siguiente: en *Prólogo* a VILLAR ESCURRA, José Luis, *Servicio público y técnicas de conexión* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980), p. 14, en donde señala: "El demanio o el dominio público de la nación o del Estado (con todos estos términos aparece en nuestra legislación administrativa) no es, ni mucho menos, trasunto del derecho romano, sino el brusco cambio del dominio del rey o de la Corona al dominio de la nación, y así aparece en Francia en 1790, pasa al primer Cód. Civ. francés de 1795, que habla de propiedad de la nación, y pasa al Código napoleónico de 1805 como tal expresión de dominio público".

[402] PAREJO GAMIR, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVER, José María, *Lecciones de dominio público* (Madrid, Ediciones Instituto Católico de Artes e Industrias, 1976), p. 7.

[403] PAREJO GAMIR y RODRÍGUEZ OLIVER (n. 402), p. 7.

sis de Villar Palasí, a través de un excelente desarrollo dogmático, concluyendo: "El dominio público, antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar los conductos de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales".[404]

2º Alfredo Gallego Anabitarte

En 1981, Alfredo Gallego Anabitarte (en un trabajo muy sugerente para nosotros, pues presenta y propugna en él, como hemos dicho, una visión "histórico-dogmático-jurídica", como lo que pretendemos aquí), señala en esta correcta línea de pensamiento: "Los bienes de dominio público, por sus características de uso y aprovechamiento general, de inalienabilidad e imprescriptibilidad, etc., se resisten a ser configurados en base al concepto de propiedad, que supone la plena disposición sobre el objeto; estos bienes de dominio público serían más bien unas cosas destinadas a un determinado fin, bajo la administración y gestión de los poderes públicos".[405] Posteriormente, en 1986, este autor aplica, con una riquísima visión histórica, su concepción sobre el dominio público a un caso particular: las aguas, confirmando una vez más cómo el dominio público está alejado del concepto jurídico de propiedad.[406]

---

[404] PAREJO GAMIR y RODRÍGUEZ OLIVER (n. 402), p. 8, agregan, más concretamente: "El dominio público no interesa como propiedad, sino como justificación para que la ley atribuya determinadas facultades, y para que el derecho privado no llegue a absorberlo" *(ibidem)*; en fin, su análisis sigue, pero lo transcrito basta para nuestro interés: cfr., especialmente, pp. 5-10.

[405] Cfr. GALLEGO ANABITARTE, *Los cuadros del Museo del Prado* (n. 44), p. 233, n. 14. Lamentablemente, esta idea, que es correcta, por lo demás, no la encontramos en el texto principal de su trabajo, sino en una nota, sin la justificación y razonamientos necesarios, pues el autor los dejaría para un trabajo posterior (expresa "toda esta cuestión en la segunda parte de este estudio"), el que desconocemos, pues, al parecer, no se ha publicado. No obstante esta clara afirmación transcrita en el texto sobre la exclusión de la propiedad, este autor, en la p. 235 de su estudio, incurre, al parecer, en una contradicción, pues señala que el Estado sería "el propietario o titular final de todas estas cosas públicas", entre las que incluye las de dominio público, no reparando en la correcta afirmación expuesta, en nota cit., dos páginas más atrás de su estudio.

[406] Cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *El derecho de aguas en la historia y ante el derecho comparado*, en: — y otros, *El derecho de aguas en España* (Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986), 1, especialmente pp. 45 y ss. y 341 y ss. Lamentablemente, esta obra la conocimos recién cuando cerrábamos nuestra actual investigación, y —por la riqueza de sus planteamientos— no era posible entrar a analizar en pro-

3º Luciano Parejo Alfonso

En esta misma línea, es interesante el trabajo de Luciano Parejo Alfonso (1983),[407] quien pretende una reconstrucción de la teoría general del dominio público; su análisis cubre, con buenos antecedentes, los elementos históricos del concepto de dominio público; una rápida revisión de las posiciones doctrinales francesas y alemanas; revisa el problema de la propiedad, señalando lo incorrecto de la tesis del dominio público como propiedad del Estado, y apuntando los problemas que no explica tal tesis y su insuficiencia. A su parecer, el "problema básico", la "clave" de la teoría del dominio público residiría en determinar la existencia de una institución específica de éste: la cosa pública, y su reconstrucción sólo es posible realizarla a partir de la diferencia del significado del concepto de cosa para el derecho civil y administrativo;[408] de este modo, desarrolla la tesis de Maunz sobre las "cosas públicas", por considerar que la construcción de dicho autor alemán sería el esfuerzo de mayor profundidad realizado sobre el dominio público.[409]

Según Parejo Alfonso, no sin exageración, la tesis dualista de Maunz sirve para solucionar este "punto absolutamente crucial" de la diferenciación entre cosas en sentido jurídico-civil

---

fundidad aquí. No obstante, no hemos podido dejar de leer este detallado y erudito análisis, que lo distancia de cualquier otro anterior que, sobre el tema, haya ofrecido la doctrina española. No dejamos de percibir que nuestros planteamientos aquí ensayados se contraponen abiertamente con posiciones centrales de tal obra, no pudiendo entrar a detallar nuestra posición ante ellos, ya que habría originado —por la importancia y amplitud de los planteamientos de GALLEGO ANABITARTE, no sólo en ésta, sino también en otras obras suyas— un replanteamiento (que no cambio de opinión, sino mayor fundamentación, y contestación de sus objeciones) completo de mucho de lo que aquí decimos. Sobre todo por su opinión tan radicalmente diferente a la nuestra en el sentido de que las minas no serían dominio público (p. 345, n. 174, *in fine*, de su trabajo).

[407] PAREJO ALFONSO (n. 342), pp. 2379-2422.

[408] PAREJO ALFONSO (n. 342), pp. 2393 y 2404.

[409] PAREJO ALFONSO (n. 342), p. 2413; este desarrollo, que lo toma del libro de MAUNZ escrito hace más de medio siglo: cfr. MAUNZ, T., *Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts. Eine Studie zur Methodik und Dogmatik des Deutschen Verwaltungsrechts* (Ed. J. Schweitzer Verlag, Arthur Sellier, München-Berlin y Leipzig, 1933), ocupa gran parte del trabajo de PAREJO ALFONSO. Según MAUNZ, la "cosa pública" surge desligada de los elementos materiales "como una realidad jurídica distinta, cuyo núcleo jurídico radica en la relación de su titular con el ordenamiento jurídico; es, pues, una específica relación jurídica" (p. 2407); según él, descansa no sobre el poder sobre las cosas, y por tanto de señorío, sino más bien desde la de deber, "en concreto deber u obligación de creación y mantenimiento de cosas públicas" (p. 2408). Según PAREJO ALFONSO, se adecua esto al concepto de Estado Social: arts. 1.1, 9.2 y 53.3 Const. española (p. 2408).

y jurídico-público (entonces, sería superior a la tesis monista imperante en Francia y aquí en España). Su conclusión, apurada en forma algo abrupta, es: "El dominio público es simultáneamente: una técnica de atribución de títulos causales de intervención del poder público administrativo [en lo que sigue a Villar Palasí]; (y) un régimen jurídico exorbitante",[410] pasando luego a estudiar la afectación, según él —siguiendo a la doctrina mayoritaria en tal sentido— "como pieza clave del dominio público". La verdad es que, a la hora de efectuar un balance del intento de Parejo Alfonso, si bien su diagnóstico, su crítica a las concepciones patrimonialistas y su desarrollo de la tesis de Maunz son correctos, deja la impresión de que ha quedado incompleto. Sólo es claro, e indiscutible, lo determinante de la idea de afectación —extremo por lo demás suficientemente enfatizado por la doctrina anterior—; y, en fin, queda clara su adscripción a situar el dominio público como instrumento funcional, en lo que sigue la línea marcada previamente por Villar Palasí.

4º Otros

Esta línea de pensamiento tiende hoy en día a consolidarse, y a ser aceptada mayoritariamente por casi todos aquellos autores que intervienen en el tema, y es visible el amplio desarrollo que podrá recibir a partir de los aportes de Juan Miguel de la Cuétara (1986)[411] sobre las potestades administrativas, lo que es, a nuestro juicio, el punto fundamental de la teoría del dominio público. Se adscribe a la tesis funcionalista, ahora último, expresamente, Esteve Pardo (1987).[412]

En todo caso, la construcción dogmática de esta teoría funcionalista no ha sido realizada a cabalidad hasta hoy, y es una

---

[410] PAREJO ALFONSO (n. 342), p. 2416.

[411] *Vide* DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *La actividad de la Administración* (n. 355), pp. 346 y ss. (con un precario desarrollo), y, especialmente, EL MISMO, *Las potestades administrativas* (Madrid, Editorial Tecnos, col. "Temas claves de la Constitución española", 1986), donde aplica al dominio público el carácter de categoría "integrante de las potestades de regulación del uso y otorgamiento de autorizaciones y concesiones sobre el mismo, así como la potestad sancionadora de las infracciones producidas en su peculiar régimen de aprovechamiento" (p. 108), ideas estas que no han recibido, actualmente, un mayor desarrollo por la doctrina, y es donde, creemos, está —o debiera estar— el "centro" de las futuras reflexiones sobre el dominio público.

[412] ESTEVE PARDO, José, *Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones* "a non domino", en *Revista de Administración Pública*, 113 (1987), pp. 181-213; *vid.*, especialmente, p. 183, n. 3.

tarea que está a la espera de tal desarrollo.[413] Obviamente, no es algo que pretendamos realizar aquí, pues no corresponde, en sustancia, a nuestro intento; sólo queremos dejar establecida nuestra conformidad con esta línea de pensamiento, la que aplicaremos al régimen jurídico de las minas, lo cual origina, obviamente, un dominio público minero (por tanto, con un carácter "funcionalista" y no "patrimonialista").

7. Críticas formuladas a la teoría del dominio público como tal

La anterior es, a grandes rasgos, la elaboración doctrinal española sobre el dominio público. En todo caso, la completa sistematización de la teoría del dominio público, como categoría jurídica, no ha estado exenta de críticas, en cuanto tal.

Así, para Alejandro Nieto (1964), "ésta [la teoría del dominio público] sería una categoría lógica, que la doctrina importaría de Francia, y el Código Civil adoptaría luego a su modo, para terminar introduciendo una confusión que cada día se agrava más, y a la que ya es urgente poner fin, aunque para ello sea preciso abandonar la teoría del dominio público, cuyos días —no es difícil predecirlo, aunque cause en algunos cierto escándalo— están contados".[414]

Más tarde, González-Berenguer (1968), con diversa intensidad e intencionalidad, pretende demostrar "cómo en el derecho español se ha llegado a fórmulas en las que hace crisis por com-

---

[413] Pensamos, eso sí, que el más fructífero camino es el sectorial y como ejemplo de ello es la magnífica construcción histórico-dogmática del derecho de aguas de Gallego Anabitarte y otros, *El derecho de aguas en España* (n. 406) y, ahora, en materia de minas, nuestro modesto trabajo.

[414] Cfr. esta predicción ya largamente incumplida en: Nieto, Alejandro, *Bienes Comunales* (n. 91), p. 3. En su más nueva incursión en el tema: El mismo, *La nueva regulación de los bienes comunales* (n. 339), sólo efectúa constataciones básicas, si bien acertadas, pero no comprometidas; señala que "la polémica sobre el título jurídico que relacione a los bienes del dominio público con sus titulares es tan antigua como la propia existencia de tal dominio" (p. 14); según él, en síntesis que ratifica nuestro desarrollo, en España consideran al dominio público como propiedad: Alvarez-Gendín y Garrido Falla, por influencia directa de Fernández de Velasco, que fue quien introdujo a España la tesis de Hauriou; no obstante —dice— la noción de que las cosas del dominio público "no pertenecen en propiedad a nadie, ni aun al Estado, que sólo ejerce una protección en nombre y en interés público" [donde cita a Covian (1913: n. 348)], "es la que, desde otra perspectiva, se está imponiendo en la doctrina administrativista: Villar Palasí, Parejo Gamir y Rodríguez Oliver, Parejo Alfonso y Gallego Anabitarte" (p. 14). Sin embargo, no precisa cuál será esta "otra perspectiva" a que se refiere en forma ambigua, como lo es tal cláusula de por sí.

pleto la idea del dominio público como figura exorbitante del derecho común"; para él, "una institución tan afanosa y solemnemente estructurada presenta grietas constantes si se insiste en estudiarla con esa rigidez que hemos calificado como impropia en absoluto del derecho administrativo".[415]

Posteriormente se intensificó la crítica del instituto por parte de Bermejo Vera (1977), con un planteamiento algo confuso y de poca utilidad para el desarrollo de la teoría;[416] en efecto, observamos en el trabajo de este autor una extraña mezcla de pareceres: un notable desprecio por la teoría del dominio público (como si ante las categorías jurídicas de elegir se tratase), sin plantear una alternativa clara, por lo demás; con una preocupación por la conservación del patrimonio colectivo —habla, en peculiar jerga, de una "concienciación colectivista"—, realiza una serie de críticas y afirmaciones, pero en lo cual no vemos un aporte claro al desarrollo de las tareas del derecho administrativo frente al problema del dominio público.

8. Disección del dominio público: potestades de la Administración y derechos reales de aprovechamiento

En Hispanoamérica, en general, la teoría del dominio público no ha tenido casi desarrollo doctrinal.

Fuera de algunas obras editadas en Argentina,[417] en Chile, al

---

[415] González-Berenguer, José Luis, *Sobre la crisis del concepto de dominio público*, en *Revista de Administración Pública*, 56 (1968), pp. 191-220.

[416] Bermejo Vera, José, *El enjuiciamiento jurisdiccional de la administración en relación con los bienes demaniales*, en *Revista de Administración Pública*, 83 (1977), pp. 99-192.

[417] Es el caso de la excelente obra de Marienhoff, Miguel, *Tratado del Dominio Público* (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960), entre otras obras de la misma índole, también editadas en dicho país. Desde la fecha de esta obra, en todo caso, en la misma Argentina, el panorama no ha variado significativamente. La obra de Marienhoff, que hemos revisado detenidamente, pero que no podemos entrar a analizar en esta ocasión, trae aportes interesantes, sobre todo para las peculiaridades de los ordenamientos hispanoamericanos, pero que, para nosotros, presentaba dos aspectos criticables: a) basa su explicación en la teoría "patrimonialista", de origen francés, que estimamos no es la más correcta en esta materia, y b) la total ausencia de referencias a la situación de las minas por considerarlas —erróneamente, pensamos— como de dominio privado del concesionario. Pero todo esto no desmerece en nada el contenido sustancial de una obra magnífica, que pretende solucionar cada problema que se presenta en lo que dice relación al dominio público, y que llena las expectativas de un "tratado" (esto es, que cubra todos los aspectos de la institución).

margen de alguna monografía destinada a temas colaterales, no ha habido —dentro de lo que nosotros conocemos— ningún intento de desarrollar una teoría general del dominio público; obviamente, éste no es el lugar de hacerlo, ni las pretensiones del que escribe van hoy encauzadas hacia allá; sólo queremos dar nuestra opinión, muy modesta por lo demás, y en la medida de las necesidades de esta tesis, con el objeto de no perder el hilo de nuestro desarrollo, encaminado, como lo hemos dicho tantas veces, a encontrar la justificación dogmática del vínculo jurídico del Estado con las minas.

En todo caso, nuestra opinión ya ha quedado perfilada en las páginas anteriores, y es notorio en el texto nuestro rechazo a la tesis patrimonialista, y nuestro acogimiento a la tesis iniciada por Villar Palasí, vinculada a las funciones o potestades de la Administración, pues ella coincide con nuestras reflexiones sobre el tema. Por otro lado, no veo inconveniente alguno, ni dogmático ni legal, para afirmar aquí que, tanto para España como para Chile (afirmación que, especialmente respecto de Chile, ya tendremos ocasión de argumentar nuevamente, aparte de los desarrollos anteriores: *vid. infra* este capítulo, III), las minas constituyen parte del dominio público. Entonces, nuestras ideas están limitadas por estos dos extremos: a) el dominio público dice relación con las funciones de la Administración del Estado y b) en él se encuentran, como parte integrante, las minas (pues, si no forman parte de él las minas, habría sido ocioso tratar aquí el tema de la teoría del dominio público). Se trata, entonces, de un dominio público minero.

Me da la impresión de que, si bien históricamente, el vínculo del Estado con las minas ha sido siempre muy cercano —incluso, dogmáticamente, casi equiparable en su cercanía a esta figura actual del dominio público (con otros nombres: regalía, *res publicae*, etc.)—, pero hoy su condición jurídica es diferente, sobre todo por haber variado fundamentalmente la entidad —el Estado— que se arroga su "dominio", pues éste, más que propiedades, maneja potestades, es titular de potestades; es el particular el que buscará, frente a ellas, libertades y propiedades (o cualquier otro derecho real, incluso —claro está— administrativo), cuando quiera procurarse el goce de los bienes, estén o no, según los casos, sustraídos a su apropiación (los bienes del dominio público, entonces, son de aquellos que están sustraídos de la apropiación, como tales, del particular).

Y es que esto no se encuentra alejado a la idea de lo que es el derecho administrativo, el que agrupa todas sus instituciones en torno a estos dos conceptos que son a la vez antagónicos y complementarios: la potestad de la Administración y la garantía del particular, dentro de la cual se engloban la libertad y la propie-

dad (u otro derecho real).[418] Por lo que esta vía de las potestades pareciera ser la más correcta para comprender el dominio público, pues la confusión entre el *dominium* y la *potestas* es tradicional.[419]

Quizás sea necesario olvidarse de un derecho público de cosas que haga partir la teoría del dominio público desde la titularidad, o desde las cosas. Ya no es tanto el titular de la cosa, ni la naturaleza de esta cosa, lo que interesa verdaderamente para los fines de la categoría —temas que, por lo demás, tanto han perturbado a la doctrina (recuérdense las tesis de la titularidad pública o dominio público por naturaleza, v. gr.)—, sino otra categoría dogmática; algo que, por cierto, sea previo a la afectación (que será todo lo central o fundamental que se quiera, como lo afirma la doctrina, pero, en el fondo, no es más que un mero instrumento de la categoría, no constituye su esencia); dicha categoría es, a nuestro juicio: la potestad.

Una última idea, que hemos adelantado en la Introducción, y que no debe ser perdida de vista, la que ha puesto de manifiesto González Navarro recientemente, es que respecto de este tema del dominio público, podría ser perfectamente aplicable el concepto de la "escala" de la dominicalidad pública (retomando así la idea de la *échelle de la domanialité publique* de Duguit), del mismo modo que en el tema de la personalidad pública, pues,

---

[418] Esto de los extremos cardinales del derecho administrativo, obviamente, no es idea nuestra, sino que es casi unánime, y está presente, ya expresa o implícitamente, en todas las obras de derecho administrativo (y en cada acto administrativo, aún). *Vid.*, por todos: GARRIDO FALLA, Fernando, *Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales*, en *Revista de Administración Pública*, 7 (1952), pp. 35 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa* (Madrid, Civitas, 1984: reimp. facs. de la ed. de 1956), p. 38, y GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (n. 68), 1, p. 123, quien dice, derechamente: "El derecho administrativo no puede ser comprendido si no se toman en consideración esas dos vertientes hacia las que mira: el poder y la libertad".

[419] No se piense que pudiera ser desencajado hablar de "potestad" cuando se trata de "dominio", expresión esta que denota más que nada una relación directa con los bienes. Recuérdese que el señorío del *princeps* era, en el Medioevo, vinculado al *dominium*, por lo que él era el *dominus*, para indicar un poder de naturaleza pública que correspondía al príncipe, una *potestas:* cfr. NICOLINI (n. 261), p. 129. Estas dos expresiones: *dominium* y *potestas*, a partir de GROCIO, han tenido un tránsito singular dentro del pensamiento político y, también, del jurídico. *Vide* lo que diremos más adelante sobre la deformación del concepto de *potestas eminens*, hasta llegar (incluso en el mismo GROCIO) a denominarse *dominium eminens;* esto más tarde la doctrina, erróneamente, lo "patrimonializaría", transformándolo en una "propiedad eminente", expresión anacrónica. Así, queda por investigar el tránsito que vincula a estos tres conceptos que se interrelacionan, de una forma histórico-dogmática, lo que daría respuestas riquísimas; nos referimos a: *dominium*, *proprietas* y *potestas*. ¿Qué ha ocurrido con ellos a través de la historia jurídica?

como dice aquel autor, con un realismo que a veces olvida el jurista, "el dominio público (...) rara vez se ajusta en la realidad a los rasgos que tópicamente se predican del mismo".[420]

Con la reserva anterior, pero como un criterio importante, la relación del dominio público la podemos resumir en lo siguiente: aunque la doctrina, y la legislación incluso, patrimonialicen el dominio público, hay que distinguir en él ciertas categorías de bienes, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, las minas o las aguas, en el que la intervención del Estado no es la de un dueño como lo conoce el derecho civil, sino la de un administrador que usa de potestades frente a los bienes, pues no se olvide que es la relación del dominio público, como señala con razón González Navarro,[421] un ejemplo típico de relaciones reales. Lo que no significa, por cierto, facultades arbitrarias, sino una forma de buscar el que esos bienes cumplan con la finalidad pública que justifica su inclusión en tal categoría, y esas finalidades se logran precisamente a través del otorgamiento de derechos reales administrativos a favor de los particulares, para su uso o aprovechamiento común o particular, como es el caso de las minas o de las aguas, por ejemplo.

Se conjugan así, armoniosamente, a) la potestad del Estado sobre el bien del dominio público, a fin de buscar el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue afectado a la categoría, potestad que es permanente y jamás termina, ni aun con el otorgamiento de derechos reales a favor del administrado (que es la segunda fase de la armonía), con b) el derecho del particular al aprovechamiento, que es, en el fondo, parte de su libertad la que está en juego, porque el Estado no podrá siempre arrogarse el uso exclusivo de los bienes que son, más que del Estado, públicos, del público, en fin, del *populus*.[422]

Vemos de este modo funcionar un mecanismo usual y muy singular dentro del derecho administrativo: la potestad y la libertad.

Creemos que así queda resumido nuestro pensamiento, en los términos necesarios para el desarrollo principal, sin que él pierda su continuidad.

---

[420] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (n. 68), 1, p. 591. Además, aplica este mismo criterio: FERNÁNDEZ-ESPINAR, Luis Carlos, *Génesis y evolución del Derecho Público de Minas en España (1825-1986)*, (tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense, 1987, inédita), p. 1308, pues, según él, "la escala de la demanialidad explica que la intervención del Estado sea diferente según los grupos de minerales clasificados por secciones en la legislación".

[421] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (n. 68), 1, p. 592.

[422] Cfr. lo que sobre la formación del adjetivo *publicus* decimos en n. 69.

En seguida, y luego de exponer el caso chileno, veremos cómo opera este dominio público frente a las minas; esto es, su afectación.

9. Apéndice bibliográfico

Como nota bibliográfica sobre la teoría del dominio público, y que en este trabajo el lector encontrará sólo desarrollada la doctrina española, *vide*, además de las clásicas, las obras que se citan a continuación, respecto de los países que mayor influencia han ajercido en aquélla.

a) En cuanto a Francia, *vid.:* Le Roy, François, *De la dévolution forcée des biens. Essai sur la valeur de l'article 545 du Code Civil en droit public* (París, Libraire Générale du Droit et de Jurisprudence, 1938); Bornecque-Winandy, Edouard, *Nouvelle conception de la structure et de la protection du domaine public,* en *Revue du Droit Public et de la science politique,* LXIX (1953), pp. 68-105; Reymond, François, *Le domaine public mobilier,* en *Revue de Droit Public et de la science politique,* LXXVI (1960), pp. 49-65; Allard, René, *Le droit administratif du domaine public et de la voire* (París, Editions Eyrolles, 1961); varios textos de historia, doctrina clásica del tema, de Proudhon, Waline, Auby, jurisprudencia y textos legales, en: Debbasch, Charles y Pinet, Marcel, *Les grands textes administratifs* (París, Sirey, 1970); Lagrange, Maurice, *L'évolution du droit de la demanialité publique,* en *Revue du Droit Public et de la science politique, XC* (1974), pp. 5-19; Hubert, Charles, *Accesoire et domaine public en droit administratif français,* en *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos* (París, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974), pp. 187-199; Brechon-Moulénes, Christine, *Une technique juridique explosive: "l'autorisation conventionnelle" d'occupation du domaine public,* en *Mélanges offerts à Georges Bourdeau. Le pouvoir* (París, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977), pp. 753-763; Auby, Jean-Marie y Ducos-Ader, Robert, *Droit Administratif. Les biens public* (París, Dalloz, 1979); en fin, otros aspectos, más actuales de la práctica legislativa: Dufau, Jean, *Domaine Public,* en *Juris Classeur: Administratif* (París, Editions Techniques, S.A., s/f, renovación permanente: última edición, de 1988), 4, facs. 405-1 y ss.; etc., y los trabajos que citamos en su lugar respecto de la afectación de bienes al dominio público.

b) En cuanto a Alemania, véase, por todos, últimamente, con amplias referencias: Haas, Dieter, *Die öffentlichen Sachen,*

en *Deutches Verwaltungsblatt* (1962), pp. 653-658; WITTIG, Peter, *Das öffentliche Eigentum*, en *Deutches Verwaltungsblatt* (1969), pp. 680-687, y PEINE, Franz-Joseph, *Das Recht der öffentlichen Sachen*, en *Juristen Zeitung* (1984), pp. 869-876.

c) En cuanto a Italia, desde los clásicos hasta hoy hay una amplia bibliografía, y consideramos esencial la siguiente: RANELLETI, Oreste, *Concetto, natura e limiti del demanio publico. Teoria*, en *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, XXV (1898), pp. 1-55; EL MISMO (continuación), pp. 159-241; EL MISMO (continuación), XXVI (1898), pp. 43-66, y EL MISMO (final), pp. 319-424; INGROSSO, Gustavo, *Il regime giuridico dei beni pubblici*, en *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* (1930), pp. 415-514; RANELLETTI, *Su le disposizioni del progetto del libro II del codice civile, concernenti le "cose pubbliche"*, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano* (Padua, Cedam, 1940), 2, pp. 11-20; ROMANO, Santi, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità admministrativa*, en *Scritti Minori* (Milán, Giufré Editore, 1950), 2, pp. 123-147; SANDULLI, Aldo M. *Beni pubblici*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milán, Giuffré Editore, 1959), 5, pp. 277-300; CASSARINO, Sebastiano, *La destinazione dei beni degli enti pubblici* (Milán, Giuffré Editore, 1962), y BUSCEMA, Salvatore, *Patrimonio Publico* (Milán, Giuffré Editore, 1976).

Todo lo anterior, exceptuando las obras generales, cuya consulta es siempre obligada.

III. EL CASO CHILENO Y EL DOMINIO EMINENTE

1. PALABRAS PREVIAS

Antes de exponer el caso chileno sobre la materia, son necesarias algunas palabras de justificación y de aclaración general.

a) *Razones del tratamiento especial*

Merece un tratamiento especial el caso chileno sobre el vínculo jurídico del Estado con las minas, por varias razones: 1) no es posible mostrar un panorama doctrinal sobre el dominio público en Chile, pues por el escaso desarrollo doctrinal de las instituciones jurídico-administrativas, no se puede hablar actualmente de la aplicación de una teoría del dominio público, ya que, fuera de intentos aislados, ello no se ha realizado; 2) muy

unido a lo anterior, por la perspectiva civilista con que se han querido visualizar las instituciones públicas, sobre todo las mineras, no es posible, en Chile, vincular jurídicamente las minas al Estado a través de la teoría del dominio público (como lo pretendemos hacer en el próximo párrafo, IV), sin un desarrollo y explicación previa de las opiniones existentes en la doctrina.

Por ejemplo, para España es posible desarrollar la teoría del dominio público y vincularlo, sin más, con las minas, pues, precisamente, éstas forman parte del dominio público por expresa declaración legal en tal sentido (art. 2.1 Ley de Minas, de 1973). Pero, en cuanto a Chile, no podemos decir —como quisiéramos—, sin más, que las minas son parte del dominio público, pues ningún texto jurídico así lo dice —se señala por la Constitución que son "bienes del Estado", categoría jurídica creada por el Código Civil chileno: art. 589—, y por existir fuertes corrientes doctrinales que consideran a las minas parte integrante de otras instituciones jurídicas: por un lado, 1) unas las creen parte de un pretendido "dominio eminente" del Estado, y otras, 2) de un "dominio patrimonial" del Estado, ambas igualmente equivocadas a nuestro juicio, pero estando indudablemente estas últimas más cerca de la verdad jurídica, en esta materia, como lo demostraremos *infra*.

Es por esta razón que antes de desarrollar nuestras ideas sobre la afectación de las minas al dominio público, y de la forma en que se realiza (*infra* IV), presentaremos una panorámica del *status quaestionis;* pues se comprenderá que no se trata de aplicar lisa y llanamente a un ordenamiento diverso, como el chileno, ideas doctrinales creadas en otros ambientes jurídicos, sino que ello tiene que ser de acuerdo a sus características y a su desarrollo; sin embargo, tampoco podemos perder de vista la común herencia jurídica de todos los ordenamientos jurídicos de base romana, por lo que se presta esta ocasión para demostrar una vez más esa posibilidad de averiguar la comunidad de principios; pero, en todo caso, nuestra intención es no perder de vista ambas perspectivas, por lo que, previo al estudio del contenido del dominio público minero en Chile, y de la forma como opera la afectación de las minas al dominio público (luego de haber visto la teoría del dominio público), veremos el estado doctrinal y legislativo del vínculo de las minas con el Estado en Chile.

b) *Antecedentes generales*

De más está decir que referiremos el tratamiento jurídico del vínculo del Estado con los bienes derechamente al caso de las

minas, por no encontrarse desarrollada, como hemos dicho, una *teoría general del dominio público que cubra a las minas.*

Ya hemos visto, en la Primera Parte, cómo en toda la historia legislativa propiamente chilena siempre se realizó una formal declaración en cuanto a que el Estado tiene el dominio de todas las minas, y que la primera declaración nacional en tal sentido proviene del propio Código Civil (en adelante, CC), promulgado el año 1855, declaración que continuará efectuándose en la codificación minera hasta el día de hoy;[423] según comprobaremos, la doctrina de la época, principalmente a través de la obvia influencia de las ideas del liberalismo individualista decimonónico, interpretó esta declaración, desde un inicio, como la mera atribución al Estado de un denominado "dominio eminente".

Este dominio eminente, en tal virtud, pasaría a constituirse, más tarde y hasta el presente, en un tópico de la materia, un lugar común, el que a los autores ni siquiera les parece necesario justificar, ni prudente discutir; es propiamente, como califica estas situaciones Santi Romano, un mito jurídico;[424] constituye, como se verá, este dominio eminente, una figura ambigua, una pervivencia histórica, que la doctrina ha vaciado del contenido original o la ha llenado de los más diversos contenidos a su amaño, y que se ha enquistado en esta materia minera, sin parar mientes de ser una concepción ya arrumbada; así las cosas, como ha puesto de manifiesto García de Enterría respecto de otra materia,[425] pero cuya tesis es aquí perfectamente aplicable, el dominio eminente es un residuo histórico, que ya opera *por sí mismo, sin conciencia final de la función que cumple*; es un mito jurídico que, en nuestro caso, ha sido especialmente dañoso.

Por la honda repercusión que ha tenido esta errónea doctrina de considerar a las minas como "dominio eminente" del Estado, intentaremos un breve análisis de su significado, pasando revista a sus principales sustentadores, y de la vigencia que podría otorgársele hoy en día, teniendo presente: 1) la actual evolución doctrinaria del derecho administrativo, como ciencia que aporta principios dogmáticos para explicar la realidad ju-

[423] El Código de Minería de 1874 no la realiza, por regir el texto del art. 591 del CC, recién promulgado, como lo hemos dicho *supra*, en cap. I; el Código de Minería de 1888 introduce, íntegro, como art. 1º el texto del art. 591 del CC, lo que acalló cualquier duda que la anterior ausencia pudo haber provocado; igual predicamento utilizan los Códigos de Minería de 1930 y de 1932; lo mismo que los textos constitucionales a partir de 1971; en todo caso, respecto de precisiones de la evolución legislativa posterior a esa fecha, *vid. infra*, este parágrafo.

[424] ROMANO, *Frammenti* (n. 40), p. 126.

[425] GARCÍA DE ENTERRÍA, *El dogma* (n. 39), p. 21.

rídica propia de su materia, y, especialmente, el régimen jurídico de las minas, y 2) la evolución legislativa ocurrida en Chile desde el siglo pasado.

2. Primera base legislativa: el Código Civil

El CC no menciona nunca un tal dominio eminente, ni tampoco se encuentra en ninguno de sus antecedentes legislativos directos; la concepción que tenía Andrés Bello, su principal redactor, en cuanto al vínculo del Estado con los bienes, si bien "patrimonialista", como hemos llamado a una corriente de opinión venida, principalmente, de la doctrina francesa basada en el *Code* de 1804, es radicalmente distinta a aquella que predica un dominio eminente del Estado sobre las minas, como bien del Estado. Además de constituir una arbitraria elección de un criterio distinto para las minas, cuando es sólo uno más entre otros bienes del Estado, esta idea, a mi juicio, no estuvo jamás en la mente del redactor del CC. Veremos, entonces, la concepción que al respecto tuvo el redactor del CC, y los antecedentes que, para ello, tuvo a la vista; comenzaremos por la vinculación general de bienes al Estado, para luego desembocar en la específica de las minas.

a) *Exégesis legal*

En materia de bienes vinculados al Estado, es el CC el principal cuerpo jurídico, y de sus concepciones han partido los desarrollos de las leyes posteriores, sean de índole administrativa o no (recuérdese que estas disposiciones del CC son de indudable carácter administrativo,[426] o, en sentido más general, público; no son de carácter civil, a pesar de su ubicación); así, el CC, en el primer artículo del Tít. III, *"De los Bienes Nacionales"*, señala:

> *Art. 589.* Se llaman *bienes nacionales* aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.
> Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman *bienes nacionales de uso público* o *bienes públicos*.

---

[426] Cfr. Lira Urquieta, nota al *Código Civil*, en Bello, *Obras Completas* (n. 851), 12, señala: "Aquí [en el Tít. III, *"De los Bienes Nacionales"*] hay preceptos no únicamente civiles, sino administrativos, y aun de sabor internacional" (p. 413).

> Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman *bienes del Estado* o *bienes fiscales.*

Luego de lo cual, particularizando aquellos "bienes del Estado", en el art. 590 se refiere a las tierras que son *res nullius,* que por ese hecho, constituyen bienes del Estado; y, a renglón seguido, a las minas, en el art. 591 (que hemos transcrito íntegro *supra,* en Capítulo I, *in fine*) según el cual (en lo pertinente):

> El Estado es dueño de todas las minas (...). Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar (...), la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños...

En los artículos siguientes se referirá a los demás bienes nacionales enunciados en el art. 589, que es, en este sentido, cabeza de serie: a los de uso público o simplemente públicos: arts. 592 a 605.

Como todo el Código Civil, este Título tiene una ordenación lógica; entonces, podemos decir que la ordenación lógica del Tít. III, "De los Bienes Nacionales", es la siguiente: a) art. 589, cabeza de serie, da las definiciones generales, distinguiendo dos clases de bienes nacionales: bienes del Estado y bienes nacionales de uso público, que hemos visto; b) los arts. 590 y 591 se refieren a la primera clase de bienes nacionales, los bienes del Estado, que son: las *res nullius* (590) y las minas (591), y c) los arts. 592 a 605 se refieren a la segunda clase de bienes nacionales, a los bienes nacionales de uso público: los que no lo son, como los caminos particulares (592); el mar adyacente (593); playas de mar (594); los ríos y cauces naturales (595); los grandes lagos (596); una excepción: las islas (597); el uso y goce de estos bienes (598); construcciones en bienes nacionales de uso público (599 a 602); saca de canales de los ríos (603); naves y náufragos (604); y, en fin, derechos adquiridos en estos bienes antes de la vigencia del Código (605).

Así, a pesar de lo obvia que ahora resulta la afirmación de que las minas constituyen para el CC bienes del Estado, lo que reforzaremos aún más luego, podemos concluir que ello resulta, además, de una doble manera: 1) por los propios términos del art. 591: *"El Estado es dueño de todas las minas..."*, y 2) por la ordenación lógica de los artículos, ya que, no siendo bienes nacionales de uso público, obviamente tienen que ser bienes del Estado; en esta clasificación bifronte que establece el CC, sólo podía resultar lo uno o lo otro, y éste determinó para las minas esa calidad de bienes del Estado.

¿Por qué insistimos tanto en este punto que se nos aparece tan claro y evidente? Ello es necesario debido a que, como hemos adelantado, sobre algo tan natural y obvio los comen-

tadores han hecho una lectura diferente, señalando que, a pesar del tenor literal, en el fondo las minas no serían bienes del Estado (lo que significa negar el mandato expreso del legislador), sino que constituirían bienes del llamado "dominio eminente", concepto desconocido para el propio CC. Por ello, para una mayor claridad de nuestra exposición y de nuestro pensamiento, veremos la forma legítima en que debe interpretarse esta disposición (el art. 591), y, luego, la historia fidedigna de su establecimiento.

Brevemente: este texto ni siquiera requiere una interpretación demasiado rigurosa, por la claridad meridiana de sus términos; en efecto, en virtud de las reglas de hermenéutica que contiene el propio CC, ya no sería necesario hurgar más allá de su texto, cuyo sentido es perfectamente claro; recuérdese que el CC, en la primera regla al respecto —la "regla de oro"—,[427] señala que:

> *Art. 19.* Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.
> Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

La verdad es que buscaremos su verdadera "intención o espíritu", no por oscuridad de la ley, sino para aclarar un panorama que ha oscurecido la doctrina chilena, a pesar de lo diáfano del texto del art. 591 del CC.

Entonces, de acuerdo a estas reglas de hermenéutica, podemos decir:

1º Es una disposición que tiene, en primer lugar, una palabra técnica, en sentido amplio, pues, corresponde a la ciencia del derecho: *"dueño"*; al respecto, el art. 21 del CC indica que:

> Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte...

El sentido de esta palabra es claro, entonces: el Estado tiene dominios (como dueño que es), y que, a pesar de que el derecho privado no lo puede explicar satisfactoriamente, la ciencia jurídica obtendrá una respuesta a través del derecho administrativo (recuérdese además que estas disposiciones son de carácter administrativo, por lo que a esta parcela del derecho le corresponde dar respuesta de sus términos, en mayor autoridad);

---

[427] Cfr. PESCIO VARGAS, Victorio, *Manual de Derecho Civil* (Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1962), 1, p. 276.

2º Cuando el art. 591 dice *"como dueños"* respecto de los particulares, no decía, ni podría decir, que son realmente dueños, por lo siguiente:

a) El art. 22 inc. 1º del CC dice:

> El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Ahora bien, el contexto deja claro que para el Código es el Estado el dueño, pues dentro del Tít. III se trata de los bienes nacionales, y entre ellos, los del Estado, uno de los cuales son las minas; este propio artículo dice que es el Estado el dueño, y nada habla de algún traspaso de este dominio, sino sólo de facultades de labrar y beneficiar (aprovechamiento); entonces, ¿cómo puede existir otro dueño? (esto es lo que pretende la interpretación de la doctrina chilena: a pesar de ello, el particular será el dueño de las minas, lo que, según veremos, no concuerda con la realidad de las cosas); el contexto impide que ello sea así, lo mismo que el texto expreso de la ley, pues sería absurdo pensar en la existencia de dos dueños sobre un mismo bien, las minas, sin existir comunidad; y

b) Lo que ocurre es que el Código, tal como lo hizo en el art. 1448 (y así lo ha aceptado la doctrina, por lo demás),[428] propuso una especie de ficción, y, a falta de otra mejor terminología, señaló que los particulares, a pesar de no ser dueños, y de tener sólo el aprovechamiento (como fluye claro del contexto), podían disponer "como" dueños de su derecho sobre la mina, con los requisitos que consigna la ley; ésta es la única interpretación que concuerda con todo el sistema establecido para la adquisición y transmisión de derechos mineros, que puede operar de cualquiera de las maneras que ha establecido el derecho civil; y

3º Una interpretación contraria, además de absurda, va en contra de toda la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y del pensamiento de su principal redactor, Andrés Bello, lo que analizaremos a continuación.

b) *Historia fidedigna y el pensamiento de Andrés Bello*

Respecto del Código Civil[429] no existe más historia fidedigna que

---

[428] Cfr. STITCHKIN, David, *El mandato civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975), p. 80.

[429] Sobre el proceso de codificación civil en Chile, véase la obra fundamental de GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. His-*

algunas notas de su principal redactor, Andrés Bello, pues no hay actas de las discusiones de la Comisión Revisora del proyecto preparado por aquél; sí es posible apreciar que nunca, ni en los proyectos ni en el texto definitivo, sufrió modificación alguna la proposición fundamental del artículo en cuestión, esto es, la frase inicial: *"El Estado es dueño de las minas..."*; por lo tanto, lo que cabe indagar es la naturaleza jurídica que le asignaba Andrés Bello a tal dominio del Estado.

De acuerdo con la metodología que hemos seguido en esta obra, primero formularemos una hipótesis de trabajo (que, a estas alturas, ya está clara), para luego tratar de probarla. Nuestra hipótesis es la siguiente: Andrés Bello siguió la tradición española y en nada modificó ese dominio del Estado sobre las minas, dominio que no cesa ni aun después de concedido el derecho de aprovechamiento al particular sobre las minas, por lo que éste nunca es propietario de la mina que explota, sino titular de una "facultad de labrar y beneficiar dichas minas" —como dice el propio art. 591—, y este haz de derechos son los que pueden ser objeto, como siempre lo han sido, de su disposición "como dueño", como si fuese dueño (aunque no lo sea); y, de acuerdo a lo anterior, en cuanto a la naturaleza de este dominio del Estado, la concepción de Andrés Bello está muy alejada de aquella que se ha propugnado por tantos años por los intérpretes nacionales: la de que este dominio del Estado sería un "dominio eminente", lo que lo alejaría obviamente de la tradición, de la que Bello fue tan respetuoso. Entonces, ahora, trataremos de probar la efectividad de nuestra opinión.

Ya ha quedado claro que las minas son "bienes del Estado", en la terminología del CC. Ahora, ¿qué son estos "bienes del Estado"? (art. 589 del CC). Según Pedro Lira Urquieta,[430] este art. 589 estaría inspirado en Escriche; pues bien, hemos revisado lo más minuciosamente posible lo que dice Joaquín Escriche al respecto, en su famosísimo *Diccionario Razonado de Legislación*, quien, en la voz respectiva, señala:

> *Bienes públicos.* Los que en cuanto a la propiedad pertenecen a un pueblo o nación, y en cuanto al uso a todos los

toria de la fijación y codificación del derecho civil en Chile (Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago 1982), 2 vol.; sobre las fuentes de Bello, en lo que aquí interesa, véase, 1, pp. 413 y ss.

[430] Cfr. LIRA URQUIETA, nota al *Código Civil*, en: BELLO, *Obras Completas* (n. 85), 12, p. 415, quien, además, respecto de todo el Tít. III (De los Bienes Nacionales) es explícito, en cuanto a su opinión de la inspiración general; dice que fue redactado "inspirándose en la vieja legislación española, y en la romana, a través de Esc. [Escriche] hizo el claro distingo entre bienes nacionales de uso público y bienes fiscales" (p. 413).

individuos del distrito. Tales son los ríos, riberas, puertos y caminos públicos...[431]

En todo caso, ésta es la única precisión de Escriche, y no se refiere a otra categoría de bienes públicos; no menciona, por ejemplo, los bienes nacionales; aquellos de uso público; ni los del Estado o fiscales, que indica Bello.

En esta materia Bello habría mirado, seguramente, categorías francesas, a través de tratadistas franceses de la época,[432] y, en gran medida, habría sido original.

---

[431] ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense* (Valencia, Imprenta de J. Ferres de Orga, 1838), pp. 74-75. BELLO no puede haber conocido más que esta edición, la de 1831 o la de 1847: ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*[3] (Librería de la Sra. Viuda e Hijos de A. Calleja, Madrid, 1847), que nada varían al respecto, y no pudo conocer las ediciones posteriores de 1860 y dos de 1876, que contienen más amplios análisis, sobre todo en cuanto a minas (y que citamos *infra*).

[432] Resulta claro que en esta materia BELLO se aparta del *Code* de 1804, modelo en otras, a pesar de ser perfectamente conocidos los antecedentes legislativos y doctrinales franceses por BELLO, lo que resulta de las múltiples referencias en los proyectos respectivos [Cfr. *Código Civil*, en *Obras Completas* (n. 85), 12, *passim*]. Por lo que algo de estos comentarios habrá asimilado. Así, si bien varió la terminología (no siguiendo en este sentido la francesa del *domaine public;* siguiendo sí la de *domaine national*), tuvo muy en cuenta la clara diferencia asignada a esas categorías frente al dominio privado; en tal sentido, y por lo que nos servirá al momento de revisar su pensamiento sobre el dominio del Estado sobre las minas, merece la pena conocer los antecedentes legislativos franceses siguientes: a) primera ley francesa al respecto, es un decreto de la Asamblea Nacional, de 1790, *"relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages"*; patrimonializa el antiguo dominio de la Corona, que pasa a ser dominio de la nación; sus términos (que los debió haber conocido BELLO) son: *"Art. 1º Le domaine national, proprement dit, s'entend de toutes les propriétés foncières et de tous les droits réels ou mixtes, qui appartiennent à la nation, soit qu'elle en ait la possession et la jouissance actuelles, soit qu'elle ait seulement le droit d'y rentrer par voie de rachat, droit de réversion ou autrement"; "Art. 2º Les chemis publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, etc., et en général toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée sont considérées comme des dépendances du domaine public"*; cfr. VEGTING (n. 342), p. 150; y b) igualmente expresivo es el art. 538 del *Code: "Art. 538. Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public"*. Entonces, resultará claro que BELLO, cuando elaboró su concepto de dominio del Estado, y de las minas, lo hizo perfectamente consciente de seguir la tradición española, y en este sentido concordante con la francesa, en cuanto a que sobre el dominio público no cabe hablar de propiedad privada, pues *"ne sont pas susceptibles d'une propriété privée"*; sólo es susceptible de otros derechos, como el de aprovechamiento, que es el caso de las minas.

La principal fuente de inspiración de Bello en esta materia de bienes públicos fue, entonces, su propio pensamiento y, especialmente, su famoso *Tratado de Derecho Internacional,* escrito con anterioridad,[433] por lo que será sometido a revisión lo que al respecto ahí dice. Con una claridad meridiana, señala:

> Los bienes de la nación son de varias especies. Los unos pertenecen a individuos o a comunidades particulares —como a ciudades, monasterios, gremios— y se llaman "bienes particulares", los otros a la comunidad entera y se llaman "públicos". Divídense estos últimos en "bienes comunes de la nación", cuyo uso es indistintamente de todos los individuos de ella, como son las calles, plazas, ríos, lagos, canales; y "bienes de la corona o de la república".[434]

Y, entre estos últimos, indica expresamente a las "minas".

Para él la naturaleza de estos dominios, siguiendo la doctrina francesa imperante en la época —"patrimonialista", como influencia de la conocida cosificación introducida por el pensamiento de los civilistas—, es una verdadera propiedad, algo distinta de la privada, pero propiedad al fin y al cabo; así lo señala

---

[433] Cfr. BELLO, Andrés, *Derecho Internacional,* en *Obras Completas* (n. 85), 10, (especialmente cap. II: "De los bienes de las naciones", pp. 50 y ss.; y cap. IV: "Del Dominio, del Imperio y la Jurisdicción", pp. 82 y ss.). Concuerda con nuestra afirmación: BRUNA VARGAS (n. 82), p. 37.

[434] BELLO, *Derecho Internacional* (n. 433), 10, p. 50. En esta parte BELLO siguió a VATTEL, M. de, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (A Londrés, Apud Liberos Tutior, 1758), 1. Hemos tenido a la vista, mediante reproducción fotográfica (Collect. "The Classics of International Law", Washington, Published by the Carnegie Institution of Washington, 1916), la edición original de 1758 —que es la que tuvo a la vista BELLO—, de acuerdo a la cual se hizo la traducción española que señalamos *infra,* y según la cual citaremos; esta traducción concuerda con el original y es confiable: VATTEL, *El derecho de gentes, o Principios de la ley natural* (trad. esp., Madrid, Imprenta de D. León Amarita, 1834), 1.

Según VATTEL, "todo lo que es susceptible de propiedad se presume que pertenece a la nación (...), pero la nación no posee todos estos bienes de la misma manera. Los que no están divididos entre las comunidades particulares o los individuos de la nación, se llaman 'bienes públicos'; los unos están reservados para las necesidades del Estado, y hacen el dominio de la corona o de la república; los otros quedaron comunes a todos los ciudadanos, que se aprovechan de ellos, cada uno según las leyes que reglan su uso, y se llaman bienes comunes" (p. 236, Nº 234); más adelante, aclarando, VATTEL hace sinónimos los "bienes públicos propiamente tales" con los "bienes del dominio del Estado" (Nº 257, p. 249).

Es esta misma clasificación la que se sigue en el art. 589 del CC, en que los "bienes de la nación" son luego "bienes nacionales"; los "bienes comunes de la nación" son luego en el CC "bienes nacionales de uso público o bienes públicos"; y los aquí señalados como "bienes de la corona o de la república" son en el CC "bienes del Estado o bienes fiscales". Así, el paralelismo existente en las tres fuentes es notable, y se probaría aun sin la existencia de las notas expresas de BELLO.

expresamente Andrés Bello en, por lo menos, dos ocasiones: 1) dice: estos bienes constituyen "propiedad de la nación" y 2) en otra ocasión, con un alcance diferenciador, se refiere a "estos derechos de propiedad de que está revestida la nación en cuerpo..."[435]

De todo lo anterior queda claro, entonces, que el dominio del Estado (entre cuyos bienes están las minas) es un concepto "patrimonialista", por así decirlo, y, como veremos, muy diferente a las categorías jurídicas del dominio directo y del dominio eminente, como ha querido vincularlo, erróneamente, la doctrina.

En efecto:

1º Es diferente al "dominio directo", pues ello se deduce en forma nítida de la obra de Bello; éste diferenció claramente el concepto de dominio directo al de dominio nacional que desarrolla, pues conociendo aquella categoría, no la hace doctrina suya en esta materia; en su *Derecho Internacional* la cita sólo como una opinión ajena;[436] y, a pesar de que Escriche menciona esta categoría, él no la hace suya, no obstante haber seguido a este jurista español en otras materias relacionadas con los bienes públicos.[437] Por lo tanto, aquella dualidad medieval del dominio directo-dominio útil debe considerarse no aceptada por Bello en esta materia, y, por más que no sólo no mencionada, no incorporada al sistema del dominio nacional establecido en definitiva en el Código Civil.

2º Es diferente, en el concepto de Bello, al "dominio eminente", cuya doctrina se analiza *infra*, en especial, pues debe buscarse una explicación a la amplia difusión que tendrá con posterioridad la doctrina del dominio eminente, la que difiere sustancialmente del dominio del Estado sobre las minas, como se verá.

En conclusión, de la señalada historia fidedigna del establecimiento del art. 589 del CC, sobre dominio público, hemos podido comprobar un claro alejamiento de su naturaleza jurídica

---

435 BELLO, *Derecho Internacional* (n. 433), 10, 1), p. 50, 2) p. 63.

436 BELLO, *Derecho Internacional* (n. 433), 10, p. 57, en nota desarrolla la doctrina de VATTEL, quien vincula la forma de adquirir bienes de la nación con el llamado "dominio directo", el que, para éste, "es una especie de supremacía que se ejerce sobre todo el territorio" (distinto de la posesión particular), y que las naciones normalmente se transmiten este dominio directo (es el caso de la cesión de porciones de territorio en la América colonial).

437 Según LIRA URQUIETA, nota al *Código Civil*, en: BELLO, *Obras Completas* (n. 85), p. 415, la materia de bienes públicos está inspirada en Esc. (sic) [ESCRICHE]. Por su parte, ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación* (1838: n. 431), menciona esta materia del dominio directo bajo la voz *Bienes forales*, para quien son "los que concede el dueño a otro, reservándose el dominio directo, y traspasándole el dominio útil" (p. 70); terminología que —recuérdese—, en este sentido, encontrábamos también en GAMBOA (n. 92), p. 19, Nº 25.

de otras categorías, como el dominio directo y el dominio eminente. Bajo esta perspectiva, y como bienes del Estado o fiscales, Bello concibió las minas, para lo cual tuvo también presente, de acuerdo a sus notas,[438] a Escriche y a la antigua legislación española, en los que el contenido patrimonialista de la incorporación de esta riqueza a la organización social (antes la Corona, ahora el Estado) es evidente.[439]

Entonces, podemos preguntarnos ahora: ¿qué son las minas para Bello, desde el punto de vista jurídico?

Es casi como preguntarse, inversamente, la misma cuestión anterior sobre el dominio público; pues, nuestra respuesta es: las minas, para Bello, quien ya antes de los trabajos propiamente jurídicos había tomado perfecta conciencia de la importancia de esta riqueza,[440] son bienes del Estado o fiscales (los que

---

[438] Cfr. BELLO, *El Código Civil*, en *Obras Completas* (n. 85), 12, p. 416.

[439] ESCRICHE, *Diccionario Razonado* (1838: n. 431), voz *Minas* (pp. 409-410), en forma muy breve trataba del derecho romano, en que "pertenecían al propietario, y luego los emperadores se atribuyeron el décimo"; y de algunas fuentes legales (sin indicación precisa de su fuente), en virtud de las cuales se realizó "la incorporación [de las minas] en el real Patrimonio" (se refiere, obviamente, a las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584). Y un detalle curioso: a pesar de que las ordenanzas atribuyen "la posesión y propiedad [de las minas] a los descubridores que las beneficien" (expresiones que ha utilizado la doctrina como argumento para defender la existencia de propiedad privada sobre las minas; lo que es incorrecto en esa doctrina, pues ello no hacía perder el dominio de la Corona, que no las entregaba al particular bajo esa naturaleza jurídica, la que por alguna razón la incorporaba a su patrimonio, según lo hemos dejado suficientemente claro *supra*, en el cap. III), y a pesar, también, de decirlo así expresamente ESCRICHE (p. 409), BELLO, en su proyecto, no les otorga a los particulares este pretendido derecho de propiedad, sino sólo su derecho de aprovechamiento; la discutida frase del art. 591, del CC, "como dueños", fue incluida más tarde por la Comisión Revisora del Código, por alguna razón ignorada, pues de sus trabajos no existen actas. Pero, en todo caso, eso no altera para nada la naturaleza del dominio que se arroga el Estado, ni significa, como se verá, entregar propiedad privada a los particulares.

Por otro lado, esta edición del libro de ESCRICHE, a pesar de ser de 1838, no menciona la legislación española de minas de 1825, la que, al parecer, no conoció BELLO. Sólo en las ediciones posteriores del trabajo de ESCRICHE hay un tratamiento más acabado de la legislación española de 1825; en la edición de 1860 del *Diccionario Razonado* (n. 431) dice que "todo el señorío y dominio supremo de las minas pertenece al Estado" (p. 1239); de igual forma, en ediciones de 1876: ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1876), 4, voz *Mina*, pp. 124-153, y EL MISMO, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* (nueva edición, París, Librería de Garnier Hermanos, 1876), pp. 1292-1303, en que analiza el decreto de bases de 1868 español, sobre minas. Estas últimas ediciones obviamente no las conoció BELLO (recuérdese que el primer proyecto del Código Civil es de 1858).

[440] Citaremos sólo dos testimonios suyos: 1) ya en 1830, durante su estadía en la Cancillería chilena, en Santiago, había tomado conciencia de su importancia, demostración de lo cual es una carta "Al Cónsul gene-

antes, en su libro sobre derecho internacional denominó bienes de la corona o de la república), los que, en definitiva, son bienes nacionales o de la nación. Así como los demás bienes nacionales, mientras mantengan su calidad de tales, nunca podrán ser de particulares, lo mismo ocurre con las minas, las que nunca dejan de ser bienes del Estado, aun después de su concesión para el aprovechamiento de los particulares. Es indudable que en esta materia, como en otras, siguió Bello también el pensamiento de Florencio García Goyena, quien había dispuesto en sus famosas *Concordancias*, disposiciones muy acordes a las que redactó Bello.[441]

---

ral de Chile en Londres", de 4 de diciembre de 1830, en que le comunica el arribo a Londres de una persona, "con el objeto de formar, si le es posible, una asociación de capitalistas para el beneficio de las minas en el territorio de esta República (...) [ya que] las circunstancias del país abren un vasto campo para empresas de esta especie, con utilidad recíproca de sus habitantes y de los extranjeros", carta firmada por Diego PORTALES, pero redactada por BELLO. Cfr. *Documentos de la Cancillería Chilena*, en *Obras Completas: Derecho Internacional* (Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación, 1969), 21, 3, p. 5 (documento Nº 2); y 2) Cfr. GHIANO, Juan Carlos, *La preocupación americana de Bello*, en *Andrés Bello. Estudios reunidos en conmemoración del centenario de su muerte (1865-1965)* (La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1966), p. 18, quien, en cuanto a la preocupación de BELLO por las minas, señala: "En coincidencia con otros contemporáneos, Bello condenó la riqueza surgida por la explotación de minas". Según él, la sabiduría de BELLO no le llevó a considerar la riqueza minera como una fuente de real prosperidad y ausente de conflictos; su idea del trabajo la vislumbraba lejos de la trágica dimensión de las zonas americanas donde había riqueza minera: cfr. GHIANO (esta n.), p. 19.

En definitiva, pensamos, el gran humanista tenía clara opinión de lo que significaban las minas para el Estado; su relación histórica, etc. Además, resulta evidente que su pensamiento jurídico no se deja influenciar por las corrientes liberales de la época; por el contrario, él es lo que llamaríamos un "conservador" en estas materias: si bien la propiedad privada merece respeto, tiene su límite en la tradición jurídica y en el bien común. BELLO, como lo probamos en el texto, no concebirá una propiedad privada sobre las minas, sino del Estado, la que se mantiene aún después de entregadas las minas a los particulares para su aprovechamiento; pues precisamente es aprovechamiento y no propiedad.

---

441 Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852), 1. Un resumen de su pensamiento sobre la materia sería el siguiente: 1) la propiedad es pública o privada, según las personas a quienes pertenecen los bienes (art. 384 de su proyecto, p. 347) [planteamiento que es evidente en el vigente Código Civil español]; señala entre los bienes que son de propiedad pública, los "bienes que pertenecen al Estado" (art. 385 Nº 1, p. 348); dice: "aquí las palabras 'propiedad pública' se toman por contraposición a la privada" (p. 348); 2) según él, pertenecen al Estado aquellos bienes que "por las leyes especiales estén declarados o se declaren en adelante propiedad del Estado" (art. 386 Nº 6, p. 349) [recuérdese que a esa fecha, en España, por ley de 11 de abril de 1849, se declara que la propiedad de las sustancias minerales "corresponde

Conclusión: las minas para Bello son bienes del Estado, y éste concede a los particulares, entonces, sólo su aprovechamiento, pues aquéllos, como tales, son inalienables.

3. El concepto jurídico de dominio eminente

Antes de revisar la situación actual de la doctrina en Chile, y como precisión previa y necesaria, consignaremos algunas ideas sobre el concepto jurídico del "dominio eminente"; la razón de incluir aquí tal conceptuación es por el hecho señalado de que la mayoría de la doctrina chilena estima que el vínculo entre el Estado y las minas se explica a través del instituto del "dominio eminente"; entonces, veremos también la procedencia o improcedencia de tal parecer.

a) *Un concepto jurídico creado por Grocio*

La configuración actual del denominado "dominio eminente",[442] como concepto jurídico, nace de la obra de Hugo Grocio *De iure*

al Estado", lo que es reafirmado por real decreto de 31 de julio de 1849, según el cual (art. 1º) "pertenece al Estado la propiedad de las minas", y, en virtud de esta ley, se otorgaba un derecho de aprovechamiento a través de concesión, y no propiedad]; 3) así, según García Goyena, se gobiernan, de entre estos bienes del Estado, por leyes y reglamentos especiales: "la propiedad y uso de las minas" (art. 389 Nº 3, p. 351); entiéndase que la propiedad es del Estado (según su concepción "patrimonialista" de los bienes públicos) y el uso de los particulares. Todo esto lo dice dentro de su estudio de la propiedad pública, precisamente porque pensaba que pertenecían al Estado las minas, como lo deja ver claramente. Es notorio, además, pues al tratar la propiedad privada (pp. 351 y ss.), y ver específicamente las facultades del dueño, señala que debe sujetarse "a lo dispuesto en la legislación especial de Minas" (art. 394, p. 353), y, en cuanto a las "Minas", se remite al art. 389 señalado con anterioridad, dentro de las propiedades del Estado, entre las cuales (Nº 3) se encuentran precisamente las minas. En general, sobre la influencia de García Goyena, cfr. Lira Urquieta, Pedro, *Estudio preliminar*, al: *Código Civil de Chile* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1961), p. 12.

[442] No conocemos ningún trabajo monográfico sobre el concepto del dominio eminente; sólo referencias, más o menos detalladas, y algunos desarrollos relativamente breves en enciclopedias jurídicas; entre éstos, vid.: Saamper, Alberto, voz *Dominio eminente*, en *Enciclopedia Jurídica Española* (Barcelona, Francisco Seix Editor, 1911), 12, pp. 550-551; Curis, Giovanni, voz *Dominio eminente*, en *Nuovo Digesto Italiano* (Turín, Utet, 1983), 5 pp. 185-187; Mor, Carlo Guido, voz *Dominio eminente*, en *Novissimo Digesto Italiano* (Turín, Utet, 1960), 6, pp. 210-213, y Sandulli, Aldo M., voz *Dominio eminente*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milán, Giuffré Editore, 1964), 13, pp. 928-930. Los más valiosos antecedentes sobre el tema los hemos encontrado en: Nicolini (n. 261), pp. 126-134.

belli ac pacis (1625), como una facultad perteneciente al soberano.[443] En efecto, Grocio distingue la "facultad o derecho ordinario", "que se refiere a las cosas de uso privado", y la "facultad o derecho eminente", *facultas eminens*, "superior a la ordinaria", y ésta compete al Estado "por razón del bien común". Y como la *regia potestas*, continúa Grocio, es superior a la *patria potestas* y a la potestad del propietario sobre la cosa, "sobre las cosas particulares, por la misma razón, está el derecho del rey, por el bien común, superior al dominio o propiedad de los particulares".[444]

De lo señalado fluye que para Grocio la *facultas eminens* es un derecho de soberanía, y no un derecho de propiedad o dominio, y no sólo por el límite que su concepción del derecho natural y el presunto pacto social de que es partidario imponen a su ejercicio,[445] sino también, pensamos, por la aparente improcedencia de aplicar tal *facultas eminens*, concebida como propie-

---

[443] Cfr. GROTII, Hugonis, *De iure belli ac pacis* (edit. P.C. MOLHUYSEN, Lugduni Batavorum, Apud A.W. Sijthoff, 1919), p. 23; Lib. I, Cap. I, § VI; su texto es el siguiente:

Sed haec facultas rursum duplex est: Vugaris scilicet quae usus particularis causa comparata est, et Eminens, quae superior est iure vulgari, utpote communitati competens in partes et res partium boni communis causa.

Jean BARBEYRAC, en la trad. francesa de la obra: GROTIUS, Hugues, *Le droit de la guerre et de la paix* (trad. y notas de—, Aleide, Aux Dépens de la Campagne, 1759), I, p. 42, traduce este pasaje con una diferente terminología: *"droit privé ou inférieur"*, y a la *facultas eminens* le llama *"droit éminent ou supérieur"*, dando, así, tanto en esto como en otros pasajes, al texto original una traducción muy libre, acomodando los términos primitivos al léxico de la época.

Una mejor referencia al concepto de dominio eminente, dentro de la misma obra de GROCIO, *vid.* en Lib. I, Cap. III, § VI, 2:

Singularia circa quae versatur, sunt aut directe publica, aut privata quidem, sed quatenus ad publicum ordinantur. Directe publica sunt actiones, ut pacis, belli, foederum faciendorum; aut res, ut vectigalia, et si quae his sunt similia: in quibus comprehenditur et dominium eminens, quod civitas habet in cives, et res civium ad usum publicum.

Presenta aquí GROCIO a la *facultas eminens* como un asunto público —en contraposición a los negocios privados—, que está dirigido al bien común: la *facultas eminens* es aquella facultad del Estado sobre los ciudadanos y sobre sus bienes, en tanto lo demanda la utilidad pública.

[444] Cfr. GROCIO (n. 433):

Sic regia potestas sus se habet et patriam et dominium potestatem: sic in res singulorum maius est dominium regis ad bonum commune, quam dominorum singularium.

En relación al *dominium regis*, cita fuentes romanas. Que esta facultad eminente es diferente al *dominium*, él mismo lo clarifica previamente, al considerar a éste pleno o menos pleno, pero en consideración a otra relación, siempre sobre cosas: Lib. I, Cap. 1, § V: *"... domini, plenum sive menus pleno, ut usufructus, ius pignoris: et creditum, cui adverso respondet debitorum"*.

[445] En este punto, cfr. NICOLINI (n. 261), p. 128.

dad, sobre las personas de los súbditos, ya que también ellas se encuentran bajo esta facultad eminente.

b) *La doctrina iusnaturalista*

Y en el sentido correcto que señalamos fue entendido por toda la doctrina iusnaturalista moderna (que fue la escuela fundada a partir de Grocio); así: Samuel Pufendorf llama dominio eminente a la potestad que corresponde al Estado sobre las cosas del ciudadano, por causa de utilidad pública, por lo que lo llama *potestas eminens*, sobre todo porque la concibe como un poder de soberanía y no como un verdadero dominio o propiedad; en el mismo sentido: Vinnio; Crusius (autor de un trabajo denominado *De eminenti dominio*); Diescau, para quien el soberano tiene una *potestas*, un *ius imperii* sobre el súbdito y sobre sus bienes, para quien no debe llamarse *dominium eminens*, pues "*dominium* denota derecho de propiedad, mientras que el detentador de la *summa potestas* no es ciertamente propietario de la cosa del súbdito"; Boehmer, para quien "de la expresión *dominium* se puede hablar simplemente de un *ius* que compete al príncipe sobre los bienes del súbdito"; así como Bynkershoek, quien, en lugar de *dominium eminens*, habla de *potestas eminens*; Tomaso, de *imperium eminens;* Huber y Noodt hablan de un *ius eminens in personas et in bona singulorum.*[446]

En definitiva, para todos ellos, el dominio eminente no es un nuevo instituto; como ha puesto de manifiesto Nicolini, ello no es así "ni en Grocio ni en Pufendorf ni en otros iusnaturalistas, los cuales expresamente declaran que la presunta gran novedad no es en el fondo más que la atribución de un nombre especial al derecho de expropiar universalmente admitido",[447] o, en palabras más simple, "una etiqueta nueva para una cosa vieja".[448]

---

[446] Todos citados, con amplio detalle de fuentes, por NICOLINI (n. 216), pp. 128-130.

[447] NICOLINI (n. 261), p. 130.

[448] NICOLINI (n. 261), p. 130, quien continúa diciendo: "Mientras la precedente doctrina (medieval) había llamado *dominium universale* o *dominium maius* al derecho del soberano en cuanto resguarda la cosa del súbdito, no basaba expresamente la expropiación sobre esta potestad del soberano; en la doctrina iusnaturalista la cuestión del dominio eminente es fundida con aquella del poder de expropiación: así, el dominio eminente es el derecho mismo de expropiar, aislado del conjunto del poder estatal y llamado con un nombre especial" (p. 130). También MOR (n. 442), p. 210, opina que la doctrina del dominio eminente fue la legitimación dogmática de la expropiación por utilidad pública.

c) *La "patrimonialización" del dominio eminente*

No obstante la claridad de la formulación original, y de la amplia gama de juristas que mantuvieron el concepto restringido a su contenido primitivo con un significado puramente público de poder soberano, más tarde fue reformulado, con un sentido claramente privatista, variando el viejo concepto de *facultas eminens* a lo que pasaría a denominarse, en definitiva, dominio eminente, hasta el día de hoy. Evidentemente, entonces, se originó en torno a su concepción una ardua polémica, ligada, en muchos casos (como veremos *infra*, en el caso chileno), a la condición del ambiente y a las convicciones ideológicas de cada cual. A partir de esta intervención moderna, la formulación se ha tornado imprecisa y contradictoria; sobre todo ambigua, a causa de la poca claridad que se le da a su definición.

La formulación privatística concibe ahora el dominio eminente como aquella posibilidad que tiene el soberano (y, por lo tanto, el Estado) de disponer de los bienes de los súbditos en base a un supuesto derecho de propiedad sobre todo el territorio;[449] así, de acuerdo a esta formulación, no se podría admitir la existencia de un pleno derecho de propiedad privada, pues antes que éste está otro derecho de propiedad, que es el del soberano, como detentador del dominio eminente, el que sería, entonces, un derecho realmente pleno, pasando a constituir la propiedad privada un derecho semipleno.[450]

En este sentido piensa Horn, quien observa que la *potestas* del soberano sobre la cosa del súbdito llega también a extinguir el dominio del privado (en la expropiación); ahora, para tener este efecto, esa *potestas* debe ser superior o mayor al dominio particular, y debe ser de la misma naturaleza de éste, debe ser un verdadero dominio.[451] Se trata, dice Horn, de dos distintos derechos, uno de los cuales es un verdadero dominio, y corres-

---

[449] Cfr. MOR (n. 442), p. 210 (no es su opinión, sino su constatación).

[450] Incluso se ha vinculado el problema con el derecho romano y se ha polarizado en torno a la pretendida existencia de un derecho eminente del pueblo romano (primero, y del emperador después), sobre el *ager publicus populi romani*; cfr. MOR (n. 442), p. 210. Pero es evidente que aquí nos alejamos del pensamiento de GROCIO y sus seguidores iusnaturalistas, pues aunque él haya vinculado su opinión a fuentes romanas, ello nunca se refirió más que a una *facultas*, y no a un *dominium*, como lo fue el *ager publicus*.

[451] Escribe NICOLINI (n. 261), p. 132, *in fine*, que este razonamiento tan "formalístico" llevó a los juristas alemanes a defender esta teoría, incluso acentuada, paralelamente, por el razonamiento de ciertos teólogos, que atribuían al Papa un *dominium medium*, puesto entre el *dominium excellentiae*, correspondiente a Dios sobre tales cosas, y aquel vulgar, atribuido a cada uno.

ponde al príncipe, y el otro es una especie de usufructo (o *dispositio*, según él) y corresponde al privado; y como el soberano tiene el verdadero *dominium* de todas las cosas, se justifican las limitaciones a la propiedad privada; más aún, según él, el poder de expropiar le compete siempre al Estado por gracia del dominio eminente, aunque sea sin causa y aunque sea sin resarcimiento alguno, por cuanto el *dominus* es absolutamente libre de disponer de sus cosas.[452]

La idea de Horn constituye, en el fondo, una deformación de la idea original de la *facultas eminens*, o dominio eminente, como se le ha llamado hasta ahora: nótese cómo la doctrina precedente señalaba que aquello del príncipe (del Estado) y aquello del privado son dos dominios de naturaleza diversa, y mientras la primera atribuía la verdadera propiedad al privado y un derecho de soberanía al príncipe, aquí se atribuye a éste la verdadera propiedad y al privado un puro derecho de uso.

Cercano a esta postura (con los matices que se indicarán) es el pensamiento de Alvaro d'Ors;[453] y sólo cercano, pues hay puntos que lo diferencian. Es diferente, pues, a pesar de que D'Ors parte de la misma base, esto es, de la afirmación de ser el dominio eminente una especie de propiedad, correspondiendo al Estado, como representante de la comunidad, la verdadera propiedad, la plena, y siendo las demás de segundo grado, en D'Ors encuentra más consistencia, pues los resultados a que llega son diferentes: lo que en Horn era un desaparecimiento virtual de la propiedad privada, acá es, como se verá, un alegato de "fuerte reafirmación" de la misma. Para D'Ors debe partir el razonamiento desde el hecho de la apropiación colectiva, la que "debe considerarse para aclarar la cuestión de la pertenencia fundamental del señorío eminente del suelo"; según él, "la primera apropiación es siempre colectiva (...), es el pueblo como colectividad quien toma para sí un territorio, y sólo secundariamente puede repartir algunas parcelas, o muchas, en propiedad privada", precisando finalmente, sobre lo que él llama "dominio eminente del territorio", que "la propiedad del suelo que se halla atribuida a propietarios privados es secundaria, no-fundamental, y por eso mismo puede ser objeto de expropiación; la per-

---

[452] Cfr. HORN, citado ampliamente por NICOLINI (n. 261), pp. 131 y ss.

[453] Que hemos encontrado expuesto en dos ocasiones: 1) D'ORS, *Una introducción* (n. 49), p. 55, en forma muy concisa; incluyendo mayores precisiones en sus últimas ediciones: 5ª, 1982, y 6ª, 1987; y 2) EL MISMO, *Autonomía de las personas y señorío del territorio*, en *Anuario de Derecho Foral* (Pamplona), 11, (1976-1977), pp. 9-24 [y ahora en sus *Ensayos de Teoría Política* (n. 69), pp. 241-259], en forma más amplia (citamos según la edición de 1976). En todo caso, como se verá, no se trata de estudios monográficos sobre el tema, sino meras referencias circunstanciales, no habiendo mayor precisión de su pensamiento.

tenencia fundamental del suelo es aquella otra originaria de la que la propiedad más o menos privada deriva".[454]

D'Ors se aleja de las peligrosas afirmaciones que encontramos en Horn, pues el debilitamiento de la propiedad privada que propugna éste, para aquél se presenta como un fuerte reconocimiento; en todo caso, a nuestro modesto entender, sigue siendo un poco ambiguo hablar de estas dos clases de dominios; dice D'Ors: "La comunidad conserva, pues, como un dominio superior o eminente, aunque sólo sea ordinariamente potencial, sobre las parcelas atribuidas"; según él, expresión de este dominio eminente de la comunidad sobre el suelo atribuido a un particular es la imposición tributaria en forma de contribución territorial, lo mismo que la expropiación forzosa y las facultades que se arroga el Estado en la planificación urbanística.[455]

d) *El pensamiento de Andrés Bello*

Ahora, retrocediendo al origen de nuestra codificación, primero civil, luego minera, ¿qué concepción de dominio eminente conoció y compartió el principal redactor del Código Civil chileno, Andrés Bello? Bello obviamente conoció esta doctrina, como lo hemos indicado *supra*, respecto de la cual, en su obra dedicada al derecho internacional, señala lo siguiente:

> La utilidad pública exige que el soberano tenga la facultad de disponer de todas las especies de bienes que pertenecen colectiva o distributivamente a la nación; al establecerse la cual, se presume que no concedió a los particulares la propiedad de ciertas cosas sino con esta reserva. La facultad de disponer, en caso necesario, de cualquier cosa contenida en el Estado, se llama *dominio eminente* o simplemente *dominio*.[456]

Sigue señalando Bello:

> Hay, pues, dos especies de dominio inherentes a la soberanía: el uno semejante al de los particulares, que es el que se ejerce sobre los bienes públicos; y el otro superior a éste, en virtud del cual puede el soberano disponer, no sólo de los bienes públicos,[457] mas también de las propiedades de

---

[454] Cfr. D'ORS, *Autonomía de las personas* (n. 453), p. 14.

[455] Cfr. D'ORS, *Una introducción* (n. 49), pp. 72-73, Nº 40.

[456] BELLO, en este lugar, cita a VATTEL (dice: *"Vattel, libro I, capítulo 20* § 244"), cuyo pensamiento revisaremos *infra*.

[457] Ya hemos visto *supra* que los bienes públicos para BELLO (lo que fue luego trasladado a las disposiciones del CC) pueden ser: bienes comunes de la nación, y bienes de la república (o del Estado en el CC), y entre

los particulares, si la salud o la conveniencia del estado lo requiere.[458]

Ahora, ¿cuáles son los efectos de este dominio eminente para él? Los siguientes: 1) "emana de este derecho la facultad de establecer impuestos y el derecho de 'expropiación' "; 2) para él, además, "los efectos del dominio consisten en dar a la nación el derecho exclusivo de disfrutar de sus bosques, minas, pesquerías, y en general el de hacer suyos todos los productos de sus tierras y aguas, ya sean ordinarios, ya extraordinarios o accidentales"; 3) "el de imponer (...) contribuciones por el uso" y 4) "el de ejercer jurisdicción sobre toda clase de personas dentro del territorio".[459]

En definitiva, señala, "la soberanía, que en cuanto dispone de las cosas se llama 'dominio' [se refiere al dominio eminente], en cuanto da leyes y órdenes a las personas se llama propiamente 'imperio'. Las funciones del uno y del otro se mezclan a menudo y un mismo acto puede pertenecer ya al dominio, ya al imperio, según se consideran con relación a las personas o a las cosas";[460] en palabras más simples, podríamos decir: son las dos caras de la misma moneda. La moneda es la soberanía; una cara es la facultad sobre los bienes de los súbditos, y la otra cara son las facultades sobre las personas; pudiendo, obviamente, mezclarse ambas. En suma: hay una clara diferencia entre dominio eminente y dominio del Estado; y, si el Estado tiene sobre las minas un dominio, éste es muy diferente al dominio eminente, que de "dominio" sólo tiene el nombre, pues la esencia de su

---

estos últimos se encuentran las minas. Por lo tanto, para él, las minas, antes que nada, son bienes del Estado, categoría o especie de dominio diferente al denominado eminente.

---

[458] BELLO, *Derecho Internacional* (n. 433), p. 82. Una explicación más: "Cuando se dice que tal o cual extensión del país está sujeta al dominio de un soberano, se entiende al dominio eminente, y los territorios sobre los cuales éste se ejerce, se llaman también 'dominios' " (p. 83). Es más claro aún cuando señala: "Un estado puede tener propiedades en el territorio de una potencia extranjera, pero no podrá entonces ejercer sobre ellas más que el dominio ordinario, semejante al de los particulares, porque el dominio eminente pertenece al soberano del territorio" (ídem).

[459] BELLO, *Derecho Internacional* (n. 433), p. 83. Más adelante BELLO apunta que "como el derecho de enajenar los bienes públicos no es necesario para las funciones ordinarias de administración, no se presume en el príncipe (...), por lo que no es válida la enajenación de los bienes públicos, excepto una necesidad imperiosa" (p. 84); además, "el dominio eminente no comprende por lo común la facultad de desmembrar el estado" (p. 85), y entre las excepciones sólo señala el caso de las provincias que se separan de la asociación por causa de extrema necesidad. Todo lo cual aclara aún más su pensamiento sobre la diferencia evidente entre el dominio público y el dominio eminente, el que no está más que ligado a la soberanía.

[460] BELLO, *Derecho Internacional* (n. 433), p. 89.

configuración jurídica (como hemos visto, desde su inicio en Grocio) es ser una facultad, una *facultas eminens*, contenido que Bello respeta plenamente.

e) *Una fuente doctrinal: Vattel*

Lo expresado es lo que pensaba Bello en cuanto a dominio eminente, lo que no se encuentra alejado de su fuente doctrinal declarada: Vattel,[461] quien, en este punto, siguió a Grocio, ni del desarrollo doctrinal más característico, que revisaremos brevemente. De este modo, creemos ser respetuosos de la línea del pensamiento de Bello.

Según Vattel, "todo debe dirigirse al bien común en la sociedad política; y si la persona misma de los ciudadanos se somete a esta regla, no pueden sus bienes exceptuarse de ella (...); debe presumirse que cuando la nación se apodera de un país, no se abandona a los particulares la propiedad de ciertas cosas, sino con esta reserva".[462] A renglón seguido, define, entonces, así el dominio eminente: "El derecho que pertenece a la sociedad, o al soberano, de disponer en caso de necesidad y por la salud pública de todos los bienes contenidos en el Estado, se llama 'dominio eminente' ",[463] y, con el objeto de aclarar aún más que es diferente a estos otros dominios (diríamos patrimoniales, del Estado, en su concepción), indica que, "además del dominio eminente, la soberanía da un derecho de otra naturaleza sobre los bienes públicos, comunes y particulares, y es el derecho de mandar en todos los lugares del país que pertenecen a la nación".[464] En suma, este dominio eminente sería una categoría superior y distinta a la patrimonial que se tiene, en su concepto, sobre bienes públicos y privados, quedando estos últimos sujetos a ella, pues dice relación más que nada con la soberanía, como bien precisa sus efectos, en su lugar, Andrés Bello (*vid. supra*).

Y ésta sería la doctrina que, fiel a sus fuentes, perduraría

---

[461] *Vid.* nota de BELLO, *Derecho Internacional* (n. 433), p. 82, y que hemos transcrito *supra* en nota 456.

[462] VATTEL, *El derecho de gentes* (n. 434), p. 241, Nº 243. Nótese que estas consideraciones las hace en forma separada a la división de los bienes del Estado o de particulares, porque, en su pensamiento, como posteriormente en el de BELLO, que le sigue, constituyen, precisamente, cosas distintas.

[463] VATTEL, *El derecho de gentes* (n. 434), pp. 241-242, Nº 243.

[464] VATTEL, *El derecho de gentes* (n. 434), p. 242, Nº 244.

en aquella época;[465] no obstante, por la amplia crítica a que está sometida actualmente,[466] ya no se basan en ella las facultades que se pretendía justificar a través de su primitivo establecimiento (v. gr., la expropiación), y hoy los autores hablan de *imperium*,[467] lo que está lejos de ser una propiedad, sino que es

---

[465] En este sentido, *vid.*, por ejemplo, FIORE, Pasquale, *Tratado de Derecho Internacional Público* (trad. cast., t. I, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1894), pp. 362 y ss., para quien "a la soberanía del Estado pertenece, además del *imperium* y la *publica potestas*, el *dominium eminens*" (p. 362), siendo, entonces, la soberanía el género, y las demás varias especies de aquélla; señala además FIORE, precisando sobre su concepto, que "el soberano manda con sus leyes y ejerce sus poderes de un modo exclusivo e indivisible, lo cual constituye el llamado dominio eminente" (p. 363), a lo cual sigue este comentario, muy importante para lo que aquí hemos afirmado: "No quiere decir esto que el soberano pueda disponer a su arbitrio de los derechos correspondientes a los propietarios sobre sus cosas o considerar estos derechos como efectos de la concesión de dicho soberano, no: el derecho de propiedad perteneciente a los particulares, se funda en otra base" (p. 362), lo que, claramente, desvirtúa las opiniones de HORN y D'ORS que hemos revisado *supra*. Agrega FIORE: "Debe admitirse que el soberano territorial ejerce el supremo dominio sobre todo el territorio, esto es, sobre los inmuebles reunidos y contiguos, considerados como un todo, *uti universitas*: lo cual significa que considerados de este modo, están aquéllos bajo el imperio exclusivo de la soberanía territorial"; en definitiva: "Debe considerarse pues como regla cierta y segura que el territorio, con todo lo que contiene, constituye la base y el límite del imperio y de la jurisdicción del soberano territorial: *quidquid est territorio est etiam de territorio*" (p. 363).

Más actualmente, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Curso de Derecho Internacional Público* (Montevideo, Centro de Estudiantes de Derecho, 1961), 2: *"Los Estados y su dominio"*, estima que "lo que el Estado tiene con respecto a su territorio es un derecho eminente, que planea por encima de los múltiples derechos de propiedad particulares" (p. 372), rebatiendo la tesis patrimonialista y vinculando el concepto nada más que a la soberanía.

[466] Cfr. PLAZA, Eduardo, *Introducción al Derecho Internacional de Andrés Bello*, en: BELLO, *Obras Completas* (n. 433), 10, p. CXX; señala que la doctrina del dominio eminente (que acoge BELLO siguiendo a VATTEL) "se considera errada a la luz de las ideas actuales, porque ella condiciona y limita en forma inaceptable el derecho de propiedad", a lo que agregamos: y ello por causa de la deformación del concepto original a que la condujo la interpretación civilista.

Vale la pena tener en cuenta que al *dominium eminens* se lo consideró como la clave legitimadora de las intervenciones autoritarias en el absolutismo; Cfr. CARRO, José Luis, *Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* (1981), pp. 287-307, especialmente pp. 296 y ss., con amplia bibliografía.

[467] Incluso, en las actuales concepciones "sociales" del derecho, a la concepción patrimonialista del dominio eminente se la asocia con las funciones del Estado en pro de la utilidad pública. Cfr. MOR (n. 442), p. 213; SANDULLI (n. 442), p. 930, aunque sin mayor precisión; sobre el tema, la idea dice relación con las concepciones "sociales" de la propiedad, ejemplos de lo cual son las Constituciones modernas, como la propia italiana, la española, etc.

una facultad de que está compuesta la soberanía que, más que un derecho de dominio sobre las propiedades privadas, tiene un deber de respeto para su integridad.

f) *Conclusión*

Nuestro pensamiento, al respecto, lo podemos resumir así: nos parece que el concepto de dominio eminente que hoy utiliza la doctrina es el concebido por el jurista moderno, como una facultad del príncipe sobre las personas y los bienes de las personas, facultad derivada de la soberanía; este concepto fue deformado por juristas posteriores, dándole un contenido patrimonial, que no tenía en sus orígenes.

El caso chileno se presenta, pues, como una situación muy particular, y la aplicación del concepto de dominio eminente dice relación únicamente con el régimen minero; esta aplicación desfigurada se ha iniciado desde la doctrina civilista (Luis Claro Solar, Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga, Victorio Pescio V., etc.); y la discusión se ha realizado sobre el texto de una disposición tan clara del CC, como su art. 591 (transcrito *supra*).

La doctrina, entonces, ha dicho que el dominio que se señala en tal disposición es el dominio eminente. Lo que, a nuestro parecer, se aleja del pensamiento del propio Andrés Bello, su principal redactor. En efecto, como lo hemos indicado, Andrés Bello concibió este concepto, de acuerdo a sus fuentes primitivas y a su pensamiento claramente manifestado en sus obras (como lo hemos revisado in extenso *supra*), con un contenido fiel a sus orígenes, esto es, vinculado a la soberanía pero no a una especie de propiedad superior a la privada. Por lo tanto, para él, los bienes del Estado (comprendiendo en éstos las minas) y los bienes particulares no tienen una relación de propiedad plena-menos plena, explicada a través de la doctrina del dominio eminente; para él ambos conceptos actúan en planos diferentes: el dominio eminente, en la soberanía, fuente del *imperium* y de potestades estatales; el dominio del Estado, en el plano de las cosas, dada su concepción "patrimonialista" de este "derecho de propiedad del Estado". Pensar que en el esquema creado por Bello para el Código podrían convivir ambos conceptos, es una contradicción que no estaba en el pensamiento de tan preclaro jurista.

Pero lo más sorprendente es que los intérpretes van más allá aún, y, por el influjo de ideas ajenas al derecho, con el fin de efectuar una defensa a ultranza de la propiedad privada (lo que sí es loable, pero no el medio utilizado esta vez), vacían de contenido el concepto de dominio eminente, señalando que el Estado tiene el dominio eminente sobre todas las minas, y lo

vinculan a una especie de tuición del Estado, y que tiene por objeto entregar a los particulares estas minas... en propiedad, originándose así una "propiedad especial minera".

Así, esta lectura diferente distorsionaría todo el sistema creado por Bello, quien habría seguido, en este sentido, los precedentes coloniales, peninsulares y romanos a que hemos dedicado la Primera Parte de este trabajo.

4. La interpretación de la doctrina chilena

La gran mayoría de los juristas chilenos (por no decir la casi unanimidad), de una manera que consideramos insólita y de difícil explicación, han adoptado la concepción del "dominio eminente" para calificar el vínculo del Estado con las minas. No obstante, como veremos, la adopción de esta posición doctrinal se ha realizado en forma acrítica, pues no se compadece ni con la ideología que podría impulsarla —y, por lo tanto, con el efecto jurídico que se pretende lograr—, ni con el contenido que, según hemos visto, rigurosamente tiene esta *facultas eminens*. Por otro lado, normalmente se le muestra como una institución jurídica que explica, por sí sola, el vínculo del Estado con las minas, pero sin justificarse, de parte de ningún autor, las razones de su opinión en tal sentido, ni se le señala, en caso alguno, su posible contenido jurídico; en otras palabras, la cuestión de la naturaleza jurídica de este instituto o se ignora o se elude —intencionadamente—, con el resultado de confundir las cosas hasta lo indecible. Verificaremos nuestro aserto, pasando una rápida revista a las opiniones de la doctrina chilena sobre este problema.

a) *La tesis de Luis Claro Solar*

Uno de los más célebres comentadores del Código Civil chileno es el ilustre jurista Luis Claro Solar, cuya monumental obra *Explicaciones de Derecho Civil*[468] ha ejercido una amplia influencia dentro de la doctrina civilista; revisaremos su opinión doctrinal sobre las minas y la aplicación que él hace del concepto de dominio eminente. En esta materia, Claro Solar sigue en su análisis muy de cerca al CC, no obstante que a los conceptos legales les otorga un contenido jurídico a veces diferente al que fluye de una interpretación acorde con los términos de la ley.

[468] Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1930), 6.

En cuanto a los bienes que el Código llama "bienes del Estado" (*entre los cuales, según hemos visto, Andrés Bello, y, claramente,* el CC, señala a las minas), Claro Solar los prefiere denominar —con una intencionalidad patrimonialista evidente— "bienes del *dominio privado* del Estado".

Al estudiar los bienes que componen este dominio privado del Estado, Claro Solar, respecto de las minas, expresa textualmente, luego de copiar íntegro el art. 591 del CC. (*vid.* su texto *supra* cap. I): "Las minas no forman, por consiguiente, parte del dominio público del Estado; y la declaración de propiedad que la ley hace a favor del Estado no da tampoco a las minas, en general, el carácter de una de tantas propiedades privadas del Estado, puesto que la ley concede al mismo tiempo a los particulares la propiedad exclusiva de las minas por ellos descubiertas, de las cuales pueden disponer como dueños".[469]

Para él la "propiedad de las minas es así una propiedad *sui géneris*, especial", por lo que dice, "la declaración del art. 591 [del CC] consagra más bien una especie de dominio eminente del Estado que se atribuye dicha propiedad como una forma de expropiación del dominio".[470] Su conclusión, algo contradictoria con sus afirmaciones anteriores (pues, entonces, ¿para qué sirvió la expropiación de que habla? ¿O pretende introducir la novedad dogmática de expropiación de particulares para particulares?), es que "no puede decirse, pues, que las minas, en general, forman parte del dominio público, ni del dominio privado del Estado"[471] (olvidando, claro está, los términos tan precisos del art. 591 del CC, según el cual el Estado es "dueño" de las minas).

La finalidad aparente de proponer tal concepción —tan alejada de los términos del propio CC, y para lo cual se amparaba incluso, formalmente, en los precedentes históricos, afirmación muy lejos de ser correcta, por lo que hemos dejado sentado en la Primera Parte de este trabajo— era sostener la existencia de una propiedad especial a favor de los descubridores; de este modo, su tesis del dominio eminente significaba que, en principio, simplemente "radicaba" en forma transitoria un dominio

---

[469] CLARO SOLAR (n. 468), p. 261, Nº 241, "e) *Minas*". Esto es lo que le lleva a hacer una pequeña mención sobre las minas en la parte de su obra destinada al estudio del "dominio privado del Estado", correspondiendo su mayor desarrollo a la sección dedicada a la propiedad privada, por ser las minas, en definitiva, para él una especie más de propiedad privada, luego de descubiertas (y no después de concedidas, como se pensaba en España, a raíz de los términos del art. 339 del CC español).

[470] CLARO SOLAR (n. 468), p. 262, Nº 241. La vincula incluso al concepto del "dominio radical", que utilizaban las Ordenanzas de Nueva España (*vide supra*), que, para él, sería idéntico al dominio eminente, quedando así en manos de los particulares el "*dominio útil*".

[471] CLARO SOLAR (n. 468), p. 263, Nº 242.

"especial" y "*sui géneris*" del Estado sobre las minas, para que luego el particular, con el solo hecho de descubrirlas, adquiriese el derecho de propiedad sobre ellas. Esta era la precaria explicación que daba este jurista al art. 591 del CC; en otras palabras, paradojalmente, decía que aunque tal disposición dijese que "el Estado es dueño", en el fondo (aplicando una extraña forma de interpretar las leyes: afirmando exactamente lo inverso), no quería decir eso, sino todo lo contrario; quería decir que el Estado tenía otro derecho tan sui géneris y especial como lo es el dominio eminente (no dándose el trabajo ni siquiera de explicarnos el contenido y naturaleza jurídica de este dominio eminente; o de lo que él entiende por este instituto, porque a todas luces no entiende lo mismo que su creador Grocio, y toda la doctrina iusnaturalista que le siguió); lo que en definitiva significaba para el Estado no ser dueño, como lo decía la ley, sino un ente en que está radicado provisoriamente el deber de hacer dueños de las minas a los particulares (nótese que, además, no se habla de aprovechamiento, sino derechamente de propiedad).

No compartimos esta interpretación de Claro Solar, puesto que lo que él hace, en realidad, no es interpretar el texto de la ley, sino sustituirlo —a través de esa vía, aparentemente legítima—, por otro; y eso está muy lejos de la tarea legítima del intérprete, pues significa desnaturalizar la tarea interpretativa, y convertirla en tarea de creación de la ley, la que, obviamente, corresponde al legislador, y no al jurista. Si bien se pueden justificar sus deseos de defender a ultranza el derecho de propiedad privada, de acuerdo a los ideales del liberalismo imperantes y exacerbados en aquella época (recuérdese el espíritu de sacro respeto del liberalismo decimonónico hacia la propiedad privada, a veces más allá de lo razonable, y como un mero formalismo que no necesariamente lleve a la libertad); pero la tesis de Claro Solar tendría hondas contradicciones, entre ellas esa de la pretendida expropiación de las minas de parte del Estado, para luego no quedar precisamente en relación de propietario con ellas, sino con un derecho tan "*sui géneris*" como inexplicado; y más honda es la contradicción de usar una concepción como el dominio eminente para fines que no concuerdan con ninguna de sus formulaciones; así: 1) si Claro Solar piensa en la formulación original de Grocio (concepción que, como sabemos, era la que sustentaba Bello), tendría que considerar el dominio eminente vinculado a la soberanía, y, por lo tanto, sin esa vinculación directa con los bienes que él pretende; por lo señalado, el contenido de lo que él llama dominio eminente es diferente al usado por la tradición medieval, y posteriormente, como hemos dicho, por Bello, el que, entonces, no tuvo cabida en el pensamiento del legislador; y 2) si Claro Solar piensa en la formulación posterior de los civilistas, como Horn, se produce una más acentuada

contradicción con su fuerte defensa de la propiedad privada (como consecuencia de su notorio apego a las doctrinas liberales de la época), pues Horn, como hemos visto *supra*, precisamente concibe el dominio eminente como la verdadera propiedad, y la de los particulares sería un mero derecho de usufructo; por lo tanto, debemos pensar que tampoco concibe así el dominio eminente.

Quid pro quo? Si no es así, entonces sí que nos encontramos ahora con la creación de una figura jurídica nueva, pero con un nombre antiguo. En palabras simples: se ha tirado el contenido de un recipiente, para llenarlo con otro contenido diferente. Es lo contrario de lo ocurrido con la primitiva formulación del dominio eminente, y aquí "hay un ropaje viejo para una figura nueva", porque es evidente que la aplicación de este viejo concepto del dominio eminente a las minas es algo nuevo, y no se compadece —pensamos— con el contenido original de la figura jurídica primitiva del dominio eminente (que, nótese, estaría inaugurando una tercera versión). Incluso podemos aventurar que la propia forma lingüística (esto es, denominarlo *dominium* y no *facultas*, como debió siempre ser, a fin de evitar ambigüedades) ha producido una tergiversación del contenido verdadero de la figura. O, lo que es posible, y estamos aquí ante la disyuntiva de decirlo o no: se trata de otra institución. Pero nada de eso se aclara por Claro Solar: no dice lo que significa para él dominio eminente.

Es difícil de comprender que a pesar de la base legislativa (el Código Civil), cuya redacción es clara —y cuyo espíritu (la opinión de Bello lo demuestra) es también claro en el sentido de no considerar incluido ese dominio eminente en la relación de las minas, sino que habla de un "dominio del Estado", diferente en esencia de aquél—, exista sobre ella una interpretación tan tergiversada de esa misma base legislativa, desvirtuando sus expresiones tan diáfanas (cuesta convencerse: 1) dice el CC: el Estado es dueño de las minas; y 2) dice Claro Solar, interpretando al anterior: el Estado no es dueño de las minas), y lo que es más grave, desvirtuándolo en base a la deformación de una doctrina, como la del dominio eminente, y dándole una aplicación desusada y que nada tiene que ver con su contenido; es más, ni el propio Bello, que conocía perfectamente la doctrina del dominio eminente, pero en su sentido genuino, no pensó siquiera en poder darle aplicación dentro del CC, por comprender que ella correspondía a planos diferentes, pero ni aun todo ello —pues resulta difícil pensar que lo ignorara— impidió a Claro Solar aplicar un concepto como el de dominio eminente, vaciándolo completamente del rico contenido doctrinal que se le había otorgado, como figura jurídica, en sus orígenes.

b) *La doctrina civil y minera*

Y esto es lo que, acríticamente, hasta hoy, seguirá recibiendo la doctrina chilena, ya civilista, ya entre los autores de derecho minero, cuyas opiniones revisaremos a continuación.

Entre los civilistas, sustentan dicha opinión, sin más explicación que su afirmación, por todos: Victorio Pescio, y Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga.[472]

Los autores de derecho minero opinan igual. Así, Julio Ruiz Bourgeois, uno de los autores que más prestigio se han ganado en esta materia, pensaba, en 1949, que, a pesar del claro tenor literal del art. 591 del CC (y que reproduciría el art. 1º del CMi de la época), según él, en virtud de seguirse en Chile el llamado "sistema de libertad de minas", el Estado tiene sobre las minas "una propiedad eminente [nótese: aquí se ha avanzado un poco más en la deformación del nombre de la institución creada por Grocio; de la *facultas eminens* originaria, luego se avanzó, en sentido patrimonial, a dominio eminente, para pasar ahora derechamente a "propiedad" eminente], virtual que sólo lo faculta para otorgar los más amplios derechos a aquellos que han cumplido con requisitos legales especiales".[473] Esta nueva aceptación doctrinal de la aplicación del dominio eminente a las minas, lamentablemente será seguida casi sin excepciones de aquí en ade-

---

[472] *Vide* PESCIO (n. 427), p. 304, y ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil. I:* Los bienes y los *derechos reales*[3] (redact. Antonio VODANOVIC, Santiago, Editorial Nascimento, 1974), 1, p. 104, Nº 146.

[473] RUIZ BOURGEOIS, Julio, *Instituciones* (n. 16), pp. 32 y 34. En este sentido, y como lo reconoce expresamente (p. 36), sigue a CLARO SOLAR; aclara, eso sí, lo siguiente: "La propiedad o dominio eminente del Estado sobre las minas y demás bienes existentes en su territorio no es otra cosa que una forma antigua de denominar a algo que está dentro de lo que hoy designamos en los conceptos de soberanía e imperio" (p. 32), que es una forma de confundir aún más las cosas, pues la soberanía nunca fue "propiedad". Este mismo criterio sustentará más tarde el mismo autor en un valioso trabajo: EL MISMO, *Reflexiones sobre la propiedad minera*, en *Revista de Derecho* (1962), pp. 3-30 [también publicado en España, en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, 12 (1965), pp. 333-353], señalando que el Estado tiene sobre las minas una "propiedad radical y eminente" (p. 30); pero en este trabajo encontramos un nuevo criterio, muy desusado en Chile, y que ya tendremos ocasión de ver (*vid. infra* cap. VII): que la concesión del Estado no otorga al privado una propiedad, sino el derecho de aprovechamiento. Esta concepción de los derechos mineros de los particulares, tan correcta y en abierta contradicción con la propugnada especialmente por CLARO SOLAR, se contradice en gran medida con la afirmación de un dominio eminente para el Estado, vacío por lo tanto de contenido; ello llevaría a considerar las minas, antes de su descubrimiento, una verdadera *res nullius*, lo que contradice, por lo demás, al art. 591 del CC.

lante; sobre todo por la *auctoritas* de sus principales epígonos: Claro Solar y Julio Ruiz Bourgeois.

En 1962, Enrique Escala Baltra sigue utilizando este concepto del dominio eminente, aunque, en un intento crítico, lo califica como una potestad vinculada a la soberanía, y señala que la relación del Estado con las minas es dual: 1) sobre la riqueza minera, "el Estado tiene sólo, en términos amplios, facultad de administración y tutela bajo la forma de dominio eminente"; en cambio, 2) en su relación con el yacimiento minero, el Estado tiene una propiedad absoluta y completa [como se concibe aquí al dominio público por las tesis "patrimonialistas"], pero que una vez producido el hallazgo o descubrimiento por el particular, se pone término a esta dominicalidad pública, y comienza la propiedad minera particular.[474] La verdad es que este intento —ecléctico, podríamos decir— continúa aplicando en el fondo el concepto de dominio eminente, y aun cuando introduce el concepto de dominio público, no se siente capaz de dejar de lado el de dominio eminente, esforzándose incluso en darle cabida a través de una explicación doctrinal que sólo complica las cosas. En todo caso, es notorio cómo sigue imperando la tesis de la aplicación del dominio eminente a las minas.

En 1966, Armando Uribe Herrera seguía opinando en forma similar, pero señalando al Estado como titular de un "dominio originario o radical", mas con una novedad: de este dominio jamás se desprende el Estado, aunque les entregue a los particulares el "dominio patrimonial" sobre las minas;[475] de este modo, hace convivir dos especies de dominios ante un mismo objeto: el del Estado, que es, según él, radical, pero sin contenido alguno, porque es traspasado el objeto mina al patrimonio del particular. En el fondo, está aquí latente la misma concepción anterior del dominio eminente, en el sentido desvirtuado que propugnaba la doctrina anterior.

Más tarde, en 1971, Augusto Bruna Vargas, en un declarado intento de desentrañar el contenido histórico del dominio del

---

[474] ESCALA BALTRA (n. 154), pp. 12 y 57. Este es el primer intento que conozco de estudiar, para el caso de las minas, una vinculación basada en la teoría publicista del dominio público, aun cuando sus fuentes son precarias, son de la vertiente "patrimonialista" [según él, la dominicalidad es una masa de bienes (p. 21), y habla de la "dominicalidad pública minera" (p. 22), para referirse a este caso], pero le da una visión casi abstracta a este dominio público ubicado entre el dominio eminente (antes del descubrimiento) y la propiedad privada de las minas (después del descubrimiento): casi no queda "tiempo" de que, en los hechos, exista un dominio público. Una tesis ciertamente que no convence.

[475] URIBE HERRERA, Armando, *Reforma de la legislación minera chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966), p. 43. Consideramos a este autor un "civilista", pues propugna una ubicación privatista del derecho minero, el cual sólo tendría reglas especiales respecto a su derecho común, que, según él, es el derecho civil.

Estado en materia minera, intenta una crítica en contra de la concepción del dominio eminente, para contraponerla a la posibilidad de considerar toda otra relación del Estado con las minas como "dominio patrimonial", pero vacía de contenido a tal dominio del Estado (no explicando tampoco ni su naturaleza jurídica; no incluyendo ninguna mención a él en toda su monografía, por lo que la denominación "dominio" sólo quedará, en definitiva, en el título de su obra), pues propugna la adquisición de un derecho de propiedad privada a favor del particular descubridor de las minas.[476]

Así pensaba la doctrina en Chile en el año 1971.

5. La reforma constitucional de 1971

En el año 1971, encontrándose el panorama doctrinario en el estado señalado, y siendo clarísima la base legislativa vigente a esa época en cuanto a que el Estado era dueño de todas las minas,[477] se produjo un hecho político que confundiría (o aclararía, según el caso) aún más las cosas; en efecto, a través de la Ley Nº 17.450, de 16 de julio de 1971, se modificó el régimen legal de la minería, incluyendo el siguiente nuevo texto en la Constitución:

> El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

Fácil es suponer la reacción que produjo una disposición legal de esta categoría, y con un contenido como el indicado; lo sorprendente es que dicha declaración legal no dice ni más ni menos que lo que venían estableciendo todos los Códigos de Minería; lo que había dicho el CC, y lo que señalaba toda la tradición histórica del derecho minero; en lo que sí era una novedad fue en borrar de un plumazo la interpretación tan "liberal" a que hemos hecho mención, doctrina a partir de la cual se había vaciado de contenido el dominio del Estado sobre las minas, que jamás había dejado de estar expresamente declarado en la legislación.

En suma, la verdad es ésta: esta disposición constitucional en nada variaba la base legislativa que había existido no sólo en

---

[476] Cfr. Bruna Vargas (n. 82), pp. 46 y ss.

[477] *Vide* art. 1º del CMi de 1932, vigente el año 1971, que decía: "El Estado es dueño de todas las minas", copia textual del art. 591 del Código Civil.

toda la historia legislativa chilena, sino también en toda la herencia histórica anterior (lo que hemos probado abundantemente en la Primera Parte); por el contrario, sólo la reafirmaba, ya que los intentos doctrinales no sólo la habían vaciado de contenido, como lo hemos dicho, sino que habían creado a partir de su tesis del dominio eminente un dominio privado sobre las minas, que ahora, más que nunca (porque tal propiedad privada sobre las minas jamás tuvo asidero, en toda la historia de la legislación minera), quedaba desvirtuado, pues el dominio del Estado se declaraba exclusivo (es decir, no compartido con otro dominio), además de absoluto, inalienable e imprescriptible.

Por lo tanto, jurídicamente, la reforma constitucional en el sentido indicado era correcta y el dominio que el Estado se arrogaba sobre las minas era el mismo vínculo que había tenido siempre (por más que la doctrina lo hubiese querido desvirtuar con la finalidad tantas veces señalada). Si bien esta reforma constitucional tuvo otras consecuencias políticas no del todo correctas a la luz de los principios del derecho, por haber incluido expropiaciones que no se indemnizaron siempre,[478] eso es otra cosa; en lo que a nosotros nos importa, su contenido jurídico se presentaba como el mismo que históricamente había detentado el Estado frente a las minas, sólo que en una forma expresamente redundante, para evitar toda duda: absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible (o, quizás, para evitar un nuevo embate doctrinal; el que, a pesar de ello, luego volverá: *vid. infra*).

No obstante lo señalado, la doctrina seguirá insistiendo porfiadamente en la tesis del dominio eminente.[479]

---

[478] Nos referimos a la expropiación de la Gran Minería del Cobre, explotada, en ese tiempo, por empresas norteamericanas, lo que traería graves consecuencias posteriores para el país; tema que por ahora no podemos analizar. *Vide* Constitución chilena, de 1925, art. 10 Nº 10 incs. 4º y ss., y disposición transitoria 17ª; Decreto Ley Nº 601, de 23 de junio de 1974; Decreto Ley Nº 710, de 22 de octubre de 1974; Decreto Ley Nº 821, de 27 de diciembre de 1974; art. 4º transitorio del Acta Constitucional Nº 3, de 1976; además, Constitución de 1980, disposiciones transitorias 2ª y 3ª.

En cuanto a doctrina, y entre muchos otros trabajos sobre el tema, *vid.* STERN, Samuel, *The judicial and administrative procedures involved in the chilean copper expropiations*, en *Proc. American Journal of International Law*, 66 (1972) pp. 205-213; ORREGO VICUÑA, Francisco, *Some International Law problems posed by the Nationalization of the Copper Industry by Chile*, en *American Journal of International Law*, 67 (1973), pp. 711-727; y, brevemente, MOZZILLO LETTIERI, Tina, *Il costituzionalismo latinoamericano recente. Tre casi particulari: Argentina, Cile e Messico*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, XXXV (1985), pp. 1130-1153, especialmente, para el caso chileno y el tema que tratamos, p. 1140.

[479] Así, por todos, aún en 1979, GUTIÉRREZ CARRASCO (n. 16), p. 470 (en que ya el solo título del trabajo es significativo, al hablar de "propiedad minera", posibilidad inexistente en la legislación —y en la historia— para

6. El estado actual de la legislación y la doctrina

a) *La Constitución de 1980 y su historia fidedigna*

En 1980, la Constitución (*vide supra* cap. I) consagra nuevamente el mismo criterio contenido en el anterior texto constitucional,[480] declarando que:

> El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas...[481]

¿Ha habido, entonces, alguna modificación de fondo en cuanto al dominio del Estado sobre las minas? Nuestra respuesta es categórica: ninguna. El nuevo régimen de la minería, en lo que dice relación al vínculo del Estado con la riqueza minera, mantiene el mismo vínculo jurídico tradicional, que arranca sus raíces, como hemos dicho, en lo más profundo de la historia del derecho, no sólo del chileno, sino de sus antecesores coloniales, españoles peninsulares, hasta Roma (*vide* Primera Parte). En nada ha variado, pues, este dominio del Estado. Si bien hay variaciones en cuanto a las garantías de los derechos de aprovechamiento que el Estado otorga a los particulares, y a las obligaciones de éstos, en lo que dice relación con el dominio de las minas ni un ápice ha cambiado: su dominio sigue entregado, como siempre, al Estado. Por lo tanto, el jurista, gústele o no esta cuestión, está enfrentado a una realidad incuestionable, y, si es consecuente, sólo le queda constatarlo: el Estado, como siempre lo ha venido haciendo, ha buscado los medios para arrogarse el dominio de todas las minas, realidad que no puede el jurista negar, sino explicar. Y eso es precisamente lo que debemos hacer: explicar la naturaleza jurídica de este vínculo tan estrecho y tan persistente en la historia jurídica.

---

el particular), sigue considerando al Estado como titular de un "dominio eminente o radical (raíz) sobre las minas", para contraponerlo a lo que comenzó a denominarse el "dominio patrimonial", a que hemos hecho mención.

[480] Después de algunos vacíos legales, producto de la situación incierta, desde el punto de vista político y jurídico, que en muchos aspectos sufrió el país a partir del año 1973, en que se produjo un cambio de gobierno que condujo a muchas reformas de los textos jurídicos, entre ellos los *de la minería; en todo caso, no se desdijo ningún principio establecido* con anterioridad, prueba de lo cual es la continuidad que se constata en cuanto a los textos fundamentales. *Vid.* una crónica de estos cambios en: Gutiérrez Carrasco (n. 16), pp. 471 y ss.

[481] Art. 19 Nº 24 inc. 6º Constitución de 1980. Esta disposición, por mero formalismo (pero, según veremos, como criterio importante a respetar), repite el art. 1º del CMi, vigente desde el año 1983.

A pesar de la claridad de este planteamiento, al que es posible llegar sin mayor esfuerzo, teniendo a la vista nuestras conclusiones de la Primera Parte, no es compartido por la doctrina chilena, ni tampoco fue propugnado siempre así en la historia de la elaboración de la Constitución de 1980. Si bien el resultado final concuerda con nuestra postura, todos sus antecedentes hacían pensar que se establecería otro criterio. Afortunadamente, como veremos, el criterio correcto fue el que se establecería en la Constitución.

Señalaremos algunos datos complementarios de la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional que hemos transcrito al comienzo de este parágrafo. Es una historia polémica, pero, lamentablemente, en ella no entraremos sino con el detalle estrictamente necesario por ahora, pues su análisis nos impediría seguir limpiamente la línea de nuestra tesis: configurar jurídicamente la relación del Estado con las minas, como primer principio del régimen minero. Por lo que la visión reseñada de la doctrina chilena ya lo aclara todo, y como las posiciones doctrinales que ha suscitado la nueva Constitución son aún de reciente formulación, no han dado tiempo para una más profunda reflexión, tan necesaria en esta materia.

Así, es notorio que esta no fue la idea inicial de la Comisión Constituyente, pues sus integrantes estaban muy influenciados por la corriente doctrinal del dominio eminente a que hemos hecho mención, y, por otro lado, estaban muy impresionados de los resultados políticos que había ocasionado la expropiación de la Gran Minería del Cobre *(vid. supra)*, realizada de una forma no muy acorde a sanos principios de derecho; pero como tal irregularidad se vinculaba a la reforma constitucional que estableció el "dominio patrimonial" del Estado sobre las minas, en sus términos (lo que para la doctrina del dominio eminente, equivocadamnete, como hemos visto, fue un cambio radical), se pretendió rechazar cualquier forma de dominio del Estado sobre las minas. Entonces, los trabajos de la Comisión se dirigieron: 1) a debilitar este "dominio patrimonial" del Estado, por un lado, y 2) por otro, potenciar una pretendida propiedad del particular sobre las minas. Veremos que estos dos presupuestos, jurídicamente incorrectos, no podían prosperar, como en definitiva ocurrió.[482]

[482] *Vid. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente* (Santiago, s/ed., 1977), cuyo análisis pormenorizado no podemos efectuar por ahora. El estudio de la preceptiva relativa al "derecho de propiedad minera" (según la denominación de la Comisión) se efectuó en las sesiones 171ª a 175ª (desde el 4 de diciembre de 1975 al 18 de diciembre del mismo año), en que se discutió sobre la base de dos proyectos: 1) uno, que propugnaba el "dominio patrimonial" del Estado sobre las minas, criterio que, en términos generales, prosperó en el texto definitivo de la Constitución (pero

Las primeras ideas del constituyente fueron, en lo tocante a las minas, establecer una preceptiva en cuya virtud "se reconoce al Estado un dominio eminente sobre todas las minas existentes en el territorio nacional", otorgándose "a su descubridor propiedad sobre los yacimientos mineros".[483] De este modo, el Anteproyecto de Constitución que en 1978 entrega esta Comisión, en su "kilométrico"[484] art. 19 Nº 23, contiene la declaración expresa de que "el Estado tiene el dominio eminente de todas las minas", haciéndose los descubridores dueños de las minas que descubran,[485] criterio que es mantenido por el Consejo de Estado (órgano que revisó posteriormente tal Anteproyecto) en idénticos términos.[486]

Pero, a pesar de todos estos deseos de los miembros de la Comisión Constituyente y del Consejo de Estado, en definitiva, la Junta de Gobierno introduce profundas modificaciones a estas meras proposiciones, y el texto definitivo de la Constitución incluyó los conceptos ya señalados de un dominio absoluto, etc., del Estado sobre todas las minas, en los mismos términos con-

---

con la diferencia de no consagrar una pretendida propiedad privada sobre las minas, sino derechos de aprovechamiento, a través de la figura de la concesión), y 2) otro, que propugnaba el "dominio radical o eminente" del Estado, y en que el descubridor se hacía dueño de las minas, criterio que, como veremos, prosperó en la Comisión, pero no en el texto definitivo de la Constitución.

[483] Cfr. Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, *Proposiciones e ideas precisas*, en *Revista Chilena de Derecho*, 8 (1981), p. 218. Las ideas precisas definitivas son idénticas a las ideas enunciadas: "a) El Estado tiene el dominio eminente de todas las minas, y b) Toda persona puede catar, cavar y explorar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere la letra precedente, y hacerse dueña de las que descubra". La Comisión en ningún caso se dio el trabajo de explicar lo que entendía por dominio eminente; lo que ocurre es que este concepto ya a estas alturas es un verdadero mito jurídico, que opera por sí solo; nadie explica su contenido, a pesar de su uso persistente.

[484] Así lo llama, con razón, MOZZILLO (n. 478), p. 1139, pues tiene nada menos que 24 numerandos larguísimos; extensión que aumenta a 26 numerandos en el texto definitivo. En igual vicio de extensión incurría el antiguo art. 10 de la Constitución de 1925.

[485] Cfr. Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, *Texto del Anteproyecto [de Nueva Constitución]*, en *Revista Chilena de Derecho*, 8 (1981), p. 332. Es sorprendente apreciar cómo se pretendía introducir en el texto constitucional el concepto de dominio eminente, cuya conceptualización no ha proporcionado, ni ha procurado hacerlo hasta ahora, jurídicamente y con el rigor propio de esta ciencia, la doctrina chilena que lo propugnaba hasta entonces, como lo hemos visto (y que lo sigue propugnando hasta hoy, aunque llame a sorpresa aún mayor); siendo, entonces, en esta materia, la ambigüedad la nota dominante.

[486] Cfr. Consejo de Estado, *Texto del proyecto de Nueva Constitución Política propuesto por el* —, en *Revista Chilena de Derecho*, 8 (1981), p. 434. Cfr. un comentario discrepante de la época: GÓMEZ NUÑEZ, Sergio, *El anteproyecto de reforma constitucional y sus efectos en materia minera*, en *Revista de Derecho Económico*, 46-47 (1979), p. 93-120.

templados en la antigua reforma constitucional de 1971, con la diferencia de que ahora queda claro que este dominio no se otorga (o traspasa) al descubridor de las minas, quien no por eso pasa a ser propietario de la mina que descubre, sino que pasa a ser un concesionario, en virtud de lo cual, además, pasa a ser titular de un derecho real diferente a la propiedad: un derecho de aprovechamiento (y que estudiaremos *infra* cap. VII).

Así, el sistema propugnado del dominio eminente es dejado de lado y, definitivamente, no considerado como concepto jurídico válido para explicar el dominio del Estado sobre las minas, de acuerdo a la Constitución de 1980.[487]

b) *El desarrollo legislativo posterior*

No obstante la claridad con que ha quedado establecido todo lo anterior, nuevamente nos encontramos con la pretensión de efectuar, sobre la letra de la Constitución, una lectura diferente; en especial, pensamos, por existir parecida situación ambiental que en los tiempos de la promulgación del Código Civil chileno. Así como en el siglo pasado, en virtud de esta infiltración ideológica dentro del pensamiento del jurista (quien debe ser, antes que nada, jurista; no instrumento de ideologías o doctrinas no jurídicas), se efectuó una interpretación reñida con los textos, pero que armonizaba con el deseo puramente ideológico (ya vimos que, incluso, en contradicción a su finalidad) de defender a ultranza la propiedad privada, usando para este fin, como mero instrumento, un concepto jurídico que había sido creado, precisamente, para otro fin: el dominio eminente.

Así las cosas, por la deformación doctrinal de claros textos legales, y después de transcurrir un siglo, el legislador, en 1971, recordó nuevamente lo errado de esa doctrina, lo que ratifica la Constitución de 1980. Y ¿qué ocurre ahora? Como consecuencia de una nueva infiltración, pensamos, de corrientes de pensamiento ajenas al derecho, se pretende efectuar una interpre-

---

[487] PRECHT PIZARRO, Jorge, *Naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas y de la concesión minera en la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho*, 10 (1983), p. 735, opina que de este modo "el sistema del dominio eminente —propiedad minera, tradicional en Chile— es herido de muerte", pero, a su juicio, "no lo reemplaza un sistema jurídico armónico, como en 1971, sino un conjunto de disposiciones difícilmente compatibles entre sí y aparentemente contradictorias". Estamos de acuerdo con él en que hay una declaración expresa —como siempre la hubo— que impide sostener con fundamentos y seriedad una tesis como la del dominio eminente; pero no estamos de acuerdo en que éste haya sido el sistema tradicional; era la opinión doctrinal, equivocada, pero no la realidad jurídica (como lo hemos demostrado, creemos, hasta aquí).

tación reñida con el espíritu del texto constitucional. No se pretenda encontrar en nuestras palabras un rechazo a ciertas corrientes de pensamiento; nuestro análisis sólo tiende a explicar un fenómeno que ocurre dentro del derecho; sólo estamos constatando lo que ocurre, y, sea lo que sea, pienso que los razonamientos que han de presidir dentro del campo del derecho han de ser estrictamente jurídicos, pues de otro modo, como he dicho, el derecho no pasa a ser más que un mero instrumento para la consecución de fines ideológicos y no jurídicos. Esa tarea política dejémosela a la ley, pero el jurista funciona con el *ius*. Por esa razón, no se encontrará aquí nada más que razonamiento jurídico. Si bien la ley es un acto político, el derecho, que es bien diferente a la ley (recuérdese la tradicional separación entre *lex* y *ius*), no lo es y por ello, una vez concretado el texto jurídico, su análisis, para el jurista, ya no será político, sino jurídico.

Como no podemos pretender profundizar aún más en esta materia tan importante, sólo señalamos las ocasiones en que es visible esta nueva "doble lectura" a que se ha sometido el texto constitucional, y que provino desde las mismas discusiones de la Comisión Constituyente, como hemos visto *(vide supra)*, y que se ha continuado en los proyectos posteriores de leyes mineras (LOCCMi y CMi), en que se trató de forzar en todo lo posible su literalidad, y como tal objetivo no fue enteramente logrado —como es obvio—, se trató de vaciar de contenido la clara y enfática declaración constitucional. Sólo algunas muestras:

1º El trámite legislativo de la LOCCMi

Al iniciarse el trámite del proyecto de LOCCMi, en 1981, en el Ejecutivo, trámite indudablemente político, incluyó una interpretación errada del texto constitucional, diciendo que se refería a un pretendido "dominio subsidiario", a través de lo cual se trató de desvirtuar el verdadero contenido de la Constitución;[488] se decía que se estaba 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 el territorio nacional", y cuyo contenido no tiene otra función que "señalar una tuición subsi-

[488] La contrapartida era: como el del Estado es un mero "dominio subsidiario", el particular, concesionario, obtiene un virtual derecho de propiedad. Si bien la finalidad de esta actitud, de orden político, puede ser beneficiosa para la confianza que se deseaba ganar de los futuros interesados en invertir en el sector, especialmente extranjeros; pero éste no es un hecho valorable por el jurista, sin más; es un hecho político, y nosotros sólo podemos constatar su existencia.

diaria, general y permanente, sobre todas las minas, y permitir la creación y constitución originaria de derechos mineros".[489] No estamos de acuerdo —por lo demás, es obvio constatarlo así a estas alturas— con esta postura, pues no respeta el claro texto constitucional, que hemos mencionado repetidamente.

Continuando con el trámite de esta LOCCMi, el informe de este proyecto, que emitió, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 24 de la Ley Nº 17.983, la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, con fecha 3 de septiembre de 1981,[490] analiza este "dominio subsidiario" a la luz de otras teorías jurídicas,[491] calificándolo como una "concepción jurídica nueva", pero que el informe en comento acepta y asume como propia (lamentablemente, pensamos).

Se refiere asimismo a este punto un requerimiento que se efectuó por el Organo Legislativo al Tribunal Constitucional (en virtud de lo dispuesto en el art. 82 Nº 2º de la Constitución), el que tiene un valor inestimable, pues proviene del mismo órgano legislador (y no del órgano político, ejecutivo, o Administración, como el Informe Técnico anterior, ni de una Secretaría asesora, como el de la Secretaría de Legislación también señalado *supra*); y, además, pone las cosas en su lugar. En el texto de este requerimiento, el órgano legislativo se refiere a cómo fue rechazado persistentemente en su seno la tesis del dominio eminente; dice:

---

[489] Cfr. Ministerio de Minería, *Informe Técnico: Fundamentos del Proyecto de Ley Orgánica Constitucional*, elaborado por el entonces Ministro de Minería, José PIÑERA ECHENIQUE, con el cual se sometió a la Junta de Gobierno (órgano legislativo) el proyecto de LOCCMi en 1981. *Vide* su texto íntegro en: *Archivos del Organo Legislativo*, t. 40, "Ley Nº 18.097", I, folios 1-233; lo pertinente, en fojas 19 y ss.; y en: PIÑERA ECHENIQUE, José, *Legislación Minera. Fundamentos de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras*, preparación de — Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982 , pp. 13 y ss.

Sólo dos observaciones: utiliza el concepto dominio público nada más que para contraponerlo al dominio privado, sin el contenido que nosotros le damos; y sustituye el término dominio eminente, que late indudablemente en su pensamiento, por el incomprensible de dominio subsidiario. Esta tesis de un supuesto dominio subsidiario no se compadece con el texto constitucional, por lo que ha podido ser calificada, con razón, de una "creación de ficción", de ser una "figura literaria": cfr. PRECHT (n. 487), pp. 742 y 744, pues pensamos que no tiene asidero jurídico alguno en el texto de la Constitución de 1980.

[490] Cfr. Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, *Informe del Proyecto "LOCCMi" (Boletín Nº 117-08)*, Santiago, 3 de septiembre de 1981 (informe fotocopiado de *Archivo del Organo Legislativo*, t. 40, "Ley Nº 18.097", pp. 97 y ss.).

[491] Lugar en que se revisa, incluso, lo que ahí se llama la "teoría del dominio eminente" que, a su juicio, habría inspirado la legislación vigente en Chile hasta 1971: cfr. Secretaría de Legislación, *Informe LOCCMi* (n. 490), p. 21, como erróneamente lo piensa la mayoría de la doctrina chilena, según hemos visto.

> La declaración de que "el Estado tiene el dominio eminente de todas las minas" fue, pues, reemplazada por el precepto, tantas veces aludido, según el cual el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas. Ello importa la expresión inequívoca de la intención del constituyente de repudiar la consagración de un dominio teórico, mera expresión de soberanía, y, por el contrario, de consagrar en el texto de la Carta Fundamental el dominio patrimonial del Estado sobre las minas.[492]

Este es un precioso documento[493] para demostrar nuestro planteamiento de la existencia de una disociación entre el pensamiento del legislador y el pensamiento del intérprete administrativo; si bien esta última podría ser una interpretación legítima, en libertad de pensamiento, pero no es una interpretación de valor jurídico, y lo único que le reprochamos es que no se atiene al texto expreso de la Constitución, el que, guste o no guste, ahí está con todo su vigor, y no nos queda más que respetarlo. No se dice aquí, siquiera, cuál texto hubiese sido mejor; sino que sólo nos atenemos al que se instauró; lo demás sería faltar a la primera regla de un trabajo científico: la rigurosidad; o, por lo menos, perseguir la rigurosidad.

2º El trámite legislativo del CMi

En el trámite de aprobación del CMi ya no se entra en nuevas consideraciones sobre el dominio del Estado (sea para evitar ries-

---

[492] Cfr. Junta de Gobierno, *Requerimiento al Tribunal Constitucional para resolver cuestiones de constitucionalidad que se originaron durante la discusión de la LOCCM*, Santiago, 9 de noviembre de 1981, en *Archivo del Organo Legislativo*, t. 41, "Ley Nº 18.097. Inscrip. y Anteced.; folios 234-500", II, pp. 336-351; lo citado en p. 351.

[493] Este requerimiento fue contestado por sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1981, remitida por oficio Nº 54, de 1981, al órgano legislador; *vide* su texto en *Archivo*, cit., t. 41, pp. 368 y ss. Esta sentencia efectúa un interesante comentario sobre la naturaleza del dominio del Estado en su considerando 11. También incluye esta sentencia: PIÑERA (n. 489), pp. 77-85.

Este importantísimo requerimiento, que contiene amplios desarrollos sobre el contenido del dominio del Estado sobre las minas, obviamente, por seguir la doctrina correcta, como se ha visto, y no la "oficial" que se trató de imponer, no ha recibido la publicidad que merece; así es notorio que podría pensarse que esa razón es la que evitó que fuese incluido en la recopilación de antecedentes de esta ley, citada [nos referimos al libro de PIÑERA (n. 489)], en la que no se incluyó; y es obvio que su falta se hace notar, pues se incluye una sentencia que contesta un requerimiento, pero no el requerimiento mismo, que impide (en rigor: pero no es el rigor el que se persigue, parece, sino llevar adelante, como sea, y al precio que sea, aun a fuerza de contrariar el texto constitucional, esta idea incorrecta) una comprensión cabal de la sentencia. Otra razón para su exclusión —por lo que se nos deberá excusar— no la podemos imaginar, dentro de lo razonable.

gos, como la declaración del órgano legislativo que señalamos en el apartado anterior, o, sencillamente, por considerarlo innecesario el órgano administrativo), a pesar de que en el art. 1º se repetía la declaración de la Constitución, tantas veces citada, en cuanto a que el Estado tiene el dominio absoluto, etc.; no obstante, ya desde el informe técnico inicial se hacía constar cómo la reforma constitucional de 1971 había "debilitado el derecho de los particulares sobre las minas" (lo que no es cierto, porque continuó siendo lo que era: un derecho de aprovechamiento, originado en una concesión), y que la Constitución de 1980 había consagrado (ya no un "dominio subsidiario", como antes se dijo), sino "un derecho de dominio especial sobre las minas" y entregó a los particulares, que cumplan los requisitos legales, un derecho sobre las sustancias minerales que ellas contienen, que se llama concesión", y que la "concesión se ampara con la garantía del derecho de propiedad".[494] Todo un juego dialéctico para llegar al derecho de propiedad, cual vara mágica que soluciona cualquier problema de seguridad jurídica. Y ¿a qué costo? Al costo de desnaturalizar las instituciones jurídicas.[495]

---

[494] Cfr. *Informe Técnico del Proyecto de Código de Minas* (unido al Mensaje del Ejecutivo con que se inició su trámite legislativo), de 30 de diciembre de 1982, en *Archivo del Organo Legislativo*, t. 107, "Ley número 18.248, folios 1-487", pp. 191 y ss.; lo citado en pp. 195-196. Aquí es posible ver cómo se confunde la naturaleza jurídica de la concesión, señalándola como un derecho, en sí misma, cuando ella es un instrumento, un acto jurídico; la dialéctica utilizada es la siguiente: se evita hablar de "meros" derechos de aprovechamiento (que sería lo correcto), pues debe hablarse de la "sagrada" propiedad; entonces, se efectúa un "salto", y se considera a la concesión un derecho, y como está asegurada constitucionalmente por la garantía del derecho de propiedad, es —a su juicio— propiedad.

Antiguamente, dentro de la defensa del sistema del dominio eminente, se denigró la "concesión", contraponiéndola a "propiedad", y se decía que el Estado debía otorgar "propiedad minera" y no "mera concesión"; hoy se habla (forzadamente, claro está, por imposición constitucional, y muy a su pesar) de "concesión", pero vinculada a la propiedad. Esta es la forma permanente de vaciar o llenar de contenido los conceptos jurídicos, según las conveniencias de la dialéctica ideológica, y que ha ocurrido con el dominio eminente, y ahora con la concesión, como hemos visto.

Nuestro modesto intento está dirigido a configurar los conceptos jurídicos con el contenido que jurídicamente —valga la redundancia, sobre todo ahora, cuando nos enfrentamos a intentos ideologizados, y, por lo tanto, no jurídicos, propiamente— y, en rigor, les corresponde; no hay aquí prejuicio o impugnación de ideología; sólo un intento de independizar, en esta materia —como podría serlo en todos los lugares de la ciencia jurídica—, al derecho de la ideología; tratar de darles validez dogmática a los principios jurídicos que hemos rescatado desde los confines de la historia del derecho minero.

[495] Esta desnaturalización de conceptos jurídicos que ha intentado la doctrina, ha provocado especial daño en cuanto al concepto, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, de concesión minera; incluso,

Es importante verificar cómo nuevamente en el órgano legislativo se procura evitar ambigüedades; así, el informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno[496] señala "la Constitución consagra el dominio patrimonial o regalista del Estado sobre todas las minas".[497]

Este dominio del Estado sería calificado, en el proceso legislativo, también como un "dominio público especial" que se atribuye al Estado sobre las minas".[498]

En suma, en esta tramitación nada nuevo al respecto se hizo, ni podía hacerse, sino ratificar la expresa declaración constitucional, como lo hizo el art. 1º del CMi promulgado en definitiva:

> El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas...

---

hasta el punto que administrativistas —que, presumiblemente, deberían estar imbuidos de los correctos principios de la disciplina— han dudado de su correcta conceptualización. Así, según MARIENHOFF (n. 417), en derecho de minería el vocablo "concesión" se emplea en el sentido de acto jurídico mediante el cual la mina "sale del dominio del Estado y entra en el dominio del particular [lugar en que cita la autoridad de la legislación argentina y a otros autores como Joaquín V. GONZÁLEZ y Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO], con lo que dichas concesiones difieren sustancialmente de las concesiones de uso de dominio público, ya que éstas jamás son traslativas de dominio. La existencia de esas *concesiones* [así en el original] mineras constituye otro motivo que torna impreciso el concepto de 'concesión'. De modo que al intérprete le corresponde hacer en cada caso la distinción pertinente" (p. 343).

[496] Cfr. Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, *Informa proyecto de ley que aprueba el nuevo Cód. de Min. (Bol. Nº 322-08)*, de 29 de abril de 1983, en *Archivo del Organo Legislativo*, t. 108, "Ley Nº 18.248, II, folios 488-914", pp. 312 y ss.; lo citado en p. 329.

[497] Incluso más, señala a renglón seguido: "Cabe observar que este inciso 2º [del art. 1º del Cód. de Min., en proyecto, el mismo texto definitivo] se inicia con la conjunción adversativa 'pero', cuyo uso se esgrimió en el pasado como argumento para demostrar que el art. 1º del actual Cód. de Min. [se refiere al de 1932, vigente a esa fecha] establecía el dominio 'eminente' del Estado sobre las minas, al igual que el art. 591 del Cód. Civ. Convendría suprimir dicha conjunción adversativa 'pero', con que comienza el inciso 2º, por innecesaria" (p. 329), con un evidente afán de precaver futuras opiniones al respecto, sobre un criterio, como el del dominio eminente, claramente rechazado. *Vide* este mismo informe íntegramente transcrito, en *Revista Chilena de Derecho*, 11 (1984), pp. 139-194; lo citado en p. 145.

[498] Cfr. Presidente de la Primera Comisión Legislativa, *Informa proyecto de Cód. de Min.*, Ord. Nº 65, 8/150/19, de 9 de agosto de 1983 (dirigido a la Junta de Gobierno, Secretaría de Legislación), en *Archivo del Organo Legislativo*, t. 109, "Ley Nº 18.248", p. 998.

c) *Consideración final*

La verdad es que sobre este tema en la actualidad —en la doctrina— no hay claridad alguna, y lo que más incide en la ambigüedad es esta lectura incorrecta que se hace de disposiciones claras al respecto; es sorprendente cómo, con un afán incomprensible de buscar, al precio que sea, aun con el desprecio de la sana interpretación del texto constitucional y de la ley, y con un uso indiscriminado del expediente de ignorar la verdadera naturaleza jurídica de las instituciones, se sigue haciendo esta verdadera "desinformación" de un texto clarísimo.[499]

Si bien en esta ocasión no podemos seguir deteniéndonos en el análisis de este tema, sí creemos que lo fundamental de nuestro pensamiento está dicho.

IV. LA AFECTACION DE LAS MINAS AL DOMINIO PUBLICO

1. La afectación minera

a) *En general*

De lo que hemos dicho anteriormente ha quedado suficientemente claro que las minas integran lo que se ha llamado el dominio público (o, en términos del legislador chileno, dominio del Estado: Código Civil y Constitución). Hemos indicado que el problema de su naturaleza jurídica no dice relación con la titularidad, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina *(vid. supra)*, sino con su afectación.[500]

Es la afectación, a nuestro modo de entender, una figura instrumental que opera por los medios normales del derecho

---

[499] *Vid.*, en este sentido: Lira Ovalle, Samuel, *Industria Minera y Nueva Legislación*, en *Revista Chilena de Derecho*, 10 (1983), pp. 247-257, quien, sorprendentemente, trata de vaciar de contenido el dominio del Estado en busca de una institución que casi no tiene importancia en materia minera: la propiedad privada. En contra, con argumentos convincentes: Precht (n. 487), pp. 752 y ss.

[500] Sobre la afectación específica de las minas, *vid.*, especialmente, Sánchez Blanco (n. 387) (I, 1, § 5. "La afectación demanial en materia de minas e hidrocarburos"), pp. 276 y ss. No podemos entrar a analizar la figura de la afectación, pues ello nos desviaría de nuestra línea de desarrollo de la materia; en todo caso, sobre ello, *vid.* bibliografía y desarrollo efectuado *supra* este capítulo, § II.

—normativos— y en virtud de la cual se hace integrar un bien dentro de la categoría del dominio público.

La doctrina ha discutido si la afectación de las minas al dominio público se hace en forma natural[501] o de manera expresa, siendo por ello necesaria una ley,[502] discusión que, en el fondo, dice relación con la creación de una categoría dogmática, pues, en los hechos, siempre al respecto existirá una declaración formal de la legislación, como ha ocurrido en el caso de las minas durante toda la historia de los textos jurídicos, y como existe hoy en la legislación vigente en Chile.

Por lo tanto, si bien dogmáticamente el gozne que instrumenta la inclusión de un bien en el dominio público es la afectación, ella se produce por disposiciones legislativas expresas.

Así, en virtud de lo dispuesto en los arts. 591 del C.C. ("El Estado es dueño de todas las minas"); 19 Nº 24 de la Constitución ("El Estado tiene el dominio (. . .) de todas las minas"), y 1º del CMi idem.

Entonces, siguiendo la probada corriente histórica, se ha producido la afectación expresa de las minas[503] a lo que doctrinariamente se llama dominio público (o al dominio del Estado, como apunta la legislación, lo que, dogmáticamente, como hemos justificado, viene a ser lo mismo).[504]

---

501 Cfr., por todos: GUAITA, *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas* (n. 16), p. 34.

502 Cfr., por todos: SÁNCHEZ BLANCO (n. 387), p. 104.

503 En España, por ejemplo, esta afirmación es unánime en la actualidad; *vid.*, por todos: OLIVA CASTRO, Andrés de la, *Derecho de Aguas. Derecho Minero* (Apuntes de clases, Universidad de Madrid, 1962), p. 106; PUYUELO (n. 16), p. 23; VILLAR PALASÍ, *Naturaleza jurídica de la concesión minera* (n. 16), pp. 85 y ss.; GUAITA, *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas* (n. 16), p. 320 (p. 324 en ed. de 1986); ARCENEGUI (n. 16), p. 61; SÁNCHEZ BLANCO (n. 387), p. 276 (quien dice que "en la actual normativa jurídica, la demanialidad de los yacimientos mineros es un hecho incontrovertido"); etc.

504 Ultimamente, véase: FERNÁNDEZ-ESPINAR, Luis Carlos, *Bases del Régimen Minero (Acotaciones al Anteproyecto de Ley de Regulación de las Bases del Régimen Minero)*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* (1986), pp. 397-424, para quien: "La consideración de los yacimientos minerales como bienes del dominio público se remonta en el derecho minero español a 1849. Desde la Ley de Minas de 1849 hasta la ley vigente de 1973, el legislador ha establecido la demanialidad de los recursos minerales. Sin embargo, este principio perdió su nitidez en relación con los recursos minerales denominados rocas, por la confusa redacción de las leyes y la aplicación de éstas sobre todo en el período 1868-1939" (pp. 409-410), por lo que, a su juicio, "los recursos minerales adquieren la condición de demaniales por afectación" (p. 410). Sobre los textos históricos españoles, *vid.* la Primera Parte.

Se puede recordar como un vestigio doctrinal el siguiente criterio civilista, que considera, erróneamente, a las minas como propiedad privada y especial, sujeta a las obligaciones que impone la colectividad, co-

Ahora, ¿por qué se ha producido esta afectación?[505] La *ratio legis*, además de la herencia histórica, dice relación con la teleología o finalidad de esta afectación; las minas no siguen afectadas al dominio público por casualidad, ni por capricho; hay razones muy precisas para ello, lo que se relaciona, a su vez, con las mismas finalidades que ha de cumplir el dominio público, muy cercanas a las finalidades propias de la actividad administrativa: la afectación de las minas al dominio público (o dominio del Estado, simplemente) ha tenido como justificación, en forma amplia, el "interés público". Y esto lo afirmamos apoyados, además, en el propio texto constitucional, que exige al concesionario satisfacer el "interés público" (art. 19 Nº 24 inc. 7º); expresión repetida profusamente en la propia Constitución y en todos los demás cuerpos legales que desarrollan dichos preceptos relativos a la minería, así como en su historia fidedigna.

Una vez afectadas las minas al dominio público pasan a tener la categoría de bienes inalienables[506] e imprescriptibles,[507] con las matizaciones que les ha impuesto la doctrina a estos caracteres;[507] del mismo modo, se trata de un dominio inembargable.[508]

La relación que nace para la Administración es una relación de potestades, que justifica, en atención al interés público envuelto, el otorgamiento de derechos reales de aprovechamiento a favor de los particulares, a través de la concesión, y le autoriza, además, para, en uso de sus facultades interventoras, dictar a su respecto toda medida de policía que sea necesaria. Así, se patentiza una vez más la estrecha relación del dominio público con las funciones de la Administración, especialmente con sus potestades; en materia de dominio público minero, se encuentran envueltos la potestad administrativa sobre las minas (como sobre todo el dominio público) y el derecho real que nace para el

---

mo única matización: GARCÍA-QUIJANO, Pedro Miguel, *Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales*, en *Estudios Jordana de Pozas*, 3, 1 (1961), p. 488.

[505] Por ejemplo, respecto de España, esta afectación resulta clara, y las minas son de aquellos bienes afectados al dominio público con el objeto de ser destinados al fomento de la riqueza nacional. Cfr. GUAITA, *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas* (n. 16), p. 321. Un criterio contrario era el de PUYUELO (n. 16), p. 23, para quien las minas eran bienes del dominio público, pero destinados a un fin de "servicio público", en una concepción ya superada por la mayoría de la doctrina española.

[506] *Vid.* sobre la inalienabilidad del dominio público: CLAVERO ARÉVALO (n. 353), pp. 11-84.

[507] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, en su *Dos estudios* (n. 39), para el caso de las minas, especialmente, p. 96.

[508] Cfr. sobre ello, ARIÑO ORTIZ (n. 357), quien señala con razón que "los bienes afectos [al dominio público] son inembargables por la sencilla razón de que la afectación es ya en sí misma un 'a modo de embargo tácito preventivo' anterior" (p. 83).

particular a partir de la concesión. Es ésta, por lo demás, una típica relación de derecho público.

b) *El dominio público de las minas*

De este modo, el dominio público de las minas comparte estos caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad que han definido la doctrina y la legislación desde antaño, como todo otro dominio público, con algún matiz que impone su especialidad (como la necesidad de descubrimiento de las minas, las que, normalmente, y por su propia naturaleza subterránea, usualmente son ignotas), pero tratándose, en el fondo, de caracteres comunes.

En suma, las minas integran el dominio público *ab origine*, pues el régimen jurídico ha declarado su pública dominicalización.

En Chile, el texto constitucional[509] le ha otorgado al dominio del Estado sobre las minas, además, el carácter de "absoluto y exclusivo", lo que acentúa aún más una característica propia (y que ya hemos indicado) de este dominio público sobre las minas: nunca se traspasa al particular como tal, siempre continúa siendo, en forma absoluta y exclusiva, del Estado, en razón del interés público envuelto; y es este mismo interés público que justifica el otorgamiento al particular, no de la propiedad (pues su carácter exclusivo lo impide; además, que, según hemos dicho, el Estado no tiene la "propiedad" sobre las minas, por lo que mal podría transmitir tal derecho), sino del aprovechamiento, a través de la figura de la concesión.[510]

2. El contenido del dominio público minero

Si bien las declaraciones de los textos legales son siempre muy generales, al atribuir al Estado el dominio de "todas las minas", ellas deben ser matizadas, con el fin de verificar posibles excepciones, de aclarar casos dudosos o, en fin, lo que reviste especial importancia, de verificar el régimen jurídico del aprovechamiento de las distintas clases de sustancias minerales, lo que a veces la propia ley se preocupa de realizar, de acuerdo o no con la naturaleza de las cosas.

---

[509] Véase art. 19 Nº 24 inc. 6º.

[510] Sobre la naturaleza jurídica del derecho del concesionario, abundaremos en el Cap. VII; por lo tanto, con el fin de evitar encabalgamientos innecesarios, dejamos tal tema para ese lugar.

No se puede, indudablemente, entrar aquí a una conceptualización técnica de las diferentes clases de minerales, ni de los yacimientos mineros, por corresponder tal cometido a la mineralogía; se procederá a consignar algunas precisiones sobre los diversos grupos de minerales que diferencia la ley para los efectos de su aprovechamiento; por ahora precisaremos la naturaleza jurídica de cada uno —especialmente en aquellos casos que se ha llamado a alguna duda—, pues ello nos servirá como antecedente necesario para verificar el tipo de procedimiento concesional que corresponde para cada cual, y su régimen jurídico, a cuyo estudio nos abocaremos en el capítulo siguiente.

La regla la proporciona la misma Constitución, a través de una cláusula general: "El Estado tiene el dominio (...) de todas las minas"; se exceptúan luego algunas, como las arcillas superficiales, y a otras, sin exceptuarlas del dominio público, se las sujeta a diferentes regímenes de aprovechamiento.

Entonces, en este orden, veremos: a) aquellas sustancias minerales que no constituyen parte de las minas del dominio público; y, luego, b) y c) aquellas que sí son parte de él, pero que están sujetas a regímenes de aprovechamiento diverso, según su importancia y si se las considera concesibles o no concesibles (esto es, susceptibles o no de ser aprovechadas a través de la concesión), en los términos que se señalará.

a) *Arcillas superficiales*

Están excluidas, jurídicamente, de la clasificación de minas; por lo tanto, no son dominio público, ni están sujetas al sistema de aprovechamiento regulado por la legislación minera. En este caso operan las leyes civiles, por lo que se produce una accesión al fundo; son *pars fundi*. Esta afirmación resulta del texto de la ley, que las excluye expresamente en los siguientes términos: a) la Constitución, que, luego de declarar el total dominio del Estado sobre las minas, señala que ello es "con excepción de las arcillas superficiales" (art. 19 Nº 24 inc. 6º); b) por otro lado, la LOCCMi establece que, para los efectos de las concesiones mineras, que han de recaer sobre sustancias minerales, "no se consideran sustancias minerales las arcillas superficiales, las salinas artificiales, las arenas, rocas y demás materiales aplicables directamente a la construcción, todas las cuales se rigen por el derecho común o por las normas especiales que a su respecto dicte el Código de Minería" (art. 3º inc. 5º), y c) lo que ratifica el CMi: "No se consideran sustancias minerales y, por tanto, no se rigen por el presente Código, las arcillas superficiales y las arenas, rocas y demás materiales aplicables directamente a la construcción. Las salinas artificiales formadas en las riberas del mar, lagunas

o lagos, tampoco se consideran sustancias minerales..." (art. 13 incs. 1º y 2º).

No se debe pensar que todas las arcillas, arenas y rocas no son minas a los efectos de la ley; sólo están excluidas aquellas "aplicables directamente a la construcción", pues si para su aplicación necesitan transformaciones que alteren sus cualidades físicas o químicas,[511] su situación variará y pasarán a ser, legalmente, minas.

En este sentido, el Código actual sigue a la legislación anterior, que, en materia de rocas y arenas, establecía igual disposición; en virtud de ello conviene recordar que la Comisión Revisora de ese Código de 1932 dejó constancia de lo siguiente:

> 1º) Que se reservan al dueño del suelo únicamente las rocas que, extraídas de la tierra, se emplean directamente en la construcción; en consecuencia, son denunciables las rocas (por ejemplo, mármoles) que también se emplean en la construcción, pero que son motivo de determinadas preparaciones industriales para usarse con tal fin. 2º) Que la cal y el yeso son denunciables, porque no se aplican directamente en la construcción, sino que requieren ser sometidos a tratamientos especiales para servir en las obras de construcción. 3º) Que la piedra chancada es material aplicable directamente a la construcción y pertenece, por tanto, al dueño del suelo. 4º) Que las arenas comunes, que no necesitan lavados o procedimientos especiales, quedan igualmente reservadas al dueño del suelo.[512]

b) *Las demás sustancias minerales*

Las demás sustancias minerales constituyen, en sentido jurídico, minas; por lo que forman parte del dominio público minero. Si bien algunos grupos de minerales, por variadas razones, están sujetos a regímenes jurídicos especiales, ello no altera su calidad de dominio público; en todo caso, para los efectos de conocer desde ya una clasificación que será determinante para la distinción de los diferentes regímenes jurídicos de aprovechamiento que veremos *infra*, revisaremos ahora cada una de estas clasificaciones legales.

Diferenciaremos, antes que nada, a) aquellas sustancias que son susceptibles de concesión, de b) aquellas que no lo son; la razón de esta diferencia la marca la propia Constitución, sujetando a diversos regímenes de aprovechamiento (extremo que se

---

[511] Cfr. RUIZ BOURGEOIS, *Instituciones* (n. 16), p. 58.

[512] Citado por RUIZ BOURGEOIS, *Instituciones* (n. 16), 1, p. 57.

estudiará *infra*) a algunos minerales, por la importancia que ella les asigna; como quiera que sea, la regla general es el aprovechamiento a través de concesión manteniéndose ésta como la institución jurídica central en esta materia; de ahí la clasificación de las minas, precisamente, en concesibles y no concesibles (siendo todas ellas, en todo caso, dominio público).

b') *Sustancias concesibles*

1º Regla general

De acuerdo al art. 3º inc. 2º de la LOCCMi, son concesibles "todas las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presente, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional que tengan acceso por túneles desde tierra".[513] Esta misma declaración es repetida por el art. 5º del CMi.

¿Qué importancia tiene esta cláusula? Que se ha establecido por el legislador una regla general; las sustancias minerales están sujetas al régimen general de la concesibilidad, menos —obviamente— las que se declaran no concesibles por la misma ley.

2º Desmontes, escorias o relaves

Constituyen también el dominio público minero y son, además, concesibles, todas las sustancias minerales contenidas en desmontes, escorias o relaves, abandonadas por su dueño (art. 3º *inc* 3º *LOCCMi), cuyo régimen de aprovechamiento regula el CMi,* y que veremos *infra.*

3º Minerales de valor estratégico

Del mismo modo son dominio público, y concesibles, los minerales de valor estratégico; son de valor estratégico el torio y el uranio, los que se sujetan a normas especiales (que veremos *infra*), las que otorgan al Estado la primera opción de compra (institución jurídica novedosa, que huye de la reserva estatal establecida, por ejemplo, en España).

---

[513] La Constitución, recuérdese, usaba sólo la expresión genérica: "todas las minas", agregando: "comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles" (art. 19 Nº 24 inc. 6º) [los hidrocarburos son no concesibles: *vid. infra*].

b") *Sustancias no concesibles*

Por otro lado, existen sustancias que no son concesibles; ello sólo significa que a su aprovechamiento no se puede acceder mediante concesión, pues la regla general en Chile es el aprovechamiento privado de los minerales; el aprovechamiento de estas sustancias (que estudiamos *infra*) podrá efectuarse directamente por el Estado o por sus empresas (situación excepcional, que requiere autorización de ley,[514] o por medio de concesiones administrativas (las otras concesiones son siempre otorgadas en sede judicial)[515] o de contratos especiales de operación, formas de aprovechamiento que, por su carácter especialísimo, quedarán fuera de nuestra actual investigación. Este tipo de sustancias que, a pesar de formar parte del dominio público minero, no son concesibles, son las siguientes:

1º Los hidrocarburos

Los hidrocarburos líquidos o gaseosos (art. 19 Nº 24 inc. 7º Const.; art. 3º inc. 4º LOCCMi, y art. 7º CMi), que están sujetos a un régimen de contratos especiales de operación, cuyos términos "no afectarán en caso alguno el dominio del Estado sobre los yacimientos de hidrocarburos y demás elementos y compuestos químicos que los acompañan, no constituirán concesiones, no conferirán ningún derecho sobre dichos hidrocarburos, elementos y compuestos, ni concederán facultades de apropiación o aprovechamiento sobre los mismos".[516]

---

[514] El art. 19 Nº 21 inc. 2º de la Constitución señala: "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado". Las leyes de quórum calificado requieren para su aprobación, modificación o derogación, de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio: art. 63 inc. 2º de la Constitución.

[515] Pero las concesiones, ora se otorguen en sede administrativa o en sede judicial, siempre tendrán una misma naturaleza jurídica; *vid. supra* cap. VI.

[516] Cfr. art. 2º del Decreto Ley Nº 1.089, de 1975, que establece normas sobre contratos especiales de operación para la exploración y explotación o beneficio de yacimientos de hidrocarburos. Este Decreto Ley ha sido modificado por el Decreto Ley Nº 1.820, de 1977, por el art. 55 de la Ley Nº 18.482 y por el art. 14 de la Ley Nº 18.737, y cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) Nº 2, de Minería, de 1986 (Diario Oficial de 30 de marzo de 1987).

2º Yacimientos bajo las aguas marítimas

Los "yacimientos de cualquier especie existentes en [sic][517] las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional" (art. 19 Nº 24 inc. 10º Const.).[518]

3º En zonas de seguridad nacional

Los "[yacimientos] situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional" (art. 19 Nº 24 inc. 10º Const.).

4º Exclusión legal: el litio

El litio no es concesible, por expresa mención del art. 3º inc. 4º de la LOCCMi, criterio ratificado en el art. 8º del CMi, como podrá serlo, por las mismas razones allí señaladas, otro mineral en el futuro. Su régimen especial es consecuencia del sistema de concesibilidad establecido por la propia Constitución, pues de acuerdo a su texto (art. 19 Nº 24 inc. 7º), corresponde a la ley determinar qué sustancias, de todo el dominio público minero, pueden ser objeto de concesiones; la ley eligió el sistema genérico para la concesibilidad, y la excepción para la no concesibilidad, entre las cuales está precisamente —hoy— sólo el litio; de ahí su régimen especial. Al no existir reglamentación sobre su aprovechamiento por particulares, actualmente su exploración, explotación o beneficio sólo podrá efectuarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, en la terminología de los arts. 19 Nº 24 inc. 10º de la Const. y 8º CMi.

De la forma anterior ha quedado señalado el contenido del dominio público minero. Sus clasificaciones no deben ser olvidadas, pues de acuerdo a ellas se elabora su régimen de aprovechamiento.

---

[517] Es insólito el error de señalar los yacimientos "en" las aguas; ello ha motivado una original e irónica calificación de tales sustancias como "yacimientos mineros flotantes". Cfr. BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo, *La recepción del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, 11, 2-3 (1981), p. 523.

[518] Se comprenderá que en esta casuística —por exceder los marcos de tratamiento esencial, principal, del régimen minero que nos hemos trazado— no es necesario que abundemos más allá de señalar su existencia.

CAPITULO VI

EL PROCEDIMIENTO CONCESIONAL MINERO

SUMARIO:

I. PROEMIO. 1. *La concesión minera en la historia.* 2. *La concesión en el derecho minero.*

II. DE LAS CONCESIONES EN GENERAL Y DE LA CONCESION MINERA. *Introducción.* a) La concesión en el derecho administrativo. b) Limitaciones de este estudio. 1. *Teoría de la concesión.* A) La técnica concesional. B) Naturaleza jurídica de la concesión administrativa. a) Las teorías contractualistas. aa) La concepción contractual originaria. bb) Crítica y abandono de la concepción puramente contractual: el acto mixto. b) La concesión como acto unilateral. c) Cuatro ideas fundamentales son las que conforman el concepto de concesión. 1º La evolución histórica. 2º La búsqueda de un concepto unitario: la transmisión de funciones. 3º La concesión es un acto administrativo. 4º La relación jurídico-concesional. C) Clasificaciones. a) División según la existencia de interconexión entre concesiones. b) Según la situación jurídica creada. c) Concesiones constitutivas y traslativas. D) La concesión y las figuras afines. a) Confusión como consecuencia de una crisis conceptual. b) Distinción con el género "autorización". 2. *Caracterización de las concesiones mineras.*

III. EL PROCEDIMIENTO CONCESIONAL MINERO CHILENO. 1. *Aspectos generales.* a) Aclaración previa. b) Acepciones de concesión. c) Formas de acceder a la explotación minera. d) Objeto del derecho de aprovechamiento minero. e) Forma, cabida y lados de la concesión. 2. *Procedimiento de constitución de las concesiones mineras.* A) Características comunes. a) Es un procedimiento no contencioso. b) Papel del juez. c) Publicidad. d) Aspectos técnicos. Nociones de proyección geográfica. e) Competencia. f) Inicio. B) Concesión de exploración. a) El pedimento. b) Solicitud de sentencia. c) Sentencia constitutiva. C) Concesión de explotación. a) La manifestación. b) La solicitud de mensura. c) La operación de mensura. d) El acta y plano de mensura. e) Informe técnico. f) Sentencia constitutiva.

I. PROEMIO

1. La concesión minera en la historia

Hemos concluido en la Primera Parte de este trabajo, a través de nuestro intento de reconstrucción histórica de los principios generales del ordenamiento jurídico de la minería, que, desde sus orígenes, la idea concesional siempre estuvo presente en el derecho minero.

Si bien en el derecho romano clásico ello es difuso —ya que sólo vislumbrábamos gérmenes—, en el derecho provincial romano existe perfectamente diseñado un procedimiento concesional, a través del cual se otorgaban a los particulares derechos reales de aprovechamiento: *ius occupandi* y *ius proprietas*, para explorar y explotar, respectivamente. En el derecho romano postclásico, el procedimiento se generaliza, produciéndose una variada terminología, que hasta hoy no se uniforma, a partir de institutos como "registros", "licencias", "autorizaciones", "mercedes", etc. Pero a pesar de toda esta variada gama de términos, en definitiva, ello se homogeneizaría (al menos en doctrina) en una única institución, en una única abstracción y precioso instrumento del derecho: la concesión minera.

Y, como ya lo hemos dicho, a partir de aquí, el papel de la concesión minera como centro nervioso o centro motor de todo el régimen jurídico de la minería no perderá jamás vigencia en toda la historia jurídica. Es ésta, pues (como lo pretendemos probar, por lo demás, con nuestro trabajo todo), una de las grandes constantes de la historia jurídica.

En efecto, un procedimiento concesional rigió en el derecho español medieval, a través de "licencias y mandados" y "mercedes", lo que en la época moderna se perfecciona a través de la introducción de los "registros". Estas ideas se trasladan al derecho minero indiano, donde, desde un inicio, se exige "licencia" para las exploraciones y explotaciones mineras, desembocando luego, en los ordenamientos locales, en un sistema concesional que exigía previos "registros", "pedimentos" y "manifestaciones", con una regulación y terminología que aún perduran en las legislaciones hispanoamericanas.

En la última etapa de la evolución histórica reseñada, el derecho contemporáneo, el "sistema concesional" opera a través de tramitaciones administrativas (ya sea en sede propiamente administrativa o en sede judicial) perfectamente diseñadas, pasando a ser la única forma de obtener derechos mineros.

En suma, en derecho minero, la institución más tradicional y persistente en su historia es la concesión minera, que, a través

de diversas terminologías, siempre ha sido, en esencia, lo que hoy llamamos como tal.

2. La concesión en el derecho minero

Y esto es así pues la concesión ha venido a encajar en el ordenamiento minero con una precisión técnica difícil de lograr. Es la concesión el gozne que permite articular —en pos de un interés público— estos tres elementos tan disímiles: 1) existencia previa de una *publicatio* sobre un sector completo de la economía; en otras palabras, de un dominio público sobre las minas, que sólo permite a la Administración su aprovechamiento por ella misma o entregar a los ciudadanos su aprovechamiento; su traspaso como tal no es permitido por la misma lógica del sistema; 2) creación administrativa de un derecho real de aprovechamiento a favor de los particulares que no involucre, jurídicamente, el traspaso del dominio estatal sobre las minas, ya que, como se ha dicho, es inalienable, y 3) la mantención del poder público, con el objeto de tutelar, a través de la intervención administrativa, el cumplimiento de los fines de interés público. A la vez, recuérdese, en cada uno de estos elementos se encuentra una de las principales características del derecho minero.

Así, a través de la institución de la concesión, tanto los particulares como el Estado han encontrado un medio eficaz para compatibilizar sus dos intereses propios: el interés del particular de adquirir un derecho de explotación, y satisfacer así su deseo de obtener ventajas personales; y el interés del Estado de satisfacer el interés público permitiendo y promoviendo la explotación de las riquezas naturales, sin menoscabo del interés común.

No obstante, con el fin de diseñar (desde el punto de vista jurídico, y usando los principios del derecho administrativo) una teoría de la concesión minera, debemos diferenciarla claramente de otras especies de concesiones. Como la evolución histórica ha sido diferente para esta terminología común, dividiremos su tratamiento, en este capítulo, del siguiente modo:

a) revisaremos la teoría de la concesión administrativa en general, con la intención de, a la vez, ubicar los elementos distintivos de la concesión minera y su naturaleza jurídica, y

b) en fin, revisaremos detalladamente la regulación legal de las concesiones mineras.

Sólo dedicaremos estos análisis a verificar, primero, su naturaleza jurídica, y, luego, el procedimiento de constitución, porque, en definitiva, como tendremos ocasión de justificarlo, la concesión es un instrumento, un título de derechos.

Los otros principios que conforman la matriz disciplinar del derecho minero serán estudiados en los capítulos subsiguientes.

Así, los derechos y obligaciones que se crean para el particular (concesionario), los estudiaremos en el cap. VII, y la intervención administrativa que se arroga el Estado frente al concesionario, en el cap. VIII.

II. DE LAS CONCESIONES EN GENERAL Y DE LA CONCESION MINERA

INTRODUCCIÓN

a) *La concesión en el derecho administrativo*

Como idea básica, debemos señalar que el estudio de la concesión, como figura típica del derecho administrativo que es, debe ubicarse dentro de lo que en derecho administrativo se ha llamado teoría general de la relación jurídico-administrativa.

Por otro lado, la concesión es una de varias figuras del acto administrativo, y ello es así pues si entendemos por acto administrativo un acto de un poder público sujeto al derecho administrativo, de carácter unilateral y no normativo,[519] analizando la declaración que contiene toda concesión, llegamos fácilmente a dicha conclusión, con las notas especiales que intentaremos perfilar.

Es importante también reconocer —desde un inicio— que, como se ha puesto de relieve, "pese a la importancia que la doctrina del acto administrativo tiene en la construcción del derecho administrativo, para muchos concepto troncal de nuestra disciplina, y pese a contar con una elaboración legal, jurisprudencial y científica que dura ya casi cien años o quizás algunos más, es lo cierto que todavía estamos ante una unidad jurídica de contornos no claramente perfilados".[520]

Con las precauciones anteriores (y las limitaciones que señalamos más adelante), entonces, entraremos en materia.

---

[519] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (n. 68), 2, p. 96.

[520] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO (n. 68), 2, p. 94. Esta misma idea de la ambigüedad, véase en: BOQUERA OLIVER, J.M., *Estudios sobre el acto administrativo* (Civitas, Madrid, 1982), p. 17.

b) *Limitaciones de este estudio*

No obstante que aquí nos ocuparemos, en general, de precisar los conceptos básicos de la teoría concesional, hay dos criterios básicos, o limitaciones en nuestro tratamiento, que se deben tener en cuenta:

— en primer lugar, nos ocuparemos sólo de la concesión de dominio público, en general, y, en especial, de la concesión minera y de los efectos que en ella ocasiona —o puede ocasionar— esa teoría general, teoría que hoy, como veremos, se nos presenta un tanto ambigua, dada la confusión doctrinal (en la que aún nos sentimos incluidos, obviamente) y legislativa sobre la materia; y

— en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, esto supone dejar fuera los demás tipos más caracterizados de concesiones.[521] Así, no se verán aquí las concesiones de servicio público, de obra pública, ni las consecuencias de tal teoría general en las concesiones sobre otras especies de dominio público, distintas de las minas. Sólo se usarán como conceptos generales,[522] en ocasiones, para hacer más patentes o distinguibles algunas características de las concesiones de dominio público y, especialmente, de las mineras.

1. Teoría de la concesión

A) LA TECNICA CONCESIONAL

¿Qué tipo de acto administrativo es la concesión? Los actos administrativos, como hechos jurídicos voluntarios que son, contienen una declaración, la que puede ser de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio.[523] Pues bien, las concesiones son de aquellos actos en que se contiene una declaración de voluntad. Para algunos, esta declaración de voluntad, incluso, es negocial,[524]

---

[521] Según la clasificación tripartita aceptada por la doctrina más autorizada. Cfr. González Navarro (n. 68), 2, p. 202, quien distingue entre: concesiones de servicio público, concesiones de obra pública y concesiones de dominio público.

[522] Una exposición de la aplicación de estas diferentes especies a un ámbito específico, el local, véase, para España, en: López Pellicer, José y Sánchez Díaz, José, *La concesión administrativa en la esfera local, Servicios, obras y dominio público* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1976).

[523] Cfr. González Navarro (n. 68), 2, p. 98, con un gráfico análisis de su génesis: de las funciones del espíritu.

[524] Cfr. García Trevijano, J.A., *Los actos administrativos* (Madrid, Editorial Civitas, 1986), pp. 232 y ss.

lo que, como veremos, no es aceptado generalmente por la doctrina.

Pero como hay muchos tipos de actos administrativos que pueden significar una declaración de voluntad y no sólo la concesión, la doctrina ha propuesto una serie de clasificaciones para su exposición dogmática, entre las cuales la más satisfactoria —para nosotros— es aquella que distingue entre:

— actos que amplían la esfera jurídica de los administrados;
— actos que modifican o resuelven relaciones jurídicas, y
— actos que restringen la esfera jurídica de los administrados.

La concesión, como demostraremos, es de aquellos actos que amplían los derechos del administrado, pues la palabra misma —concesión—[525] indica que la Administración entrega alguna facultad o derecho —poder, en fin—[526] al interesado. Por lo tanto, el concesionario, en su virtud, siempre adquiere un derecho, *ex novo*, el que antes no formaba parte de su patrimonio.

De este modo, surge aquí la justificación del uso de esta técnica, que no es sino un modo más del sistema general de las intervenciones administrativas sobre las situaciones jurídicas privadas,[527] y es desde esta perspectiva como se comprenderá mejor lo que hemos dicho *supra* sobre los elementos que armonizan la concesión: a) el dominio público; b) la creación de un derecho *ex novo*, y c) la intervención administrativa subyacente. Estos elementos, por lo demás, incardinados en torno a la concesión como están, configuran dogmáticamente todo el sector minero, desde el punto de vista jurídico.[528]

Las medidas de intervención de actividades privadas por la Administración pueden alcanzar grados muy intensos mediante esta técnica específica: la eliminación total de las titularidades

---

[525] El *Diccionario de la Lengua Española* (n. 3), p. 352, define "concesión", desde el punto de vista técnico-jurídico, por lo demás muy correctamente, así:

> Otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local.

[526] GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (n. 68), 1, p. 548, al exponer las razones del nacimiento de estas relaciones jurídicas, señala que pueden nacer porque surge una relación de poder o porque surge una relación de deber, e incluye a la concesión entre los casos en que nace un poder (p. 549). Del mismo modo, GARCÍA TREVIJANO (n. 524), p. 233, habla de entrega de poderes.

[527] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*[2] (Madrid, Editorial Civitas, 1981), 2, p. 131.

[528] Cfr. este capítulo, I, 2.

privadas previas en el sector de que se trate y su traslado a la titularidad pública,[529] desde la cual se dispensan posibilidades parciales de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional.

Así, la libertad queda sustituida por una concesión administrativa otorgada por el poder, que configura facultades, pero también configura, a la vez, el deber de ejercerlas en un determinado sentido y siempre con la extensión que la Administración determine. La Administración, en este caso, no se encuentra con situaciones jurídicas previas: las crea, las configura, las delimita. Y esto es muy importante, pues no se trata la concesión de una técnica que limite derechos, que supondría su existencia previa y su contenido "normal", sino de algo en esencia distinto, de una "delimitación" originaria de los mismos, que surgen como tales, originariamente, de la acción administrativa.[530]

En definitiva, para que la Administración pueda disponer de estos poderes configuradores de derechos privados, ha de apoyarse en una titularidad previa y exclusiva sobre un sector de actividad (como es el caso del sector minero, existiendo previamente en él una dominicalidad pública absoluta), y desde dicha titularidad funda un régimen concesional de actuación privada en ese sector.[531]

No debe perderse de vista que, como se ha puesto de manifiesto,[532] la concesión permite: a) elegir los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la indicada actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga (posibilidad que —agregamos— no siempre, sin embargo, aprovecha la legislación); b) tasar de una manera previa y bien delimitada el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, en función del objetivo social que con ello se pretende; c) imponer, a la vez, el ejercicio de una manera forzosa, de modo que elimine la posibilidad de un no ejercicio, que se juzga contrario al interés general, todo ello bajo la fiscalización administrativa; y d) en fin, reservar la posibilidad de una caducidad de los derechos otorgados, o de un rescate de los mismos, o de una reversión a tiempo establecido, en virtud de una titularidad remanente y última que permanece en la Administración, desde la cual se efectúa y se apoya todo el proceso interventor descrito y que puede recuperar la plenitud de facultades con vistas, o bien a una explo-

---

529 Es el caso, obviamente, de la dominicalización pública (o *publicatio*) previa de las minas. Cfr. el texto del art. 19 Nº 24 inc. 6º de la Const.: "El Estado tiene el dominio (...) de todas las minas..."

530 Cfr. García de Enterría y Fernández (n. 527), p. 132.

531 *Vid.*, en este sentido: Ariño Ortiz, Gaspar, *Tres lecciones sobre servicio público* (Alcalá de Henares, ENAP, 1971), pp. 53 y ss.

532 Cfr. García de Enterría y Fernández (n. 527), p. 133.

tación directa ulterior de la propia Administración, o bien a una nueva distribución concesional a favor de nuevos titulares (todo ello, es obvio, por lo demás, previa expropiación y pago de la indemnización correspondiente).

A partir de estas ideas sobre la técnica interventora es posible efectuar cualquier desarrollo dogmático ulterior sobre cada sector en que esté configurada. Nosotros, obviamente, la desarrollaremos sobre el sector minero, a través del planteamiento dogmático que sigue, no sin antes precisar algunos conceptos sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa en general, género del que es especie la concesión minera.

B) NATURALEZA JURIDICA DE LA CONCESION ADMINISTRATIVA

La naturaleza jurídica de la concesión administrativa ha sido un aspecto muy debatido en el derecho administrativo,[533] llegándose incluso a afirmar (en consonancia con nuestra advertencia señalada *supra*) que el término "concesión" sería uno de los más vagos del derecho administrativo,[534] lo que no es sino consecuencia de esta misma discusión doctrinal, y del hecho innegable que en la terminología del derecho público la palabra "concesión" se emplea con frecuencia en sentidos diferentes, lo que provoca fastidiosas confusiones,[535] como asimismo (y éste es el caso más frecuente, en general, en la legislación) el hecho de que a la figura abstracta concesión (acto que crea derechos *ex novo*, en síntesis, a nuestro juicio) se le otorgan con frecuencia otras denominaciones por la propia ley (ya "permiso", ya, incluso, confundiendo *genus*, "autorización", etc.), cuando su naturaleza corresponde precisamente a la de concesión.[536]

---

533 Cfr., en este sentido, los antecedentes en: SILVESTRI, Enzo, *Il riscato delle concessioni amministrative* (Milán, Giuffré Editore, 1954), p. 18; y, posteriormente, en: SILVESTRI, voz *Concessione*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milán, Giuffré Editore, 1961), 8, p. 373.

534 Cfr. VEDEL, Georges, *Droit Administratif* (París, Presses Universitaires de France, 1980), quien comienza así el tratamiento de la materia: "*Le terme de 'concession' est l'un des plus vagues du droit administratif...*" (p. 1047). En traducción española a la 6ª ed. francesa: VEDEL, *Derecho Administrativo* (Madrid, Aguilar, 1980), p. 708.

535 Cfr. DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho público*, en *Las transformaciones del derecho (público y privado)* (trad. castellana, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975), p. 84.

536 GARRIDO FALLA (n. 374), 2, igualmente conteste con la complicación del tema, señala como causas: el hecho de ser la concesión un típico acto unilateral; que puede ser de servicio como de dominio público, dando nacimiento a un posible derecho real en este último caso; y que la situación jurídica del concesionario se regula tanto por las cláusulas específicas de la concesión como por preceptos reglamentarios (p. 306). En realidad,

En esta actual confusión, ya de fondo, ya terminológica, han colaborado tanto la doctrina como la legislación. La doctrina, a través de su frecuente disconformidad en cuanto a la naturaleza jurídica (muy natural, por lo demás), aspecto que trataremos seguidamente. La legislación, a través de un distanciamiento terminológico de los avances doctrinales, introduce nuevos polos de tensión, al tratar de encasillar en un mismo contenido intrínseco diferentes denominaciones.

Pues bien, en doctrina se han formulado tres teorías sobre la naturaleza jurídica de la concesión: a) la concesión como acto unilateral, tesis de origen predominantemente italiano; b) la concesión como acto bilateral, o como contrato de derecho público, tesis de origen predominantemente francés, y con alguna acogida en la antigua doctrina española, y c) como un reflejo de la anterior: la teoría del acto mixto (por lo que las estudiaremos conjuntamente).

Por tratarse de una discusión del derecho público moderno suficientemente conocida (y teniendo nosotros mismos ya una clara posición al respecto, pues consideramos a la concesión como un "acto" unilateral, según habrá quedado claro en diferentes alusiones realizadas en el texto *supra*), sólo nos referiremos a ella en sus aspectos sustanciales.

Entonces, las tres teorías señaladas son:

a) *Las teorías contractualistas*

Estas teorías contractualistas fueron adoptadas, desde un inicio, por la doctrina francesa, y están fundadas en la idea central de que en toda concesión existe una base contractual, indisolublemente ligada a ella misma.

aa) La concepción contractual originaria

Desde el siglo XIX y hasta comienzos del actual, la concesión fue considerada por la doctrina francesa como un contrato puro y simple, en virtud del cual (como un contrato privado más, pero con los aspectos diferenciales que se acotaban) un particular se obligaba con la Administración a una determinada prestación, siempre de carácter público. Los autores que propugnaban esto unían inseparablemente el carácter convencional de la concesión con la presencia del servicio público;[537] ellos no podían concebir

pensamos que éstas no son más que aspectos de la relación concesional y no causas objetivas de la complicación dogmática del tema.

[537] Recuérdese que es precisamente el "servicio público" el criterio

que un acuerdo bilateral no fuese otra cosa que un contrato. Por lo tanto, la concesión de servicio público era analizada como un contrato que comportaba una obligación del poder público para los efectos de ocupar el dominio público y de percibir las tasas sobre los usos del servicio respectivo.[538]

bb) Crítica y abandono de la concepción puramente contractual: el acto mixto

Criticada ampliamente por los grandes autores del derecho administrativo moderno francés,[539] esta concepción puramente contractual ha sido abandonada desde hace largo tiempo por la doctrina. Las razones de este abandono, según André de Laubadère,[540] son: de una parte, la situación de los terceros beneficiarios que, al no ser mencionados, produce una desfiguración en la teoría de la estipulación por otro; y, de otra parte, en las relaciones entre el concedente y el concesionario, el acuerdo de voluntad no puede ser considerado como contractual en razón del objeto sobre que recae dicho acuerdo. Este objeto es la organización y funcionamiento de un servicio público del que la Administración debe conservar constantemente la dirección; una materia tal escapa —obviamente— al dominio contractual en virtud del principio fundamental según el cual la organización de los servicios públicos es de la competencia unilateral y exclusiva de los poderes públicos.

Por estas razones, se comienza a elaborar en Francia, fundamentalmente, una concepción más moderna para explicar la naturaleza jurídica de la concesión: la teoría del acto mixto. Si la concesión no es pura y simplemente un contrato, ello no significa que no pueda serlo de algún punto de vista. La concesión es, en

central, y único, de la acción administrativa, según el derecho administrativo francés decimonónico.

538 Así pensaban, entre otros: LAFERRIÈRE, DELELLEAU, AUGER, BERTHELEMY, MOREAU, AUCOC, DALLOZ y el propio HAURIOU, en sus primeros tiempos. *Vid.*, por todos: HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif* (París, Edit. L. Larose et Tenin, 1893), p. 357.

539 Sobre todo a partir del conocido comentario de HAURIOU a una sentencia del *Conseil d'Etat*, de 1904. *Vide* su: HAURIOU, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal de Conflicts, publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1929* (París, Sirey, 1929), 3, p. 81. En esta misma línea, cfr. DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel* (París, Ancienne Libraire Fontemois y Cie., éditeurs, 1930), 3, p. 446; JÈZE, Gastón, *Principios generales de derecho administrativo* (trad. cast., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1941), 3, pp. 361 y ss.; y LAUBADÈRE, André de, *Traité de droit administratif*[8] (París, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980), 1, p. 642; etc.

540 LAUBADÈRE (n. 539), p. 641.

efecto, para la naciente nueva doctrina francesa, y predominante hoy en día, un acto mixto, una mixtura: mitad reglamentario, mitad contractual (*mi-réglamentaire, mi-contractuel*).[541] Esta idea, que es hoy unánimemente admitida en Francia,[542] puede ser comprendida en dos sentidos diferentes, pero que, en el fondo, dicen relación con una idea fundamental: el acto mixto. Siempre se parte de la presencia en el acto concesional de un aspecto reglamentario y de otro contractual, y, según los casos, normalmente serán de carácter reglamentario todas las condiciones que afecten directamente al servicio público, y contractuales, las que determinen relaciones entre ambas partes.

b) *La concesión como acto unilateral*

Las teorías unilateralistas son propugnadas por aquellos que, estimando inadmisible la figura del contrato de derecho público, y considerándolo fuera del sistema de los actos administrativos, estiman que estos actos (entre los que se ubica la concesión) sólo pueden concebirse como resultado de la voluntad unilateral de la Administración.

En síntesis, para llegar a tal conclusión se parte de la base de que, tanto en su origen como en su desarrollo, el concepto de "interés público" ejerce una eficacia decisiva, frente al cual toda manifestación de índole contractual queda desvirtuada por la absoluta preeminencia de aquel elemento. Ello impide, obviamente, la aplicación de cualquier principio de derecho contractual.[543]

Dentro de esta corriente, merecen una atención particular (por ser, en el fondo, el origen de toda esta reflexión) los escritos juveniles de Oreste Ranelletti sobre la autorización y la concesión administrativa, pues el gran renovador de los planteamientos que hasta esa fecha se hacían (con mucha acogida, sobre todo por la gran influencia continental de las doctrinas contractualistas francesas, vistas *supra*, letra a), y, en fin, las soluciones contenidas en sus escritos han condicionado notablemente gran parte de la doctrina sucesiva.[544] Ranelletti se aboca

---

541 Cfr., por todos, en Francia: LAUBADÈRE (n. 539), p. 642.

542 *Vide*, en Francia: LAUBADÈRE (n. 539), p. 642; en España: ALBI, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales* (Madrid, Aguilar, 1960), p. 516.

543 *Vid.* exposición, aun cuando él no preconiza tal teoría en el valioso libro de ALBI (n. 542), p. 514.

544 Cfr., por todos: D'ALBERTI, Marco, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle publiche amministrazioni* (Nápoles, Jovene Editore, 1981), pp. 89 y ss.

al estudio de la autorización y de la concesión con el fin de construir una teoría parcial del acto administrativo,[545] que el autor realiza siguiendo un método estrictamente inductivo, partiendo de los varios tipos regulados por el derecho positivo y del examen de la doctrina y de la jurisprudencia. Su construcción mira directamente a la concesión; la dogmática de la autorización es enteramente derivada de aquélla.

¿Cómo desarrolla su tesis? El problema de fondo sobre la naturaleza jurídica de la concesión se vincula con el hecho de si de la relación concesional subsisten obligaciones recíprocas para las dos partes, en particular obligaciones del concesionario.[546] Algunos sectores de la doctrina italiana y francesa habían considerado al acto fuente de obligaciones para el concesionario, como contrato (*vid. supra* letra a), resultante de la voluntad del concesionario mismo y de la aceptación de la Administración; o bien como declaración unilateral del privado formando contrato con el acto de concesión (ídem, *vid. supra* teoría mixta). Para resolver el problema, Ranelletti aplica la indicación ya de la doctrina unilateral de lengua alemana, ya de la prevalente doctrina italiana, inspirada en la línea de *"pubblicizzazione"*,[547] trazada por Mantellini y Orlando, anteriormente, en Italia.

Así, la *causa obligationis* del concesionario es diferente a la que persigue la Administración: la "utilidad pública", el "interés general".[548] Y cuando el fin directo de la actividad administrativa es el cuidado del "interés público", la Administración "obra como *autoridad*, según la norma de derecho público: todo esto revela la calidad de *acto de imperio* del acto de concesión".[549] De aquí Ranelletti concluye —con lógica irrefutable— que si tal acto es de imperio, no es concebible que en su formación participe el privado concesionario, "que por su condición no puede comportarse como autoridad", y no es posible la unión de dos voluntades y de actos de naturaleza diversa.[550]

En definitiva, para Ranelletti, en las concesiones que comportan obligaciones para el concesionario hay fundamentalmente dos negocios jurídicos distintos: a) de un lado, la declaración de voluntad del privado, que se expresa en la solicitud y en el

---

[545] RANELLETTI, Oreste, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, en *Giurisprudenza Italiana* (1894), IV, col. 11. Este, y los siguientes trabajos de RANELLETTI que citaremos, constituyen, sin duda, importantes aportes del derecho público italiano de fines del siglo pasado. El solo impacto de su doctrina lo demuestra.

[546] Cfr. D'ALBERTI (n. 544), p. 92.

[547] Cfr. D'ALBERTI (n. 544), p. 92.

[548] RANELLETTI, *Concetto e natura* (n. 545), col. 60.

[549] RANELLETTI, *Concetto e natura* (n. 545), col. 62 (énfasis en el original).

[550] RANELLETTI, *Concetto e natura* (n. 545), col. 63.

acto de obligación, del cual derivan, como efecto jurídico, obligaciones para el concesionario y derechos para la Administración concedente. Este es un *"negozio unilaterale di diritto privato"*, que no forma con tal aceptación un contrato, pues la aceptación de la Administración en cuanto dirigida al cuidado del interés público, es un acto unilateral de imperio o preparatorio de la concesión, y, como tal, no tolera fusión con declaraciones de voluntad privada;[551] y b) de otro lado, el acto de concesión es un *"atto amministrativo unilaterale d'impero"*, del cual derivan obligaciones para la Administración y derechos para el privado concesionario.

De esta construcción dogmática resultarían importantes consecuencias para la institución concesional, vinculando definitivamente a la concesión con el acto de imperio, que en derecho público es siempre acto administrativo, y, por lo tanto, la imposibilidad del engendro "contrato de derecho público" entre el Estado y el súbdito, aspecto que desarrollaría el mismo Ranelletti en trabajos posteriores.[552]

Esta misma línea seguiría más tarde Ugo Forti,[553] quien (a pesar de su deseo de mantener a toda fuerza la terminología de "contrato de derecho público", más que nada —pensamos— como el fruto de un compromiso con la tradición doctrinal), intenta una ligazón más íntima entre los actos autónomos del interesado y la Administración, de cuyo resultado nace la concesión. Incluso, el "fondo contractual" de su doctrina[554] impide indicar con claridad su posición; no obstante, por señalar al acto de concesión, en definitiva, como un acto de imperio (aun cuando ésta tenga un "fondo contractual", a su manera de ver), lo ubicamos aquí, por seguir esta importante línea de pensamiento iniciada, en este sentido, por Ranelletti. Posteriormnte, tal tesis pasó a adquirir carta de ciudadanía en la doctrina italiana, a partir de los trabajos de Zanobini, que se suscribió por la idea de la concesión como un acto administrativo unilateral.[555]

---

551 RANELLETTI, *Concetto e natura* (n. 545), col. 65.

552 Nos referimos a sus trabajos: RANELLETTI, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, en *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* (Torino), XVII, fasc. I (1894), pp. 3-100 y pp. 315-372; y RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, en *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, publicado en las siguientes partes: XIX (1895), pp. 3-107; XX (1895), pp. 255-337; XXI (1896), pp. 77-172; XXI (1896), pp. 350-379, y XXII (1896), pp. 177-277. La *"facoltà create"* de la concesión es, como hemos dicho, un derecho real administrativo, cuya naturaleza jurídica es desarrollada, desde el punto de vista dogmático, tempranamente por RANELLETTI. *Vide* su *Facoltà create* (esta n.), XXII (1896), p. 251.

553 FORTI, Ugo, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, en *Giurisprudenza Italiana*, 52 A (1900), IV, cols. 396-429.

554 FORTI, (n. 553), col. 396.

555 Cfr. ZANOBINI, Guido, *L'esercizio privato delle funzioni e dei ser-*

Del mismo modo, gran parte de la doctrina italiana sigue tal predicamento.[556]

En Alemania también sigue esta opinión Mayer,[557] para quien es muy claro que la concesión es un acto administrativo, y que la única razón que explica todos estos esfuerzos doctrinales, "todos esos rodeos que sólo sirven para confundir las cosas más simples", es el hecho de que no hay todavía una idea bastante clara y precisa del acto administrativo.[558] En definitiva, para él se trata de un acto jurídico de derecho público, en virtud del cual se crean derechos y deberes.[559]

En España, en esta misma línea, incluso, García Trevijano ha llegado a señalar que la concesión es el acto administrativo por antonomasia.[560]

En conclusión, de acuerdo a esta tesis, que, en el fondo, es abiertamente anticontractualista,[561] la concesión surgiría, en esencia, de un acto constituido de la sola voluntad de la Administración. Entonces, las dos declaraciones de voluntad que, sin embargo, concurren (aquella de la Administración y aquella del interesado), se concretan en dos actos distintos y unilaterales. Uno asume la posición de acto principal, y por eso mismo operativo de la relación; mientras que el otro —el del privado—, según si interviene antes o después del acto de concesión, asumiría el relieve de simple presupuesto o de condición de eficacia del mismo.

---

vizi pubblici, en *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo italiano* (dir. por V.E. ORLANDO, Milán, Società Editrice Libraira, 1897), 2, III, p. 426 (indudablemente, junto con los trabajos de RANELLETTI, una brillante teorización sobre el instituto que estudiamos); y, posteriormente, en su: ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo* (Milán, Giuffré, 1947), 1, p. 201.

---

556 Así: CAMMEO, VITTA, D'ALESSIO, GULLO, PRESUTTI, OTTAVIANO, etc., pudiendo, asimismo, encontrarse una completa reseña bibliográfica, en lo que a Italia respecta, en: SILVESTRINI, *Concessione* (n. 533), pp. 385-386.

557 MAYER (n. 342) 4, pp. 161 y ss.

558 Debe considerarse que esto lo dice este autor en el año 1906, año de edición de su obra (este tomo 4) en francés: *Le droit administratif allemand* (París, 1906), de que es traducción la edición castellana que seguimos. La edición original en lengua alemana es de 1895. En todo caso, hoy han cambiado las cosas, y hay bastante más claridad, dentro de lo aceptable, en lo que se refiere al acto administrativo.

559 MAYER (n. 342), p. 162.

560 GARCÍA TREVIJANO (n. 542), p. 240.

561 Así: SILVESTRI, *Concessione* (n. 533), p. 374.

Cuatro ideas fundamentales son las que conforman el concepto de concesión

La idea global de concesión debería, a nuestro juicio, estar conformada de cuatro ideas fundamentales: a) de la vinculación estrecha de la idea concesional a su evolución histórica; b) de la dificultad de elaborar un concepto unitario, común a toda concesión (minera, de aguas, o, en general, de dominio público, o de obra pública, o de servicio público), como resultado de involucrar, dogmáticamente, una idea única; c) estrechamente vinculado a la discusión sobre la naturaleza jurídica de que se dio cuenta *supra*, que toda concesión es siempre un acto administrativo, y d) a partir del acto constitutivo, instrumental, surge una relación jurídico-concesional.

A partir de estas cuatro notas trataremos de configurar lo que nosotros entendemos, en general, por concesión administrativa; concepto del cual desgajaremos un tipo específico de concesión: la concesión minera, que es el objeto de nuestro desarrollo posterior.

1º La evolución histórica

Primeramente, y en relación con la pervivencia histórica de la idea concesional, como ha puesto de manifiesto Villar Palasí[562] con intención general (por un lado, y, por otro, también respecto de las mineras, como hemos podido comprobar en nuestro desarrollo histórico de la Primera Parte), la concesión administrativa no sólo ha pervivido a los cambios de orientación institucional, sino que se ha ido ajustando flexiblemente a las nuevas exigencias del tiempo; en efecto, de las antiguas concesiones de la época romana a las más modernas, hay, por lo tanto, "no sólo una mera comunidad genérica remota, sino un común origen de trayectoria y un parentesco histórico".[563]

Por lo tanto, así como lo hemos constatado nosotros respecto de la idea concesional en materia minera, Villar Palasí lo constata respecto de las otras especies de esta institución, desde la primitiva cesión vectigal hasta la moderna "concesión indus-

---

562 VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 687.

563 VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 687. Agrega que el progreso de cada forma específica de concesión ha ido esfumando esta comunidad genérica, mas es evidente que pese a tales diferencias, no hay necesariamente que renunciar a la construcción de una idea unitaria, basada en la comunidad genérica y de génesis de las formas concesionales de la actualidad (p. 687). Idea que compartimos, y desarrollamos en el texto.

trial",[564] lo que no es sino, efectivamente, la muestra de la "energía potencial tremenda" (en la expresión de Villar Palasí) de la idea concesional, adaptable entonces, agregamos nosotros, a cualquier tiempo y Estado u organización social, y que, en su noción matriz, ha sobrevivido a veinte siglos de historia jurídica.

2º La búsqueda de un concepto unitario: la transmisión de funciones

En segundo lugar, no podemos olvidar que esta misma razón es la que deja en evidencia la necesaria búsqueda de unas ideas comunes, aun cuando ya parece claro que, en el estado actual de cosas, es muy difícil la elaboración de un concepto unitario, lo que ha inducido a gran parte de la doctrina a dejar de lado tal tarea.

Según esta posición, en esta materia debiera ya pensarse en la misma relatividad conceptual que, con mucho realismo, y con evidente fruto, ha propugnado González Navarro,[565] tanto para el concepto de personalidad jurídica (donde habla de la escala de personalidad pública) como para el concepto de dominio público (*ídem*, de la escala del dominio público). Seguimos esta idea, y pensamos que es perfectamente posible propugnar en esta materia, por ejemplo, una escala concesional o autorizacional, pero siempre separando géneros, los cuales (pues es la única forma de entendernos: creando unidades jurídicas, tal como señala también el mismo González Navarro) deben siempre partir de una idea básica. Por lo tanto, la labor consiste en ubicar la existencia de una idea central de concesión, la cual (dentro de su género) puede tener efectivamente gradaciones, pero ello no puede significar confundirla con el género autorizacional.

Por otro lado, si la concesión ha aparecido (o, más correctamente, se ha mantenido) persistentemente a través de toda la historia jurídica, desde su aparición en el derecho romano, ya no sólo en el sector minero, sino en general, es posible pensar que ella debe obedecer a una idea común, a una sola idea central.

Así, la posibilidad abstracta de configurar esta noción única puede ser posible. Como lo inquiere Villar Palasí,[566] es posible, *a limine*, no sólo aclararlo sino también afirmarlo. Esta base común recoge el elemento más característico y notorio, como ya lo hemos dicho *supra*: el desgajamiento de una función de la

---

[564] Concepto creado por VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 687.

[565] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, (n. 68), 1, p. 591.

[566] VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 696.

Administración que se entrega al concesionario. De aquí parte una idea común, una idea matriz: la transmisión de funciones (en fin, una transmisión de poder);[567] a partir de esta idea es posible identificar las más diversas especies de concesiones: todas tienen esta raíz común.

Pues bien, si ya tenemos identificada a la transmisión de funciones como la idea que otorga unidad conceptual a las concesiones (ya de dominio público —entre las que se ubican las mineras—, ya de servicio público, ya de obras públicas), es necesario señalar hasta dónde llega tal homogeneidad, y dónde comienza la diferencia que, por sentido común, percibimos en cada una de las diferentes especies de concesiones respecto a las otras.

Pero antes de fijar nuestra atención en ciertos rasgos diferenciadores, no podemos olvidar otra idea que quizás nos ayude a reforzar esta concepción unitaria. Toda concesión, además de trasladar un derecho al concesionario, origina un rasgo común:[568] en toda concesión el concesionario es, en el fondo, un colaborador de la Administración en cuanto a la explotación del dominio público o la gestión de un servicio público, por ejemplo. Es por ello que este traslado que implica colaboración hace surgir otro rasgo: una relación duradera entre concesionario y Administración.

Es muy acertada la afirmación de Cano Tello en el sentido de que *habría profundas diferencias entre las distintas nociones* de concesión.[569] En la concesión de dominio público el interés público sería sólo reflejo, teniendo una pura eficacia interna, en tanto que en la concesión de servicio, la eficacia se da frente al público en quien se concreta *uti singuli* el interés de la prestación. La diferencia esencial entre ambas suertes de concesiones, en definitiva, la constituye la creación del derecho real del que es título la concesión de dominio público, en especial la minera.

De las ideas anteriores fluye con claridad que no se trata de que todo concesionario adquiera un poder o una función estrictamente pública (aunque el sentido común a veces así pueda percibirlo), sino que se trata de la adquisición *ex novo* de un derecho del que antes no se gozaba, ni podíase gozar, pues sólo puede otorgarlo la Administración, en virtud de la previa *publicatio* a que se ha sometido la actividad —la minería— que

---

[567] Cfr. González Navarro, *Derecho Administrativo Español* (n. 68), 1, p. 548, y García Trevijano (n. 524), p. 233, quienes creen ver aquí, en el fondo, una transmisión de poder por parte de la Administración (*vide*, además, *supra ab initio*). En contra: Cano Tello, Celestino *La hipoteca de concesiones administrativas* (Madrid, Editorial Montecorvo, 1973), p. 39.

[568] Así, entre otros: Villar Palasí, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 707, y García Trevijano (n. 524), p. 244.

[569] Cano Tello (n. 567), p. 43.

dice relación con tal derecho. Todo esto deja muy clara la íntima vinculación de los siguientes institutos administrativos frente al tema: 1) el dominio público *(publicatio);* 2) concesión (acto de la Administración que crea derechos, y que es, por tanto, un título); 3) derecho real administrativo, de aprovechamiento en materia de minas (derecho creado), y 4) la intervención administrativa (ámbito de la potestad administrativa que justifica todo lo anterior y que, en sustancia, permanece siempre vigente, con el fin de que se cumplan los fines de interés público).

Creemos que así queda resumida perfectamente la forma en que se armonizan estas instituciones en el sector minero y, además, queda en evidencia la importancia que ha tenido la historia jurídica para la creación de un concepto unitario de concesión.

3º La concesión es un acto administrativo

La tercera idea que considero básica en esta materia es la calidad de acto administrativo de la concesión: ésta es su naturaleza jurídica, en definitiva. Ello ha quedado claro desde el comienzo mismo de nuestra exposición sobre la naturaleza de este instituto, y es hoy la posición que ha aceptado la doctrina casi unánimemente, por ejemplo, en España.[570] Por lo tanto, en el estado actual, ya no es necesario abundar más en un aspecto claro para los cultivadores de la ciencia del derecho. Nosotros hemos justificado históricamente esta afirmación,[571] por lo que la nuestra no es una aceptación acrítica de tal naturaleza jurídica: nos ha parecido la única posible para la concesión minera,[572] sobre todo por el interés público que preside todo el instituto y que, como tan bien lo señala la Constitución de 1980, "justifica el otorgamiento de la concesión" (art. 19 Nº 24 inc. 7º).

---

[570] *Vid.*, por todos: García de Enterría y Fernández (n. 527), 1, p. 532; García Trevijano (n. 524), pp. 233 y ss.; Villar Palasí, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 703. No obstante, Cano Tello (n. 567), p. 43, parece confundir ésta, su naturaleza, con el derecho real que en su virtud se crea.

Esta confusión es generalizada en Chile, y es posible encontrarla en la propia legislación minera. Así el art. 2º del CMi señala que *"la concesión minera es un derecho real..."* La doctrina también suele confundir estos dos institutos jurídicos; así, por todos: Ossa Bulnes (n. 16), p. 53. Véase, además, cap. VII.

[571] Véase Primera Parte.

[572] No obstante, hay opiniones diversas, sobre todo para el caso particular de la concesión minera. Así: Fernández-Espinar (n. 420), p. 1310, señala que "la concesión minera ha tenido siempre y tiene naturaleza contractual —*quizás comparable a los contratos de adhesión*—, opinión que no podemos compartir y que demuestra la errónea penetración de conceptos civilistas en la disciplina del derecho minero, donde no cabe hablar ni de contratos ni de una especie de ellos. Por otro lado, Gallego Anabitarte, *El derecho de aguas en la historia* (n. 420), 1, p. 355, por su visión diferente de la naturaleza jurídica del "dominio" que el Estado

4º *La relación jurídico-concesional*

Una última idea, que nos parece fundamental, es que, a nuestro entender, a partir del acto constitutivo de la concesión (que, como tal acto, es un mero instrumento), surge una relación jurídico-concesional, *un especial tipo de relación jurídico-administrativa.*[573]

En el caso de las especiales relaciones que surgen a partir de la concesión minera, por ejemplo, vislumbramos un indudable y recíproco "entrelazamiento de poderes y deberes" (según la expresión de González Navarro)[574] y, obviamente, en su centro mismo, el derecho real administrativo que ha surgido de la concesión, como título de derecho. Estamos en presencia, entonces, *de un conjunto relacional complejo, en el que hay incluidas* potestades (de la Administración), deberes (de la Administración y del concesionario) y derechos (en nuestro caso, el más importante: el derecho real de aprovechamiento, especie de derecho real administrativo, alrededor del cual giran los demás). Por último, según la clasificación ofrecida por la doctrina para este caso, podría tratarse de un conjunto relacional estatutario, por partir de todo un complejo normativo que lo establece.

Y este concepto importantísimo, a nuestro juicio, de la relación jurídico-concesional es el que explicará, con una fluidez insospechada, la especial conformación del derecho de aprovechamiento minero, en que se entrelazan facultades y obligaciones (o: derechos-deberes) de su titular, lo que se produce, precisamente, *por estar imbuido este derecho minero en medio de una* relación jurídico-administrativa.

Por lo tanto, pensamos que es de suma importancia un mayor desarrollo de estos conceptos (sobre todo en esta materia de derecho minero, en otras parcelas donde exista este tipo de relaciones, como en el derecho de aguas, y, en especial, en los demás tipos concesionales que ofrece el derecho administrativo). De este modo, se podrán evitar también ambigüedades, pues actualmente suele emplearse la voz *"concesión"* para designar estos dos aspectos: a) el acto constitutivo de la relación jurídico-

---

tiene sobre las minas, habla de "resolución" o "contrato", según si se trata de terrenos francos o reservas donde se conceda el derecho al particular. Opinión que tampoco compartimos, por las mismas razones anteriores.

573 *Sobre el concepto de relación jurídico-administrativa, tan poco* explorado en el derecho administrativo, pero que su completa construcción abrirá indudablemente no pocas y fructíferas sendas, véase: GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (n. 68), 1, pp. 535 y ss., y sobre su estado bibliográfico, en p. 536, n. 1.

574 Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (n. 68), 1, p. 543.

concesional, esto es, el acto administrativo, y b) la relación jurídico-concesional a que hemos hecho mención. Si a ello agregamos que, en ocasiones, incluso, se suele confundir "concesión" con el derecho real que a partir de ella nace, otorgándosele a ella misma la naturaleza de derecho real, hace aún más patente la necesidad de una clarificación de estos conceptos.

Por último, creemos que es ésta una institución puramente administrativa, y en su construcción no se deben confundir dogmas del derecho civil (aun cuando tengan una gran riqueza jurídica), sin una previa criba, como ha ocurrido desde largo tiempo en esta disciplina. Obviamente, a menos que se trate de conceptos generales del derecho, que hasta ahora ha venido utilizando sólo el derecho civil.

C) CLASIFICACIONES

De esta idea común que hemos señalado a ciertos actos administrativos, esto es, que crean derechos *ex novo* a favor de particulares, y que se trataría, en el fondo, de funciones desgajadas de la Administración, es preciso escindir diversas clases de concesiones. Distinguiremos, entonces, las diferentes clasificaciones que es posible realizar sobre el género concesión, su naturaleza y, en definitiva, verificar la ubicación de las concesiones mineras.

a) *División según la existencia de interconexión entre concesiones*

La distinción más tradicional de las concesiones fue, partiendo de la de servicio público (idea que en un principio fue la base de la estructura concesional en Francia, pero con el quiebre de la noción de servicio público ya no fue posible basar el concepto de concesión en aquella noción) incluir en la categoría a aquellas de dominio público[575] ("demaniales", como erróneamente, a nuestro entender, denomina la doctrina, en un uso ya tan extendido que, por lo mismo, parece irreversible), y luego a las de obras.

Posteriormente se fueron produciendo interconexiones entre estos tipos de concesiones (especialmente entre concesiones de servicio y de dominio público)[576] basadas en el hecho histórico

[575] Cfr., por todos: FORTI (n. 553), cols. 377-378, criterio hoy ya ampliamente aceptado.

[576] Por la naturaleza de las cosas, es muy difícil pensar en una suerte de interconexión entre concesiones de dominio público y de obra pública, por ejemplo, por ser tan diferentes sus objetos, fuera del caso de una

de que el dominio ha sido la base de la concesión de servicios públicos,[577] pues la intervención administrativa se legitimaba en base al uso privativo del dominio, ejemplo de lo cual fueron los ferrocarriles.

Así, las interconexiones entre ambos tipos de concesiones podrían ser las siguientes:[578]

1) Concesión de servicios con otra, u otras, de dominio público subordinadas. Ejemplo: ferrocarriles;

2) Concesiones de dominio público con otra de servicio subordinada. El ejemplo más claro es la concesión de aguas públicas para el abastecimiento de poblaciones. Prevalece aquí la concesión de aguas (de dominio público), ya que sin ella el servicio desaparecería, y no por falta de base física, como ocurriría obviamente en el caso anterior, sino porque falta el objeto de la misma concesión;

3) Concesiones de dominio público subordinadas a otras de dominio público de mayor importancia. Toda concesión dominical suele llevar anexa la del dominio público necesario para su puesta en práctica. Ejemplo de ello es la concesión de aguas que comporta el dominio público necesario para la derivación; y

4) Las concesiones de dominio público puras o dominicales puras.[579] En este tipo no hay ninguna interconexión, y su ejemplo más claro es, precisamente (lo que justificó, entonces, la exposición de esta clasificación), la concesión minera.

Por lo tanto, luego de verificar este tipo de clasificación y sus interconexiones (y como lo diremos más adelante), podemos decir que la concesión minera es una concesión de dominio público, o dominical, que carece, en principio, de toda interconexión con otro tipo de concesión, razón por la cual se le ha incluido, con razón, entre aquellas denominadas "puras".

b) Según la situación jurídica creada

Otro criterio de entendimiento de las diversas clases de concesiones que derivan del género común, es la propuesta por Cino Vitta.[580] Según él, hay diversos tipos de concesiones en relación

---

obra en terrenos de dominio público, en donde habría sólo una concesión: la de obra pública.

577 Cfr. GARCÍA TREVIJANO (n. 524), p. 237.

578 Cfr. GARCÍA TREVIJANO (n. 524), pp. 237 y ss.

579 O, como las llama la doctrina, utilizando este italianismo erróneo para nuestra lengua, como hemos dicho: "demaniales puras": GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, VILLAR PALASÍ, etc.

580 Cfr. VITTA, Cino, *Concessioni (Diritto amministrativo)*, en *Novissimo Digesto Italiano* (Turín, UTET, 1959), 3, pp. 919-930.

a la situación jurídica subjetiva de la que el privado deviene titular, que serían las siguientes:

1) Aquellas que confieren un *status*, es decir, que dan lugar a una capacidad jurídica general, la cual vale respecto a todo otro sujeto de derecho, incluso la autoridad concedente.[581] En otras palabras: *erga omnes*. Los ejemplos más claros que entrega Vitta son: la concesión de ciudadanía (la llamada naturalización) y el reconocimiento de personalidad jurídica;

2) En lugar aparte se encuentran aquellas concesiones en que la Administración pública atribuye a un particular el ejercicio de un servicio público o de una empresa pública (que no analizaremos, obviamente, por no decir relación con nuestro tema); y

3) En tercer lugar se encuentra la concesión que atribuye al interesado un derecho subjetivo. Ejemplos de ello son los cambios de nombre, los premios al mérito, las medallas al valor, los títulos nobiliarios, pensiones de gracia, los títulos *honoris causa*, etc. Entran en esta última categoría también la concesión de un derecho al particular al ejercicio de una determinada profesión, las autorizaciones para llevar a cabo la caza, etc.

Según Vitta, constituyen atribuciones de derechos singulares asimismo las concesiones de uso sobre bienes,[582] siendo el caso más frecuente la concesión de uso de los bienes del dominio público, dentro de los que incluye (aunque en Italia forman parte del llamado "patrimonio público indisponible") a las concesiones mineras.[583]

En todas estas concesiones (de dominio público, entre las que Vitta, como hemos dicho, ubica a las concesiones mineras), el particular adquiere un derecho (subjetivo) que conlleva también para él obligaciones, pues el uso concedido no es completamente gratuito: está sujeto al pago de un canon, normalmente en proporción a la utilidad recibida, no pudiendo el privado usarlo o no según su arbitrio, sino que —a su juicio, y con razón— se le impone el deber de usar el bien que el Estado le ha concedido, bajo pena que la concesión sea revocada. Todo ello es así pues, según Vitta,[584] la utilización conveniente de los bienes concedidos está determinada por la utilidad pública; y si el concesionario no lo usa, es oportuna la revocación para otorgar el uso a otro que demuestre ser más meritorio.

---

581 Cfr. VITTA (n. 580), p. 920.

582 Cfr. VITTA (n. 580), p. 921.

583 Cfr. VITTA (n. 580), p. 921.

584 Cfr. VITTA (n. 580), p. 921. Prestamos atención a este planteamiento, pues, entronca con el tema del amparo y, como se verá, es lo que defendemos para el caso de la concesión minera, en Chile, a pesar de la diferente base legislativa.

Y aquí es precisamente que entroncan las concesiones mineras, y nuestra concepción *(vide supra)* de las mismas. No debe olvidarse que las concesiones ya no se consideran, como antaño, una forma de traspaso de algo así como una "propiedad" de los bienes, cual acto privado. La doctrina moderna, a partir de Mantellini,[585] considera a la concesión como un acto unilateral de derecho público *(vide supra)*, en que el pago de la tasa y el compromiso de cumplir las obligaciones por parte del concesionario tienen carácter accesorio frente a la voluntad expresa de la Administración pública.

c) Concesiones constitutivas y traslativas

Hay una clasificación que distingue, dentro del género común, los casos de pura constitución de un derecho privativo, de aquellos otros supuestos en que la creación del derecho concedido opera a base de transferir al administrado algo que antes virtualmente, y en potencia, tenía su existencia en manos de la Administración.

Se distingue, así, entre concesiones constitutivas y traslativas.[586] No se debe pensar que sólo las primeras son creadoras de derechos, pues por provenir de un mismo género *(vid. supra)*, ambas son creadoras de derechos. La distinción hace referencia, más bien, como lo señala con acierto el mismo Villar Palasí, a un *plus*, inherente a las segundas y de que las primeras carecen.

D) LA CONCESION Y LAS FIGURAS AFINES

Actualmente, en virtud de la ambigüedad doctrinal sobre la que venimos insistiendo desde un inicio, no hay una clara diferencia entre la concesión y otras figuras afines (por ejemplo, la autorización),[587] situación que, entre otras razones, ha sido provocada

---

585 Cfr. MANTELLINI (n. 249), 2. p. 506; y ahora, por todos, el mismo VITTA (n. 580), p. 921.

586 Cfr. VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 699.

587 *Vid.*, sobre el tema de la diferenciación de la concesión con otras figuras con las que usualmente se la confunde, entre otros: VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 696; ZANOBINI, *L'esercizio* (n. 555), p. 430; ZANOBINI, *Corso* (n. 555), 1, pp. 194 y ss., y 3, p. 385; GARCÍA TREVIJANO (n. 524), pp. 240 y ss.; D'ALBERTI (n. 544), pp. 330 y ss.; SILVESTRI, *Concessione* (n. 533), p. 371. La génesis de muchas de estas reflexiones se encuentra en el trabajo de RANELLETTI, *Facoltà create* (n. 552), especialmente, en cuanto al punto señalado: *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, XXII, fasc. 1 (1896), pp. 251 y ss.

por la actitud vacilante y, en ocasiones, contradictoria de la propia legislación.

a) *Confusión a consecuencia de una crisis conceptual*

El "embrollo terminológico" y conceptual[588] que se ha derivado en la construcción dogmática de la categoría concesional es, en nuestra opinión, manifestación de una larga crisis conceptual, aún no solucionada totalmente por la actual dogmática, y es fruto de la moderna y creciente intervención administrativa en amplios sectores de la actividad privada. Por lo tanto, así como Sandulli, en 1957,[589] visualiza una crisis conceptual de la categoría de la autorización administrativa,[590] muy vinculada se encuentra esta otra crisis de la categoría de la concesión administrativa; y en tal grado vinculada que es precisamente la confusión conceptual (o la no exacta delimitación de cada cual) entre concesión y autorización lo que la ha provocado en gran parte.

Mas, no es éste un tema en el que aquí podamos profundizar sin perder el hilo conductor de nuestras ideas; baste lo dicho para justificar, al menos, una diferenciación de la figura concesional con aquellas más afines, y con las cuales pudiera confundirse (como la propia legislación lo hace frecuentemente) en alguna ocasión.

Entonces, delimitaremos a continuación, lo más breve y claramente posible, las diferencias entre la concesión y la autorización (y, dentro de este género, con el permiso, la licencia, etc.), por constituir estas últimas las figuras afines con las que más suele confundirse.

b) *Distinción con el género "autorización"*

Frente al sistema concesional, que es una técnica adoptada por la Administración en las ocasiones que hemos señalado (*vid.* este capítulo, II, 1, A), *supra*: "la técnica concesional"), y dentro del mismo ámbito de incidencia de la acción administrativa so-

---

588 Cfr. ALBI (n. 542), p. 512.

589 SANDULLI, Aldo, *Notazione in tema di provvedimenti autorizzativi*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, VII (1957), p. 785.

590 Idea retomada luego en España por: MEILAN GIL, J.L., *Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (a propósito del régimen jurídico de las centrales lecheras)*, en *Revista de Administración Pública*, 71 (1973), p. 80.

bre las situaciones jurídicas del administrado, existe la técnica autorizatoria.[591]

Como hemos adelantado, sólo respecto de Italia, fue en el siglo pasado cuando se construyó, dogmáticamente, el concepto jurídico de autorización, con el objeto de englobar en él toda la suerte de intervenciones autorizatorias que se arroga la Administración, a través de las obras de dos grandes autores del derecho público, uno alemán y otro italiano: Mayer y Ranelletti.

Para Mayer[592] la *institución de la autorización se desarrolla* como un acto que remueve un obstáculo previo: la "prohibición de policía con reserva de permiso", que es una autorización previa establecida para ejercer algún tipo de empresa.[593] Para Mayer no se trata de la creación de nuevos derechos a favor de los individuos, ni de una previa *publicatio* de un sector de actividad por la Administración, sino simplemente de la comprobación de que el ejercicio de dicha empresa no produzca ninguna perturbación en la cosa pública.

La construcción de Ranelletti[594] (sobre la cual ya hemos abundado con anterioridad), ampliamente difundida en Italia,[595] y aún en España,[596] configura a la autorización como un acto destinado a remover límites de policía administrativa a derechos y facultades que ya el particular poseía con anterioridad. Así, supone en el sujeto autorizado la preexistencia de un derecho verdadero y propio, y que la autorización sólo permitiría su ejercicio.[597]

Pero, como lo han puesto de manifiesto García de Enterría y Fernández,[598] la realidad ha demostrado ser más compleja que lo que las construcciones de Mayer y Ranelletti permitían sospechar. De tal modo que la distinción no es tan simple,[599] y permite efectivamente hablar, con la entrada en escena de nuevas y cada vez más complicadas figuras, de la intervención adminis-

---

591 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (n. 527), 2, pp. 93 y ss., dentro de esta rúbrica común, estudia, como *genus* distintos entre sí: la técnica concesional, por un lado, y la técnica autorizatoria, por otro.

592 *Vid.* MAYER (n. 557), 2, pp. 59 y ss. (§ 21. "El permiso policial").

593 Cfr. MAYER (n. 557), 2, p. 59.

594 *Vid.* RANELLETTI, *Concetto e natura* (n. 545); RANELLETTI, *Capacità e volontà* (n. 552), y RANELLETTI, *Facoltà create* (n. 552), *passim.*

595 Véanse, entre otros, los autores citados en n. 71.

596 Cfr. VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 696, y ahora último, por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (n. 527), 2, p. 121.

597 Cfr. RANELLETTI, *Concetto e natura* (n. 545), col. 55; RANELLETTI, *Capacità e volontà* (n. 552), pp. 6 y ss. y p. 327, y RANELLETTI, *Facoltà create* (n. 552) [XX, (1895)] pp. 328 y ss.

598 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (n. 527), p. 121.

599 Como parecen acogerlo: VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 696, y MEILAN GIL (n. 590), p. 81.

trativa,[600] pues los derechos del particular normalmente ya no serán tales, sino que consistirán en ciertas facultades genéricas al libre desenvolvimiento, sirviendo la autorización como título de concreción.

En todo caso, y a pesar de la agudización de la crisis de la idea tradicional de la autorización, ella sigue siendo a nuestro juicio distinguible, en esencia, de la concesión (al menos en doctrina).[601]

Hay aspectos en los que insistentemente se producen acercamientos entre las concesiones y las autorizaciones, tanto que la doctrina ha llegado a pensar en figuras que podemos llamar "híbridas". Este es el caso de las llamadas "autorizaciones concesionales" (García Trevijano),[602] o de la denominada "autorización *ut facies*" (De Valles).[603] Estos acercamientos son dos: por un lado, como se ha dicho, la nota del derecho preexistente ya no es posible seguir sosteniéndola sino en un tipo de autorizaciones (aquellas de carácter reglado), existiendo en las otras cierto derecho antes inexistente; por otro lado, con la irrupción definitiva de las autorizaciones en el campo económico (y ya no sólo en su ámbito propio del orden público, en su triple dimensión comprensiva de la tranquilidad, seguridad y salubridad ciudadanas, en función de lo cual fue pensado su esquema inicial,[604] ya no se puede hablar de un desentendimiento posterior de la administración en lo que dice relación con la actividad o función autorizada, pues, por el contrario, con la creciente intervención del poder en dicho campo, en muchos casos se sigue manifestando una relación tan estrecha y permanente como en el campo concesional.

Por lo tanto, la diferencia fundamental que sigue siendo útil

---

[600] O, como dicen García de Enterría y Fernández (n. 527), 2, p. 121, de la "cada vez más ilusoria imagen de un derecho preexistente".

[601] Esta dificultad ha sido visualizada ya, para un caso específico: las concesiones de aguas, por: Fuentes Bodelón, Fernando, *Autorizaciones especiales y concesiones menores en materia de aguas públicas*, en *Estudios en homenaje al Profesor López Rodó* (Madrid, Universidad de Santiago de Compostela-Universidad Complutense-CSIC, 1972), 2, p. 453, el que, a pesar de las matizaciones que efectúa, llega a nuestra misma conclusión: la necesidad de buscar criterios diferenciadores entre las autorizaciones y las concesiones (p. 454). En este interesante trabajo se denunciaban para España (lo que es predicable, en general, para Chile), la dispersión normativa y la falta de rigor técnico del legislador, lo que sólo se percibe cuando se realiza un análisis detallado de los diferentes tipos de concesiones (o "autorizaciones") que contiene un régimen jurídico, como se hace en ese trabajo, respecto de las aguas.

[602] García Trevijano (n. 524), p. 243.

[603] De Valles, Arnaldo, *I servizi pubblici*, en *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, VI, 1 (Milán, Società Editrice-Librairia, 1930), p. 616.

[604] Cfr. García de Enterría y Fernández (n. 527), 2, p. 121.

a los efectos dogmáticos para diferenciar ambos *genus* o técnicas administrativas (esto es, la concesión de la autorización), es el dato de la existencia de una prohibición general previa que actúa sobre las actividades que se consideran como propias de los particulares (que sería el campo de la técnica autorizatoria), y la intervención a través de una previa *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos (que sería el campo de la técnica concesional).

Por lo tanto, aun cuando los elementos anteriores también siguen siendo útiles en algunos casos (derecho preexistente en la autorización y creación de derechos en la concesión; levantamiento de una prohibición simplemente en la autorización y relación permanente en la concesión), la diferencia fundamental para distinguir, dogmáticamente, en nuestra opinión, entre una técnica y otra, es el aspecto apuntado: por un lado, mera prohibición de una actividad particular cuyo obstáculo es removido, en la autorización, y, por otro, previa *publicatio*, en la concesión.

En otras palabras, sea cual sea la terminología que adopte la legislación, ello no escapará a que el jurista pueda, con su ojo avizor, enmarcar, dogmáticamente, la situación respectiva dentro de una técnica u otra. Siempre el jurista —que maneje adecuadamente los conceptos *ius* administrativos— podrá decir, en rigor ante qué técnica se está presente, aun cuando la ley haya equivocado su camino en cuanto a terminología se refiere.

No entraremos aquí en la innecesaria (y no siempre útil) matización entre los diversos tipos de autorizaciones,[605] pues nuestro interés estriba en la técnica concesional, única posible en materia minera, ya que existe aquí una previa *publicatio* innegable: la declaración de todo el sector (materialmente, en su objeto: los minerales) como parte integrante del dominio público. Lo reiteramos: en materia minera, entonces, sólo cabe hablar, dogmáticamente, de concesiones. Ni más ni menos administrativas, cualquiera sea la sede en que reciban tramitación, y, por último, ya sea que se las llame "judiciales" o simplemente "administrativas" (*vid.* art. 19 Nº 24 incs. 6º y 10º Const.).

2. Caracterización de las concesiones mineras

A la hora de analizar, dogmáticamente, lo que sean las concesiones mineras, como corolario, podemos decir, entonces, que la concesión administrativa es el género del específico tipo "concesión minera".

---

[605] *Vid.* García Trevijano (n. 524), p. 243. Véase una crítica a esta variedad terminológica, en: García de Enterría y Fernández (n. 527), 2, p. 119.

Las clasificaciones que hemos revisado *supra* nos permiten identificarla y diferenciarla de otras categorías de concesiones, con las cuales, como hemos dicho, a pesar de estar incluidas en el mismo género, guarda grandes diferencias. En el entendido de tratarse de una concesión de dominio público, en contraposición (haciendo uso de una de las más célebres clasificaciones en esta materia, cuyo análisis, como hemos dicho, lo hemos omitido aquí) a las concesiones de obra pública o de servicio público:

1º Es una concesión de aquellas denominadas "puras", pues no tiene interconexión necesaria con ninguna otra.

2º Es de aquellas en cuya virtud se crea un derecho subjetivo en favor del concesionario.

En efecto, de acuerdo a la clasificación de Vitta (estudiada *supra*), es correcta en el sentido que venimos propugnando, y ubica a la concesión minera entre aquellas que conceden al concesionario un derecho subjetivo (en este caso, real administrativo, sobre todo por la materia en que recae; o de aprovechamiento, por su finalidad), lo cual se encuentra de acuerdo con el más moderno desarrollo doctrinal en este aspecto.

En suma: de acuerdo a dicha clasificación, la concesión minera es de aquellas en que otorga la Administración un derecho subjetivo (real administrativo, de aprovechamiento), sujeto a obligaciones: pago de impuestos y trabajo efectivo, entre otras, por la utilidad pública envuelta en su otorgamiento.

3º En virtud de lo anterior, y a la vista de aquella clasificación que distingue entre concesiones traslativas y constitutivas (Villar Palasí), debemos hacer alguna precisión.

En lo que a nosotros concierne esta clasificación no nos ayuda de gran manera, pues engloba en una sola especie —traslativa— tanto a las concesiones de servicio como a las de dominio público, ya que en ambos casos hay la creación de un derecho a favor del privado, sobre la base de alguna función o alguna actividad de que la Administración (sea a través de la *publicatio* o de otro modo) se arroga monopolísticamente. De ahí que sea necesario encontrar una nueva división que diferencie sustancialmente estas dos formas de crear derechos.

Villar Palasí cree encontrar la diferencia esencial entre ambas suertes de concesiones en la calificación de derecho real que a la concesión de dominio público (y, por lo tanto, a la minera) afecta, "por su proyección fundiaria, que hace que al carácter excluyente o privativo (eficacia ergaomnial) se añada la idea de inmediatividad, provocando así el surgimiento de un derecho real inmobiliario".[606]

---

[606] VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 702.

En definitiva: la concesión minera, entonces, es una concesión traslaticia, cuyo *plus* es la creación de un derecho real administrativo.

Creemos que de este modo queda perfectamente identificada la concesión minera dentro de los demás tipos de concesiones de dominio público. Por otra parte, no debe olvidarse que la concesión minera es la principal institución de una disciplina autónoma: el derecho minero. Esto último (la autonomía del derecho minero) es también, por lo demás, entre otras, una clara consecuencia de las particularidades de la concesión minera.

III. EL PROCEDIMIENTO CONCESIONAL MINERO CHILENO

1. Aspectos generales

Previamente haremos una aclaración de orden general, para luego analizar las principales características que la legislación vigente en Chile señala para las concesiones mineras.

a) *Aclaración previa*

Ante la legislación chilena, podríamos decir (de acuerdo a lo afirmado *supra*) que la concesión minera es: un acto en virtud del cual se otorgan a su peticionario, una vez cumplidos los requisitos que establece la ley, derechos exclusivos de explorar y explotar —en el caso de las concesiones de explotación— y de hacer libremente calicatas y otras labores de exploración —en el caso de las concesiones de exploración—, y, en su caso, a hacerse dueño de todas las sustancias minerales que extraiga dentro de unos precisos límites territoriales (*vid.* arts. 28, 113 y 116 CMi). Esto es lo esencial, pues el concesionario tiene además, como veremos, otros derechos y otras obligaciones, emanados, en gran medida, de ese principal interés: la exploración y explotación de la riqueza minera, que, como actividad, no sólo interesa al minero, sino también a la comunidad, por ser de interés público.

No obstante que hay en el CMi suficiente apoyo para lo que decimos, existe en Chile una concepción diferente de lo que sea la concesión. Hemos visto que la naturaleza jurídica de la concesión es ser un acto de la Administración —incluso judicial—, en virtud del cual se otorgan derechos (y obligaciones). Normalmente, en materia minera, la dogmática jurídica otorga al

acto concesional la aptitud de otorgar derechos mineros, como el derecho minero por excelencia: el derecho de aprovechamiento de las minas. Si el Estado tiene el dominio de las minas, del cual no se puede desprender (pues es inalienable y exclusivo), otorga a los particulares, a través de la concesión —que es en sí misma un acto jurídico, un acto administrativo, un instrumento, un título; en fin, una técnica—, los derechos de aprovechamiento.

A pesar de la claridad de este planteamiento —ya viejo dentro del derecho administrativo—, en el CMi (y antes en la LOCCMi) se confunde la concesión con el derecho mismo. Así, en el art. 2º de la LOCCMi se dice que:

> Las concesiones mineras son derechos reales e inmuebles...

Del mismo modo, el art. 2º inc. 1º del CMi señala que:

> La concesión minera es un derecho real e inmueble...

De este modo, se separa, en alguna medida, de la clara concepción que está explícita en la Constitución, para la cual (art. 19 Nº 24 inc. 7º):

> Dichas concesiones (...) conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese...

Creemos que este distanciamiento del legislador del claro texto de la Constitución, y de la obvia naturaleza jurídica de la concesión (que no es un derecho, sino un título en virtud del cual, precisamente, nace tal derecho), está latente, oculto, pero implícito, su deseo de consagrar, para la relación del concesionario con la mina, algún título lo más cercano a la propiedad (lo que, si de seguridades se trata, como hemos dicho, es loable), o, en lo posible, algo que se lo pueda "confundir" o asemejar con ella.

El deseo de consagrar una "propiedad minera" para el particular ha llevado nuevamente a desnaturalizar una institución jurídica como la concesión, haciendo variar su contenido, desde el acto jurídico que es, naturalmente, a un derecho (que olvida, por supuesto, y en lo posible, las obligaciones que impone el interés público en esta materia, y que precisamente, como dice la Constitución, "justifica su otorgamiento"). Vemos aquí un nuevo intento por revertir un hecho indiscutible: el dominio inalienable y exclusivo del Estado sobre las minas.

Dejando de lado claros principios jurídicos, a través de esta calificación se "patrimonializa" la concesión (por darle algún nombre); lo que es una técnica administrativa para conferir derechos a los particulares (la concesión), se lo quiere transformar ("patrimonializar") en un derecho real; esta situación puede ser calificada como un claro intento de confundir las cosas, o, como se dice vulgarmente, no llamar a las cosas por su nombre.

Creemos que el derecho que se le otorga al concesionario debe tener las seguridades jurídicas necesarias, o acordes con

el riesgo que significa emprender una empresa minera, la que, además, es necesario que se emprenda en razón del interés nacional en que se exploten las riquezas mineras; pero estas seguridades deben darse respetando los postulados jurídicos, y, principalmente, los principios del régimen minero hoy consagrados expresamente en la Constitución. Si de estos principios aparece que no existe —ni ha existido jamás— una pretendida "propiedad minera", no se puede insistir en ello, aun en contra de la tradición y el derecho vigente.

Nosotros, por nuestra parte, queremos ser fieles a los principios o dogmas que hemos establecido en esta materia, y ellos dicen directa relación con este problema: a) el Estado tiene el dominio público de las minas; b) los particulares pueden acceder a ella mediante una concesión, y c) el derecho que se le otorga a través de esta técnica (la que hemos llamado "técnica concesional") es un derecho real administrativo, que en el caso específico de la minería denominamos "derecho de aprovechamiento".

Si mayoritariamente se pretendió establecer, al estudiar la nueva Constitución, una "propiedad minera", sinónima de propiedad privada,[607] y ello no resultó así en su redacción definitiva (*vid. supra* cap. V, III), no parece conveniente, por decir lo menos, tratar de desvirtuar su contenido por la vía del establecimiento de una legislación que "fuerza" y desnaturaliza los conceptos y principios jurídicos en esta materia.

Hecha esta advertencia, estudiaremos lo que señala la legislación fundamental (CMi y LOCCMi) sobre la concesión. Allí donde se dice impropiamente concesión por lo que no es más que el derecho que de ella nace, debemos anotar su verdadero significado. Nuestro esfuerzo en tal sentido, además, tiene por objeto mostrar los graves inconvenientes que al desarrollo dogmático del derecho minero podría acarrear la desnaturalización —premeditada, no caben dudas— que el legislador realiza sobre algunas instituciones, como es el caso de la concesión (y otros que notaremos más adelante: *vid.* cap. VII, III).

b) *Acepciones de concesión*

Como consecuencia de lo anterior, en la legislación encontramos dos acepciones a lo que es la concesión: a) como un título que confiere facultades (arts. 3º LOCCMi y 19 Nº 24 inc. 7º Const.), que es el sentido correcto, y b) como un derecho (art. 2º LOCCMi y 2º CMi), sentido incorrecto, a través del cual, como veremos,

[607] *Vid.* Comisión de Estudios, *Proposiciones e ideas precisas* (n. 483), p. 220, y *Texto del anteproyecto* (n. 485), p. 332.

se trató de vincular su naturaleza con la propiedad con un juego de disposiciones que veremos *infra* (cap. VII), y se trató de no mencionar nunca algún pretendido derecho de aprovechamiento (que es la verdadera naturaleza de los derechos que otorga la concesión), lo que podría haber desvirtuado la dialéctica de concesión-propiedad que se introduce. Sobre ello volveremos, en su lugar, al tratar específicamente de los derechos que otorga la concesión; por ahora, lo anterior basta para evitar los equívocos (o ser conscientes de ellos) y ambigüedades que se producirán en el estudio de las disposiciones del CMi.

c) *Formas de acceder a la explotación minera*

Existen en Chile cuatro formas de acceder a la explotación de la riqueza mineral, dependiendo algunas de ellas del tipo de sustancia que se quiera explotar.

1º Algunas sustancias, de aquellas no susceptibles de concesión (petróleo, litio, etc.), pueden explotarse directamente por el Estado o por sus empresas, sólo;

2º A la explotación de esas mismas sustancias, en ciertas ocasiones, los particulares pueden acceder, a través de "concesiones administrativas", según la Constitución, posibilidad no regulada por el legislador, hoy;

3º A las mismas sustancias no concesibles, como los hidrocarburos, se puede acceder a través de contratos especiales de operación, posibilidad señalada por la Constitución y reglamentada por el Decreto Ley Nº 1.089, de 1975, cit. *supra;* y

4º A todo el resto de los minerales, a través de concesión; la concesión se podrá solicitar tanto para explorar como para explotar; en otras palabras, existen concesiones de exploración y concesiones de explotación, las cuales otorgan derechos (y obligaciones) diferentes; aquélla está destinada básicamente a la búsqueda de minerales; ésta, al aprovechamiento y extracción de los mismos.

A las concesiones tendrán que recurrir tanto los particulares como el propio Estado (art. 5º inc. 4º LOCCMi), lo que reafirma aún más su carácter instrumental y no sustantivo, y, además, su carácter de figura central del régimen jurídico de la minería. Por tratarse ésta de la institución minera más particularizada, procederemos a su estudio en especial; no se estudiarán aquí ni las concesiones mineras de sede administrativa (posibilidad abierta por la Const., pero hoy no reguladas por disposición legal alguna), ni los contratos especiales de operación, por las razo-

nes ya señaladas antes. Tampoco veremos aquí la parte general de su desarrollo dogmático, de lo que ya nos hemos ocupado al inicio de este capítulo.

Las concesiones mineras, a partir de los datos fundamentales que establece la Constitución, se encuentran íntegramente reguladas en la LOCCMi y en el CMi (como asimismo, en algunos aspectos, en el RMi); a estos cuerpos legales nos referiremos constantemente.

d) *Objeto del derecho de aprovechamiento minero*

El objeto[608] sobre el que recae (o debiera recaer) el derecho de aprovechamiento otorgado en virtud de la concesión son "todas las sustancias concesibles que existen dentro de sus límites";[609] o, en términos más amplios, el concesionario podrá aprovechar todas "las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presente, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional a las que se tenga acceso por túneles desde tierra" (art. 5º CMi; ídem, art. 3º inc. 2º LOCCMi), y que se encuentren dentro de los límites de la extensión del terreno sobre que se ejerce su derecho.

En una forma sorprendentemente correcta se refiere al objeto el art. 3º inc. 1º de la LOCCMi; dice:

> Las facultades conferidas por las concesiones mineras se ejercen sobre el objeto constituido por las sustancias minerales concesibles que existen en la extensión territorial que determine el Código de Minería, la cual consiste en un sólido cuya profundidad es indefinida dentro de los planos verticales que la limitan.

No obstante, esto merece una pequeña explicación: es claro que el concesionario no tiene una relación de propiedad sobre

---

[608] Entiéndase aquí "objeto material" y no objeto en el sentido de finalidad. Véase cuidadosamente el art. 26 del CMi, que no aclara tal cuestión, dejando la ambigüedad conscientemente —pensamos—, como resultado del juego dialéctico que está latente en todo el contenido del CMi. Véase, además, nota siguiente.

[609] Cfr. art. 26 del CMi. Los límites a que se refiere son los de la extensión territorial de la concesión: *vid. infra*. Este artículo, el que está marcado por la ambigüedad a que hemos hecho mención, dice: *"La concesión minera tiene por objeto todas las sustancias concesibles que existen dentro de sus límites"*, no mencionando siquiera que de lo que realmente se trata es de aprovecharlas (y dejando, por lo tanto, ambiguo el hecho —que se quiere, al parecer, ocultar— de que no se tiene la propiedad sobre dicho objeto, sino el derecho de aprovechamiento).

las sustancias minerales que abarca la extensión territorial de su concesión; esas minas serán objeto material del dominio, ya como propiedad privada, del concesionario, sólo una vez que las extraiga (art. 11 Nº 2 LOCCMi y art. 116 inc. 2º CMi); pero antes de extraerlos tuvo que mediar el derecho de aprovechamiento, título de lo cual es, precisamente, la concesión.

El art. 26 del CMi ha introducido un nuevo factor de ambigüedad, pues, o sus expresiones no tienen sentido alguno (si se entiende "objeto" como finalidad) o estaría incompleto (pues, si se entiende "objeto" como cosa material, falta señalar las facultades que se tienen sobre tal objeto). Por lo tanto, una correcta técnica legislativa habría intercalado entre las palabras "objeto" y "todas", las expresiones "el aprovechamiento de" (si de finalidad se tratase).

No se pueden vincular las minas directamente como objeto de la concesión (que siempre dice relación con el "aprovechamiento": que no otra cosa es la explotación; o su preparación: la exploración), pues ellas son objeto de dominio público. Sólo se pueden vincular las minas como objeto del derecho de aprovechamiento (que otorga la concesión), y sólo una vez extraídas las sustancias minerales. En otras palabras, el concesionario no tiene un derecho directamente sobre todas las sustancias minerales que existan en el terreno que cubre su concesión, sino un derecho a aprovecharlas, y adquirirá un derecho directo (la propiedad) sólo una vez extraídas. A partir de ahí será objeto de su propiedad. Antes, las minas son objeto del dominio público minero.

Lo que ocurre en este lugar es que el CMi olvida señalar el "fin" para el que se conceden los derechos mineros, como algo previo a indicar su objeto material. Olvida que la propia Constitución señalaba la finalidad de las concesiones: obtener el desarrollo de la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento (art. 19 Nº 24 inc. 7º).

¿O es que no tiene un norte el legislador? ¿Por qué no dice para qué y por qué se otorgan concesiones? ¿Por qué mantiene esta ambigüedad (que sólo nos induce a pensar en una posible disconformidad de su autor con el texto constitucional)? Es obvio que no puede existir una concesión sin un objeto sobre que recaiga el derecho de aprovechamiento de que ella es título. Pero también es obvio que no puede existir una concesión que no esté dirigida a cumplir su fin, su objeto: satisfacer —como lo señala la Constitución— el interés público que hay envuelto en su otorgamiento, y que lo justifica. Y ¿cuál es este interés público? El interés público es lograr el aprovechamiento de la riqueza minera para el desarrollo del país. No conviene al país ni al interés público anteponer a esta finalidad la creación de un objeto de libre explotación —o de no explotación— y fruto de especulación

dañina a este mismo interés. Importa al país que se aproveche su riqueza mineral. Todo esto lo olvida el CMi en este lugar (y lo seguirá olvidando, más adelante, cuando, incumpliendo el mismo mandato constitucional, no establezca un régimen de amparo acorde con esta finalidad: *vid. infra* cap. VII, III), y ello induce al intérprete a confundir objetos.

En suma: a) un primer objeto (material) es la mina frente al dominio público minero; b) un segundo objeto (también material) son los minerales extraídos por el concesionario en el ejercicio del derecho de aprovechamiento que le otorga la concesión, y c) un tercer objeto, ya vinculado con los fines, con las funciones de la concesión, es el logro de una efectiva explotación de la riqueza mineral. En otras palabras, como veremos *infra*, la finalidad esta no sólo otorga al concesionario el derecho a explotar, sino que debe obligarlo a llevarla a cabo efectivamente. Entender esto de otra manera significa haber perdido la noción del interés público que hay envuelto en el otorgamiento de las concesiones, y entregarse de lleno en el otorgamiento de derechos sin obligación, los que, por lo tanto, además de contradecir un mandato de la Constitución y atropellar los intereses de la comunidad, chocan con el núcleo mismo del "sistema" del derecho minero.

En todo caso, ya tendremos ocasión de volver sobre este punto, *infra*.

e) *Forma, cabida y lados de la concesión*

La forma, cabida y lados de las "concesiones" [o, mejor dicho: "extensión territorial sobre que se ejercen los derechos mineros"] están regulados en los arts. 28 y ss. del CMi, y tienen mucha importancia para el procedimiento de constitución de las concesiones, pues son requisitos generales que habrán de observarse escrupulosamente, con el objeto —obvio— de evitar colisiones de derechos entre concesionarios.

1º En cuanto a la forma de una concesión minera, ella se refiere a su extensión territorial. Según el art. 28 inc. 1º del CMi:

> La extensión territorial de la concesión minera configura un sólido cuya cara superior es, en el plano horizontal, un paralelogramo de ángulos rectos, y cuya profundidad es indefinida dentro de los planos verticales que lo limitan...[610]

---

[610] El art. 3 inc. 1º de la LOCCMi sólo se refería a un aspecto de la forma; señalaba que *"la extensión territorial (...) consiste en un sólido cuya profundidad es indefinida dentro de los planos verticales que la limitan"*. Nótese que el legislador inaugura una tercera acepción de "con-

2º Los lados de la concesión han de tener, necesariamente, una orientación geográfica determinada; dice el art. 28 inc. 1º, *in fine*, del CMi:

> El largo o el ancho del paralelogramo deberá tener orientación U.T.M. norte-sur.

Así, dos pares de lados del paralelogramo tendrán orientación norte-sur, lo que determina, automáticamente, que los lados perpendiculares tendrán orientación oriente-poniente.

3º Las dimensiones también son objeto de límites legales. Así, de acuerdo al art. 28 inc. 2º del CMi:

> A voluntad del concesionario, los lados de la pertenencia, horizontalmente, medirán cien metros como mínimo o múltiplos de cien metros; y los de la concesión de exploración, también horizontalmente, medirán mil metros como mínimo o múltiplos de mil metros.

Así, no se admiten fracciones que no sean ni mayores ni menores que, en su caso, múltiplos de cien o de mil metros.

4º La cabida. Según el art. 28 inc. 3º del CMi:

> La cara superior de la pertenencia no podrá comprender más de diez hectáreas; ni más de cinco mil hectáreas, la de la concesión de exploración.

Si se relaciona esta disposición con el art. 46 del CMi (que estudiaremos *infra*), tenemos que la cabida de la concesión siempre formará un cuadrado o un rectángulo.

2. *Procedimiento de constitución de las concesiones mineras*

Pasamos a revisar ahora cómo es el procedimiento de constitución de las concesiones mineras en Chile.

A) CARACTERISTICAS COMUNES

Las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial. Veremos a continuación algunas características generales de este procedimiento, aplicables a los dos tipos de concesiones reglamentados en el CMi: de exploración y de explotación.[611]

---

cesión", ahora como un sólido. Por tanto, además de "patrimonializarla", se la "solidifica".

[611] No se debe olvidar, por otra parte, que si bien ésta es la forma de adquirir derechos exclusivos de exploración o aprovechamiento, existe, sin necesidad de este trámite, una facultad general de catar y cavar, con-

Debe recordarse, además, que la concesión siempre será la misma institución, sea que se otorgue en sede administrativa o judicial, ya que, por un lado, en ambos casos dichas sedes cumplen una función netamente administrativa[612] y, por otro, la institución concesional no varía de naturaleza, ella continuará siendo la misma, pues conferirá los mismos derechos y las mismas obligaciones. Por lo tanto, no se vean aquí motivos de mayor o menor seguridad jurídica para el derecho concedido, sino una mera elección del legislador por una sede más cercana a los numerosos conflictos que —en Chile— suscita la constitución de las concesiones mineras.

Por lo tanto, si bien en alguna medida, en este sentido ha habido una variación de los criterios legislativos,[613] ello, en rigor, no significa más que una modificación formal, de lugar, pero en nada varía la validez y contenido esencial de lo que es, y siempre ha sido, una concesión, cuya naturaleza —un mero título— no debe confundirse con el derecho que otorga.[614]

---

cedida a toda persona (*vid.* arts. 15 y ss. CMi); este tema, por relacionarse más con los derechos reales administrativos que se conceden en virtud de la concesión, será tratado conjuntamente con ellos en el próximo capítulo.

---

612 En este sentido, recuérdese, además, la idea de BALLBÉ, Manuel *La esencia del proceso (El proceso y la función administrativa)*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1947), 2, pp. 5-33, para quien "el proceso, como institución jurídica, es, en sí, administrativa y no jurisdiccional; los actos del proceso son actos administrativos y no jurisdiccionales" (p. 48), un tanto excesiva.

613 Antiguamente, las concesiones sobre yacimientos carboníferos se constituían en sede administrativa, siendo su otorgante el mismo Presidente de la República, a través de los gobernadores respectivos. (*vid.* art. 206 CMi de 1932 y arts. 83 y ss. de RMi del mismo año). Las demás concesiones se constituían en sede judicial.

614 Hay una variación importante en el CMi de 1983 respecto de los anteriores: se elimina definitivamente de la legislación toda mención a una mal llamada "propiedad minera", como sinónimo, a la vez, de concesión y de derecho de aprovechamiento (*vid.* art. 2º CMi de 1932: *"La propiedad minera que la ley concede se llama pertenencia"*). Esta trilogía conceptual para decir cosas distintas, sólo confusiones podía causar. En efecto, por ejemplo, en 1949, RUIZ BOURGEOIS, *Instituciones* (n. 16), 1, confundía: a) propiedad y concesión, haciéndolas sinónimas (dice, en p. 183, que la ley habría adoptado, en cuanto al procedimiento, un sistema de "concesión o propiedad"); b) se confundía también propiedad con el derecho que otorgaba; así, según él, "el derecho que la ley concede a los particulares para la explotación minera (...) no es otro que el de propiedad" (p. 153). No obstante, el mismo autor, más tarde, en 1962, se daría cuenta de su profundo error, y cambiaría su opinión (en un gesto que lo enaltece aún más), señalando que la concesión minera no es propiamente un derecho de propiedad minera, lo que es así "aunque las leyes erróneamente llamen propiedad privada a dichos derechos que no lo son...", indicando expresamente que el derecho que tiene el concesionario es un "derecho real de explotación minera", colocándose en la misma posi-

a) *Es un procedimiento no contencioso*

La primera gran característica del procedimiento de constitución de concesiones mineras es que se trata de aquellos que, a pesar de tramitarse en sede judicial (donde, como sabemos, normalmente se dirimen juicios), se denominan "no contenciosos", esto es, no puede haber contienda entre partes, en la medida de lo posible. En efecto, el art. 34 inc. 1º del CMi señala:

> Las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso, sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona.

De este modo, uno de los principales objetivos que se persiguen al elegir esta clase de procedimiento es evitar, a toda costa, los juicios.

La marcha del procedimiento es responsabilidad exclusiva del juez, y ninguna otra autoridad o persona tiene responsabilidad decisoria alguna al respecto. En este sentido, los informes del Servicio Nacional de Geología y Minería no tienen carácter vinculante para el juez, sino meramente ilustrativo (*vid. infra* cap. VIII, donde estudiaremos la intervención de dicho servicio, entre otras materias, en el procedimiento de constitución de las concesiones mineras).

b) *Papel del juez*

Corresponde al juez un estricto control de la corrección del procedimiento, verificando, a cada paso, el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que fija el propio CMi. En este sentido, el juez tiene amplias atribuciones, por lo que es fundamental la disposición del art. 86 del CMi.[615]

---

ción dogmática que nosotros propugnamos y defendemos; dice: "El concesionario minero privado no tiene en la mina propiedad o dominio (...) sino un derecho real para explotarla y apropiarse de los minerales que arranque y extraiga del yacimiento" (cfr. RUIZ BOURGEOIS, *Reflexiones sobre la propiedad minera* (n. 473), pp. 23-24. Una observación final: creemos que, en virtud de los planteamientos que desarrolla en este trabajo, RUIZ BOURGEOIS no debió haber hecho mención en el título de su monografía a una supuesta "propiedad" minera, o, por lo menos, debió haberla entrecomillado).

615 La segunda frase del inc. 4º (desde el punto y aparte) y el inc. 5º del art. 86 han sido agregados al texto primitivo del CMi en virtud de la modificación dispuesta en la Ley Nº 18.681, de 31 de diciembre de 1987, art. 94, e).

Esta facultad es muy importante, y, ante toda tramitación, cabe tenerla presente; con esto se pretende dar seguridad jurídica para el titular de la concesión, una vez otorgada.[616]

c) *Publicidad*

El procedimiento recibe una gran publicidad. Ello está justificado, por lo demás, por el interés público que hay envuelto en el aprovechamiento de los minerales y en el otorgamiento de derechos para ese fin, y, como es sabido, por la gran colisión de derechos que normalmente se producen en esta materia.

La publicidad se manifiesta de dos formas (además de la publicidad propia de todo expediente que se tramita en sede judicial, lo que es regla general): a) en la obligación de publicar en el Boletín Oficial de Minería ciertas peticiones que pueden afectar los derechos de los demás, y b) en la obligación de inscribir una serie de actuaciones en los registros respectivos del Conservador de Minas.

En cuanto a la publicación en el Boletín Oficial de Minería, se debe efectuar en los siguientes casos: se deben publicar las inscripciones de la manifestación y el pedimento (art. 52 CMi), la solicitud de mensura (art. 60 CMi), el extracto del informe del Servicio a que se refiere el art. 83 del CMi, el extracto de la sentencia constitutiva de la concesión (art. 90 CMi), etc.

En cuanto a la inscripción en el Conservador, se deben inscribir la manifestación, el pedimento, las sentencias, etc.; la reglamentación de lo cual está en el Tít. VII, "Del Conservador de Minas", arts. 99-106 del CMi.

d) *Aspectos técnicos. Nociones de proyección geográfica*

Es un procedimiento en que se debe prestar especial atención a los aspectos técnicos. Recuérdese, por ejemplo, la exigencia legal de indicar, en cuanto a la forma y ubicación de las concesiones (con uso de un sistema de proyección geográfica específico), las coordenadas planas universales transversales de Mercator (U.T.M.).

---

[616] En este sentido, es muy gráfica la expresión de RUIZ BOURGEOIS, Carlos, *Nueva legislación minera*, en *Primera Jornada de Actualización de Conocimientos Jurídicos* (La Serena, Colegio de Abogados, 1983), p. 10, quien dice (frente a la gran inseguridad que existía ante la antigua legislación): "Al estudiar títulos no vamos a tener que estar revisando expedientes, hoja por hoja, para ver si se incurrió o no en caducidad..."

Téngase presente, sobre todo por la amplia aplicación de estos conceptos en la legislación, que un sistema de proyección geográfica es una red ordenada de meridianos y paralelos que se utiliza como base para trazar un mapa sobre una superficie plana. El problema fundamental es trasladar la red geográfica, cuya forma real es esférica, a una superficie plana, de manera que la representación así obtenida del globo terrestre o parte de él posea un mínimo de exactitud y reúna el mayor número de ventajas posible para los fines a que se destine.[617]

Hay sistemas de proyección cenitales (acimutales), cónicos, cilíndricos y especiales. Dentro de las proyecciones cilíndricas está la de Mercator, que el CMi adopta, y abrevia, según el uso internacional: U.T.M.

¿Qué es la U.T.M.? Es una proyección para el trazado de un mapamundi, que se basa en una fórmula matemática, y fue ideada por Gerardus Mercator en 1569. Una explicación del principio en que se basa, sin recurrir a la expresión matemática, sería la siguiente: en cualquier proyección cilíndrica, si queremos que los meridianos aparezcan como rectas verticales paralelas y equidistantes, tendremos que proceder a la separación progresiva a medida que nos alejemos del ecuador. Tan sólo a lo largo del ecuador la distancia entre dos meridianos contiguos es la misma que sobre un globo de la misma escala ecuatorial. A fin de mantener su paralelismo, los meridianos, que en una proyección cilíndrica ordinaria tenderían a converger, deben separarse progresivamente a medida que nos acerquemos a los polos. El mapa de Mercator es verdaderamente conforme, y cualquier isla o país, por pequeño que sea, aparece en su forma real.

La única característica verdaderamente importante de la proyección de Mercator —y especialmente en materia de mensuras mineras— es que una línea recta trazada en cualquier parte del mapa, y en cualquier dirección, es una línea de orientación constante. La U.T.M. utiliza, entonces, un cilindro tangente al globo a lo largo de un par elegido de meridianos opuestos. La proyección se extiende indefinidamente a la izquierda y a la derecha. La escala de proyección es constante sólo sobre el meridiano central. Mediante una ligera modificación se ha conseguido dar un máximo de utilidad a la proyección de Mercator transversal, en que la escala será constante a lo largo de dos rectas paralelas sobre el mapa. Estas rectas equidistan del meridiano central. En los mapas trazados mediante la proyección de Mercator transversal, las dos rectas de la misma escala están separadas. La proyección de Mercator transversal es, por lo tanto, un instrumento excelente para trazar mapas topográficos a

---

[617] Cfr. STRAHLER, Arthur N., *Geografía Física* (trad. cast., Barcelona, Ediciones Omega, 1974), p. 21.

gran escala (y, por ejemplo, a este fin ha sido adoptado por la *U.S. Army Map Service*, desde la Segunda Guerra Mundial).[618]

El empleo de esta proyección geográfica, por su fijeza y precisión, además de su invariabilidad física, otorga una mayor certeza material a los derechos de los concesionarios. Además de ello, no se olvide el carácter estrictamente técnico que tiene el acto de la mensura, reglamentado en los arts. 26 y ss. del RMi, cuya realización está entregada, por lo mismo, a un ingeniero civil, ingeniero de minas o a un perito.

Sobre el cumplimiento de estos requisitos técnicos le corresponde un importante papel de asesoría al Servicio, si bien no obligatoria, pero "cuasi vinculante" para el juez, por la autoridad técnica —una verdadera *auctoritas*— de quien se la presta.

e) *Competencia*

Según la ley (art. 37 CMi): "será competente para intervenir en la gestión de constitución de las concesiones el juez de letras en lo civil que tenga jurisdicción sobre el lugar en que esté ubicado el punto medio señalado en el pedimento, o el punto de interés indicado en la manifestación".[619] Esta misma regla es ratificada en el art. 231 del CMi.[620]

f) *Inicio*

Se debe tener presente, como lo señala el art. 35 del CMi, que:

> El procedimiento de constitución de la concesión minera se inicia con un escrito que para la concesión de exploración se denomina pedimento y, para la de explotación, manifestación.

Luego de estas características comunes, estudiaremos, a continuación, separadamente: a) la constitución de la concesión

---

[618] Cfr. STRAHLER (n. 617), pp. 37 y ss. Otros antecedentes, en: MONKHOUSE, F.J., *Diccionario de términos geográficos* (trad. cast., Barcelona, Oikos-tau, 1978), voz *Proyección de Mercator*, p. 373; y GEORGE, Pierre, *Dictionaire de la Géographie* (París, Presses Universitaires de France, 1974), voz *Proyection de Mercator*, p. 349.

[619] Sobre lo que son el "punto medio" y el "punto de interés", *vide infra*, respectivamente, cuando tratemos los requisitos del pedimento y de la manifestación.

[620] Además, el art. 38 del CMi establece una regla especial para el caso que dichos puntos sean señalados con error, por no estar deslindados los territorios jurisdiccionales por líneas naturales ostensibles.

de exploración, y b) la constitución de la concesión de explotación.

B) CONCESION DE EXPLORACION

El procedimiento de constitución de la concesión de exploración comprende, fundamentalmente, los siguientes cuatro aspectos: a) la solicitud de pedimento; b) dentro de los trámites posteriores al pedimento, la solicitud de sentencia; c) el informe del Servicio (aspecto que, no obstante, no veremos aquí, sino en el cap. VIII), y d) la sentencia constitutiva de la concesión de exploración.

Está reglamentado en los arts. 34 y ss. del CMi: Tít. V, *"Del procedimiento de constitución de las concesiones mineras"*. La ley lo regula en conjunto, en sus normas básicas, con la concesión de explotación, lo que nosotros separaremos, para facilitar la exposición.

a) *El pedimento*

Se llama pedimento, de acuerdo al art. 35 del CMi, el escrito con que se inicia el procedimiento de constitución de la concesión de exploración.[621] El pedimento debe cumplir los requisitos formales que indica la ley.[622]

En cuanto a la superficie pedida, ¿cómo se individualiza? En este sentido debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 28 del CMi (*vid. supra*), sobre la forma de las concesiones y su extensión mínima y máxima. Debe cumplirse la obligación técnica de señalar (art. 43 Nº 2º CMi):

> Las coordenadas geográficas o las U.T.M. que correspondan al punto medio de la cara superior de la concesión pedida, con precisión de segundo o de diez metros, respectivamente.

Ahora, ¿cuál es el punto medio? Recordaremos aquí lo indicado por el art. 46 del CMi (sólo en lo pertinente al pedimento) en el sentido que:

---

[621] Téngase presente que, de acuerdo al art. 36 del CMi, no es necesario designar abogado patrocinante ni conferir mandato judicial en el pedimento, a pesar de ser la primera presentación a un trámite judicial (según la regla general), sin perjuicio de cumplirse tales exigencias en la primera presentación posterior a aquélla.

[622] *Vid.* art. 43 del CMi.

> El terreno pedido (...) es el comprendido dentro de un cuadrado trazado imaginariamente en el plano horizontal, cuyas diagonales se cortan en el punto medio (...) y cuyo perímetro encierra exactamente la superficie pedida (...) en su totalidad. Dos de los lados de este cuadrado tienen orientación U.T.M. norte-sur.
> Sin embargo, el peticionario (...) podrá optar por que el terreno pedido (...) sea el comprendido en un rectángulo, trazado imaginariamente en el plano horizontal, cuyas diagonales se corten en el punto medio (...). Para estos efectos, señalará en el pedimento (...) la longitud de sus lados y cuáles de éstos tendrán la orientación U.T.M. norte-sur. El largo y el ancho no podrán tener una relación superior de cinco a uno.

Entonces, el peticionario puede elegir, en este instante, entre dos formas de proyección geográfica, para ubicar su punto medio: a través de coordenadas geográficas (en este caso, con precisión de segundo), o a través de U.T.M. (en éste, con precisión de diez metros).

Debe recordarse, además, que la extensión de la concesión tiene un mínimo y un máximo, por lo que ello deberá ser respetado a la hora de presentar el pedimento: no puede exceder de 5.000 hectáreas (arts. 28 inc. 3º y 43 Nº 4º CMi), y no puede ser inferior de 100 hectáreas (deducido del art. 28 inc. 2º CMi).

Una vez presentado el pedimento[623] ante el juez, y una vez subsanados los defectos subsanables, en su caso (*vid.* art. 49 CMi),[624] el juez ordenará su inscripción y publicación (art. 48 CMi):[625]

---

[623] En esta presentación, el secretario del Tribunal tiene obligaciones que cumplir; así, el art. 47 señala:

> El secretario del juzgado pondrá en el pedimento o en la manifestación certificado del día y hora de su presentación al juzgado; tomará nota en un registro numerado que llevará al efecto, y dará recibo a la persona que lo hubiere presentado, si se lo pide.

[624] Normalmente, todos los defectos de presentación son subsanables, excepto las precisiones técnicas; en tal sentido, es esencial lo dispuesto en los incs. 2º y 3º del art. 49 del CMi, que dicen:

> Con todo, si el pedimento omite indicar las coordenadas del punto medio de la concesión de exploración pedida, o si la manifestación omite indicar las coordenadas del punto de interés o sus señales más precisas y características, en su caso, el juez ordenará sin más trámite tener por no hecha la respectiva presentación.
> El error o la imprecisión en que se incurra al indicar las coordenadas del punto medio o del punto de interés no será subsanable en caso alguno.

[625] Para cumplir con ello, hay nuevas obligaciones del secretario en el art. 50 del CMi:

> El secretario dará copia autorizada del pedimento o la manifes-

—La inscripción. Puede ser requerida por cualquier persona, y consiste en la transcripción íntegra de la copia autorizada del pedimento *(vid.* art. 50 CMi) en el Registro de Descubrimientos del Conservador de Minas respectivo (art. 52 inc. 1º CMi).[626]

—La publicación. Se debe hacer por una sola vez, en el Boletín Oficial de Minería,[627] y comprenderá copia íntegra de la inscripción (art. 52 inc. 2º CMi).

Tanto la inscripción como la publicación deberán hacerse dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha de la resolución que las ordena.

Hay dos aspectos que surgen de aquí, pero que no analizaremos en este lugar, sino que serán tratados más adelante: la tasa a beneficio fiscal y las facultades del titular del pedimento inscrito *(vide infra* cap. VII, III).

b) *Solicitud de sentencia*

De los trámites posteriores al pedimento,[628] el más importante es la solicitud de sentencia; es esta solicitud, además, el segundo trámite dentro del procedimiento normal de constitución de la concesión de exploración.

De acuerdo al art. 55 incs. 1º y 2º del CMi:

> Dentro del plazo de noventa días, contado desde la fecha de la resolución que ordena inscribir y publicar el pedimento, el peticionario, o cualquiera de ellos cuando fueren varios, deberá presentarse, en el expediente respectivo, a solicitar que se dicte la sentencia constitutiva de la concesión de exploración. En la solicitud se podrá abarcar todo o parte del terreno pedido, pero en ningún caso terrenos situados fuera de éste.
> La solicitud deberá, además, indicar las coordenadas U.T.M. de los vértices de la cara superior de la concesión, relacionando, a lo menos, uno de ellos, en rumbo y distancia, con el punto medio señalado en el pedimento.

---

tación, del certificado del día y hora de su presentación al juzgado y de la resolución que ordena su inscripción y publicación. En el caso del inciso primero del artículo anterior, la copia incluirá, además, el decreto que ordena subsanar defectos y el escrito en que haya cumplido con lo ordenado.

626 En cuanto a la inscripción y al Conservador de Minas competente, véanse arts. 99 y ss. del CMi.

627 El art. 238 del CMi señala que en el Boletín Oficial de Minería deberán hacerse todas las publicaciones que ordena el Código.

628 El párrafo 2º del Tít. V del CMi, arts. 55 y ss., titula así precisamente a estas diligencias: *"De los trámites posteriores al pedimento"*.

La exigencia legal de relacionar en "rumbo y distancia" algún vértice de la concesión, es un aspecto estrictamente técnico que tiene un objetivo de ubicación geográfica. Respecto de rumbos (y acimutes), hay que establecer un sistema de determinación de la dirección; al utilizar un mapa, se hace necesario con frecuencia conocer la dirección seguida por una carretera o un río, o determinar la dirección que puede tomarse para localizar un objeto cualquiera respecto a un punto de referencia conocido (y éste es el caso del vértice de la concesión). Así, se hace necesario conocer la dirección de la línea que une un punto de otro (el vértice con el punto medio de la concesión); con este fin, se mide el ángulo que forma dicha línea con la dirección norte-sur.

Para fijar dicha dirección con respecto al norte, en este caso se utilizarán los acimutes (o rumbos, como los llama la ley). Estos son ángulos medidos en sentido de las agujas del reloj a partir del norte y comprendidos por lo tanto entre 0° y 360°. Aquí no es posible la repetición de números y el uso de las palabras "norte", "sur", "este" y "oeste" se hará innecesario. Normalmente se usa el acimut magnético, denominado —tal como lo hace el CMi— "rumbo".[629]

¿Cuál es la utilidad de esto? Conociendo las escalas de un mapa y los acimutes (o rumbos), podemos determinar la posición de cualquier objeto sobre un mapa con respecto a un punto conocido. La distancia desde el punto conocido al objeto se mide mediante la escala gráfica; a continuación se mide el acimut o el rumbo de la línea que une los dos lugares mediante un transportador colocado directamente sobre el mapa. Por ejemplo, un vértice de la concesión puede encontrarse a 512 metros del punto medio a lo largo de un acimut verdadero de 224°.[630] Aunque mediante este sistema podemos localizar exactamente un punto con respecto a otro punto, la situación de este último debe determinarse de alguna otra forma. Para eso está el sistema de coordenadas (U.T.M.), destinado a fijar la situación absoluta de puntos de la superficie terrestre.

De este modo, comprobamos el acierto del CMi al elegir este sistema de coordenadas para la fijación material de las pretensiones y derechos mineros, y, por lo tanto, es posible visualizar también la importancia que a los aspectos técnicos ha de darse en toda la tramitación de la concesión.[631]

A esta solicitud deberá acompañarse una serie de antece-

---

[629] Cfr. STRAHLER (n. 617), pp. 57 y ss.

[630] Acondicionado del ejemplo que ofrece: STRAHLER (n. 617), p. 59.

[631] Aspectos técnicos estos que deberán tenerse también en cuenta en la tramitación de una concesión de explotación *(vide infra)*.

dentes, que indica el art. 55 inc. 3º del CMi.[632] Si el juez encuentra todo conforme, o, en su caso, han sido subsanadas las observaciones (*vid.* art. 56 CMi), ordenará la remisión del expediente al Servicio, para su informe.

El Servicio informará sobre los aspectos técnicos (a que nos referiremos en el cap. VIII, por tratarse de la intervención administrativa, en este caso técnica); una vez hecho este informe, y siendo positivo (o, en caso negativo, una vez conformada la solicitud a las observaciones que efectúe el Servicio),[633] y transcurridos los plazos señalados por la ley, el juez dictará sentencia.[634]

En la tramitación de la concesión de exploración no hay posibilidad de oposición de parte de algún interesado, porque, y esto es muy importante, según el art. 58 del CMi:

> La sentencia constitutiva de la concesión de exploración no afecta los derechos emanados de una concesión de exploración o de una pertenencia, que hayan estado constituidas a la fecha del pedimento que dio origen a la sentencia.
> Tampoco afectará los derechos emanados de una concesión de exploración o de una pertenencia, aunque estuvieren en trámite a la fecha de la sentencia, si la presentación del pedimento o de la manifestación respectivos ha sido anterior a la del pedimento que dio origen a la sentencia.

Se evita, de este modo, cualquier litigio, pues los derechos de quienes tengan coincidencia geográfica en las concesiones (lo que se llama, en jerga minera, superposiciones) no se afectan en modo alguno. Además, quienes pudieran sentirse afectados

---

[632] Entre ellos, el pago de tasas (que revisaremos en el cap. VII, III); copia autorizada de la inscripción del pedimento *(vide supra)*; ejemplar del Boletín Oficial de Minería en que se haya hecho la publicación (ídem), y los aspectos técnicos que revisaremos *infra*, en su lugar, cap. VIII, por la intervención administrativa que le cabe al Servicio Nacional de Geología y Minería en tal materia.

[633] Téngase presente que, de acuerdo al art. 57 inc. 4º del CMi:
> Si el informe (...) contiene observaciones, el juez ordenará ponerlo en conocimiento del solicitante. Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la resolución respectiva, éste deberá conformar la solicitud, el plano, o ambos, a las observaciones del Servicio, o bien objetar fundadamente dichas observaciones.

[634] La ley desea que esta sentencia se dicte rápidamente, y obliga al peticionario a exigirlo así. El juez dispone de sesenta días para dictarla, so pena de incurrir en falta o abuso. Y, según el art. 57 inc. 5º del CMi:
> Si el juez no lo hace, dentro de los quince días siguientes el solicitante deberá pedir a la Corte de Apelaciones que sancione dicha falta o abuso y fije al juez un breve plazo para dictarla. Si el solicitante no cumple con esta obligación, caducará su derecho y cualquiera persona podrá pedir se ordene la cancelación de la o las correspondientes inscripciones.

por la superposición, más adelante, en su momento, pueden entablar una acción de nulidad (art. 95 CMi).

c) *Sentencia constitutiva*

Los arts. 86, 87 y 88 del CMi regulan los aspectos de la sentencia constitutiva de la concesión de exploración. Como se trata de requisitos comunes con la sentencia constitutiva de la concesión de explotación, los revisaremos al tratar la tramitación de dichas concesiones, a continuación.

C) CONCESION DE EXPLOTACION

El procedimiento de constitución de la concesión de explotación comprende, en la línea gruesa, los siguientes aspectos: a) la manifestación; b) la solicitud de mensura; c) la operación de mensura; d) la presentación del acta y plano de la mensura; e) informe del Servicio de Minas (aspecto que no veremos aquí, sino en el cap. VIII), y f) la sentencia constitutiva.

a) *La manifestación*

Se llama manifestación el escrito con que se inicia el procedimiento de constitución de la concesión minera de explotación (art. 35 CMi). Recordemos que, según el art. 2º del CMi, a la concesión de explotación se le denomina también pertenencia.[635]

La manifestación debe señalar las menciones a que se refiere el art. 44 del CMi, entre los que cabe destacar la ubicación

[635] No se debe olvidar que la Constitución habla sólo de concesiones de exploración y de explotación. Por lo tanto, aunque se trata de un vocablo tradicional del derecho minero, no debe pretenderse, a través de su uso, una desnaturalización de lo que es: una concesión. No podemos ocultar nuestras dudas sobre la conveniencia de seguir usando una expresión, si bien tradicional, tan equívoca como ésta. El diccionario académico de la lengua, respetando este uso tan tradicional, define pertenencia como "unidad de medida superficial para las concesiones mineras, cuya extensión ha variado con las leyes y hoy está reducida a un cuadro de una hectárea". Debe tenerse presente que la acepción principal de tal expresión es: "Acción o derecho que uno tiene a la propiedad de una cosa", lo que podría inducir precisamente al error que debe evitarse. *Vid. Diccionario de la Lengua Española* (n. 3), voz "pertenencia".

del punto de interés para el manifestante. ¿Cómo se ubica? Según el art. 45:

> La ubicación del punto de interés de la manifestación deberá describirse indicando la provincia en que está ubicado y sus coordenadas geográficas o las U.T.M., con precisión de segundo o de diez metros, respectivamente.
> Con todo, cuando la superficie total del grupo de pertenencias solicitadas en la manifestación no exceda de cien hectáreas, la ubicación del punto de interés podrá describirse indicando sus señales más precisas y características, el nombre del predio o del asiento mineral en que se encuentra y el de la provincia en que está situado.[636]

Una vez más aparece la exigencia de respetar estos aspectos técnicos, sobre lo cual no debe haber error, pues, como veremos, en muchos casos sus consecuencias pueden ser irreversibles.

Junto con indicar el número de concesiones que se solicita, y el nombre de cada una de ellas, se debe señalar, además, la superficie, expresada en hectáreas, que se desea comprenda la cara superior de cada concesión.[637]

Ahora, ¿cuál es el terreno manifestado? Según el art. 46 del CMi (en lo pertinente):

> El terreno (...) manifestado es el comprendido dentro de un cuadrado trazado imaginariamente en el plano horizontal, cuyas diagonales se cortan (...) en el punto de interés (...), y cuyo perímetro encierra exactamente la superficie (...) manifestada, en su totalidad. Dos de los lados de este cuadrado tienen orientación U.T.M. norte-sur.
> Sin embargo, (...) el manifestante podrá optar por que el terreno (...) manifestado sea el comprendido en un rectángulo, trazado imaginariamente en el plano horizontal, cuyas diagonales se corten (...) en el punto de interés (...).
> Para estos efectos, señalará (...) en la manifestación la longitud de sus lados y cuáles de éstos tendrán la orientación U.T.M. norte-sur. El largo y el ancho no podrán tener una relación superior de cinco a uno.

---

[636] Precisiones sobre las coordenadas U.T.M., *vide supra*. Este segundo inciso del artículo transcrito, según RUIZ BCURGEOIS, Carlos (n. 616), p. 19 v., "no ha contado con la aprobación de los técnicos, y el deseo de ellos habría sido hacer la exigencia de indicar coordenadas sin excepciones", pero él lo justifica, "pues es difícil pedirles a pequeños mineros que puedan describir coordenadas geográficas y, con mayor razón, coordenadas U.T.M.".

[637] Sobre las limitaciones de la superficie, véanse los arts. 28 y 44 Nº 4º del CMi.

Vale la pena llamar la atención, además, sobre la indicación 5ª que el art. 44 del CMi exige a la manifestación:

> En su caso, la circunstancia de hacerse en uso del derecho que otorga una concesión de exploración.

Este aspecto es muy importante para lo que veremos a continuación, en cuanto a preferencias para constituir concesiones. Constituye esta preferencia, además, uno de los derechos especiales que la ley le confiere al manifestante (*vide infra* próximo capítulo).

Sabemos que la concesión otorga derechos exclusivos de explorar y explotar (art. 116 CMi), y que *"sobre las sustancias concesibles existentes en terrenos cubiertos por una concesión minera no puede constituirse otra"* (art. 27 CMi), por lo que debe solucionarse por la ley un problema de preferencias. Pues bien, este problema tiene su solución a partir del momento mismo de la presentación de la manifestación, ya que, según el art. 41 inc. 1º del CMi:

> Tendrá preferencia para constituir la pertenencia quien primero presente la manifestación.[638-639]

Todo lo señalado anteriormente, al tratar el pedimento, vale aquí: a) respecto a los trámites que realiza el secretario del tribunal (certificado, registro y copia autorizada: arts. 47 y 50 CMi); b) del juez (examen de la manifestación, y señalamiento de defectos para su posible corrección, en su caso: arts. 48 y 49 CMi); c) a las obligaciones de inscripción y publicación (art. 52 CMi); d) del pago de una tasa a beneficio fiscal (art. 51 CMi), y e) de los derechos que emanan para el titular de la manifestación (arts. 53 y 54), aspectos (estos últimos dos) que se tratarán detalladamente *infra* en cap. VII.

b) *La solicitud de mensura*

De los trámites posteriores a la manifestación,[640] tiene mu-

---

[638] En estrecha relación con el texto del art. 44 Nº 5º del CMi, copiado *supra*, el art. 41 inc. 2º agrega:

> Cuando ésta [la manifestación] se haga en uso del derecho que otorga una concesión de exploración vigente se expresará así en la manifestación, y sólo en tal caso se tendrá como fecha de presentación de ella la del pedimento respectivo.

[639] Sobre las presunciones de descubridor, y acciones de mejor derecho, *vid.* los incs. 3º y 4º de este art. 41 del CMi.

[640] El párrafo 3º del Tít. V, arts. 59 y ss. del CMi, titula así precisamente estas diligencias: *"De los trámites posteriores a la manifestación"*.

cha importancia, y, además, altas exigencias de precisión técnica. Dice el art. 59 incs. 1º y 2º del CMi.

> Dentro del plazo que medie entre los doscientos y los doscientos veinte días, contado desde la fecha de la presentación de la manifestación al juzgado, el manifestante o cualquiera de ellos cuando fueren varios, deberá solicitar, en el mismo expediente, la mensura de su pertenencia o pertenencias. La solicitud podrá abarcar todo o parte del terreno manifestado, pero, en ningún caso, terrenos situados fuera de éste.
> La solicitud deberá, además, indicar las coordenadas U.T.M. de cada uno de los vértices del perímetro de la cara superior de la pertenencia o grupo de pertenencias, relacionando uno de ellos, en rumbo y distancia, con el punto de interés señalado en la manifestación. Deberá, asimismo, designar al ingeniero o perito que practicará la mensura, e indicar el largo y ancho de la pertenencia o de cada una de ellas, el nombre de las pertenencias conocidas que existan en la vecindad y, en lo posible, el nombre de sus dueños.

A esta solicitud se deberán acompañar todos los antecedentes que acrediten el cumplimiento de las exigencias anteriores (*vid.* art. 59 inc. 3º CMi). Dentro de ellas, es importante consignar el cumplimiento de una exigencia técnica: acompañar un "*plano en el que se señalen la configuración de la pertenencia o grupo de pertenencias, las coordenadas de cada uno de los vértices del perímetro y la relación, en rumbo y distancia, del mismo vértice —ligado en la solicitud— con el punto de interés indicado en la manifestación*" (art. 59 Nº 5º CMi).

Si el juez examina estos antecedentes y los encuentra conformes (o una vez subsanados las omisiones o defectos, en su caso), se deberá publicar, según el art. 60 del CMi.

c) *La operación de mensura*

Podrá deducirse oposición a la petición de mensura dentro del plazo de treinta días, contados desde la fecha de la publicación señalada anteriormente. Esta oposición, según el art. 61 del CMi, sólo podrá fundarse:

> 1º En que se pretende mensurar sobre un terreno comprendido en un pedimento o en una concesión para explorar...; y
> 2º En el derecho preferente para mensurar en virtud de una manifestación cuya fecha de presentación haya sido o se tenga por anterior...

El CMi, en los arts. 62 a 70, contiene una minuciosa reglamentación de todos los posibles casos de oposición, del desarro-

llo de las causales que hemos señalado, y de la continuación de su procedimiento hasta la sentencia definitiva, sobre lo cual nos remitimos a las mencionadas disposiciones, por exceder su casuística nuestro interés. Estos aspectos, ya estrictamente procesales, por decir relación con un verdadero juicio entre partes, es una fase eventual dentro del procedimiento de constitución de la concesión. Nosotros seguiremos adelante con su estudio, luego de esta mera mención, como si su tramitación no fuese interrumpida por un juicio.

d) *El acta y plano de mensura*

La mensura de la concesión minera es una operación estrictamente técnica[641] y será llevada adelante por un perito o un ingeniero civil de minas, y sólo tendrá expresión en el expediente a través de la entrega del acta y plano *(vide infra).*

¿En qué consiste la mensura? De acuerdo al artículo 72 del CMi:

> La operación de mensura consistirá en la ubicación, en el terreno, de los vértices de la cara superior de la pertenencia o grupo de pertenencias, indicados con las coordenadas U.T.M. que para cada uno de ellos se haya señalado en la solicitud de mensura, o se señalen en el acto de la mensura de acuerdo con la facultad establecida en el artículo siguiente.

La mensura es una etapa muy importante, pues es sólo en su virtud que el minero conoce en definitiva, y sobre el terreno, el límite exacto de sus derechos, y puede en consecuencia dedicarse con entera libertad y sin temor a los trabajos de explotación; y recién una vez realizada dicha operación los terceros pueden saber con seguridad cuál es el espacio libre que resta para situar sus pedidos de nuevas concesiones.[642]

Esta operación no puede ser entorpecida, pues es un acto

---

[641] En cuanto a su oportunidad, según el art. 71 inc. 1º del CMi: La mensura se realizará una vez vencido el plazo para deducir oposición, si ésta no se hubiere presentado. En caso contrario, se efectuará una vez ejecutoriada la sentencia que rechace la oposición que se haya formulado o la que determine la ubicación de las pertenencias de la parte o partes a quienes se haya reconocido el derecho a mensurar.

[642] Cfr. una buena definición de esta etapa, en: RABBI BALDI, Renato, *L., Exposición de motivos* a: *Proyecto de Código Procesal Minero para la provincia de Jujuy* (Jujuy, Argentina, Imprenta del Estado, 1950), p. 14.

privado del técnico correspondiente.[643] Con el fin de evitar colisión de derechos, el art. 73 del CMi señala que *"el perito no podrá en caso alguno abarcar con la mensura terrenos ya mensurados"*. En relación con ello, deben respetarse las indicaciones de la solicitud de mensura (de ahí la importancia de consignar en dicho lugar exactamente los datos geográficos, con la precisión que exige la ley), pues, además, el art. 74 inc. 1º del CMi señala que *"la operación de mensura se practicará en la forma indicada en la solicitud de mensura"*.[644]

Por último, hay un requisito importante que debe cumplirse por el perito: colocar hitos, sólidamente construidos y bien perceptibles, a lo menos en cada uno de los vértices de la pertenencia o del perímetro del grupo de pertenencias (art. 74 inc. 3º del CMi).

e) *Informe técnico*

Dice el art. 75 inc. 1º del CMi:

> Terminada la operación, el ingeniero o perito levantará un acta que contendrá la narración precisa, clara y circunstanciada del modo como la ejecutó, y de la forma como determinó las coordenadas U.T.M. de los vértices.

Además, queda obligado a confeccionar un plano de la pertenencia o grupo de pertenencias mensuradas, con indicación de las coordenadas U.T.M. de los vértices del perímetro de la pertenencia o grupo de pertenencias, de las particularidades del terreno y de las pertenencias colindantes (art. 77 inc. 1º del CMi).

Para todo esto existe un plazo de quince meses contado desde la fecha de la presentación de la manifestación al juzgado, y deberán presentarse, en tres ejemplares, el acta y plano de la mensura de la pertenencia o grupo de pertenencias (art. 78 inc. 1º del CMi).

El acta y plano se remitirán por el juez al Servicio, para su informe (sobre lo cual nos referiremos en el cap. VIII, pues es parte de la intervención técnica de la Administración). Una vez terminados todos los trámites a que pudiese dar lugar el informe del Servicio,[645] el juez procederá a dictar sentencia.

---

[643] Recuérdese que, según el art. 71 inc. 3º del CMi, *"en el acto de la mensura no será admitida ninguna alegación"*.

[644] Véase en el art. 76 del CMi el caso en que se mensuran más de una pertenencia originadas en una misma manifestación, que es, en la práctica, lo más común.

[645] *Vid.* arts. 82, 83 y 84 del CMi.

f) *Sentencia constitutiva*

Según el art. 85 inc. 1º del CMi:

> El juez examinará los autos y, si se reúnen los requisitos legales, dictará la sentencia constitutiva de la pertenencia.

Esta sentencia, cuyos requisitos señala el art. 87 del CMi, deberá hacer una correcta revisión de todos los aspectos técnicos, a través de una pormenorizada exposición de los antecedentes precisos de la concesión, y de una consideración razonada de su resolución (*"la sentencia expresará las razones que le sirven de fundamento"*: art. 87 inc. 3º del CMi), lo que es un dato importante para la correcta calificación de la institución de la concesión minera.

Esta sentencia debe inscribirse; asimismo, debe publicarse un extracto de ella: arts. 89 y 90 del CMi.

Ratificando el carácter administrativo de todo este procedimiento constitutivo de la concesión minera, el art. 88 del CMi señala que:

> Sólo el actual titular del pedimento o de la manifestación podrá deducir recursos contra la sentencia que resuelva sobre la constitución de la concesión.

Así, para juicios está la etapa de la oposición. Si a causa de esta "sentencia", en virtud de la cual se le otorga un derecho real administrativo (derecho de aprovechamiento) a un particular, alguien se sintiese agraviado en un derecho propio, tendrá una vía diferente: la acción de nulidad de la concesión (art. 97 del CMi). Las causales de nulidad, y los requisitos para plantearla, se regulan en los arts. 95 y ss. del CMi.

¿Cuáles son los efectos de la "sentencia"? Según el art. 91 del CMi, *"la sentencia que otorga la concesión constituye el título de propiedad sobre ella y da originariamente su posesión"*, en una terminología "patrimonialista", y cuyas razones (o ideología) ya hemos explicado en el capítulo anterior.

Dogmáticamente —y en forma bastante más correcta, estimamos— podemos decir que el efecto es la creación de unos derechos reales administrativos (ya sea para explorar o explotar), derechos reales que la Constitución protege con la misma garantía constitucional del derecho de propiedad (art. 19 Nº 24 inc. 9º), lo que no significa —en ningún caso— que también sea "propiedad", sino sólo que goza de su misma seguridad jurídica.

CAPITULO VII

LOS DERECHOS MINEROS

SUMARIO:

I. PROEMIO. 1. *Contenido.* 2. *La aparición de los derechos mineros en la historia jurídica.* 1º A través de la facultad para catar y cavar. 2º a través de la concesión.

II. LOS DERECHOS MINEROS Y LA TEORIA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS. 1. *La teoría de los derechos reales administrativos.* A) Antecedentes doctrinales. a) Intuiciones en el siglo XIX. b) Hauriou: creador de la teoría. c) Su consagración a través de los trabajos de Rigaud. d) Estado de la cuestión en la doctrina. aa) Algunos contradictores. bb) En Francia, España y Argentina. cc) En Chile. B) Breve desarrollo de la teoría de los derechos reales administrativos. a) Su formulación. b) Interrogantes que suscita ante la dogmática. 1º El ámbito de la categoría jurídica "derecho real". 2º Su compatibilidad con la inalienabilidad del dominio público. 3º La eficacia *erga omnes.* c) Definición y elementos. 2. *Los derechos mineros como derechos reales administrativos.* A) Concurrencia de los elementos de todo derecho real administrativo respecto de los derechos mineros. a) Los derechos mineros son derechos subjetivos. b) Los derechos mineros son derechos reales. c) Los derechos mineros tienen por objeto un bien de dominio público. d) Los derechos mineros nacen de una concesión. e) Conclusión. B) Concesión y derecho real: una confusión doctrinal. C) ¿Qué clase de derechos reales administrativos son los derechos mineros? a) La improcedencia de aplicar un criterio civilista. b) Una polémica infructífera: la cuestión de los frutos de las minas. c) La respuesta del derecho minero. 3. *Caracterización jurídica del derecho de aprovechamiento minero: una hipótesis.*

III. LOS DERECHOS MINEROS EN CHILE. 1. *De la facultad de catar y cavar.* a) Requisitos: 1º Cesa ante la concesión ajena. 2º En terrenos abiertos e incultos. 3º En los demás terrenos: permisos. 4º Permisos especiales. b) Contenido. 2. *Derechos emanados de los pedimentos y manifestaciones.* A) Precisiones previas. B) Contenido de los derechos. a) Derechos que emanan del pedimento. aa) Alcance general. bb) Derechos específicos. b) Derechos que emanan de la manifestación. aa) Alcance general. bb) Derechos específicos. c) Una facultad común. 3. *Contenido de las concesiones mineras.* A) Contenido de la concesión de exploración. a) Derechos exclusivos. 1º Derecho exclusivo a explorar. 2º Derecho de preferencia. b) Obligaciones: 1º No explotar; y 2º Pago de patente. B) Contenido de la concesión de explotación. a) Derecho exclusivo a explotar. b) Obligaciones: 1º Mantener hitos; y 2º Pago de patente. C) ¿Y "la actividad necesaria para satisfa-

cer el interés público"? 4. *Efectos comunes a toda concesión.* a) El derecho de aprovechamiento de las aguas. b) Servidumbres sobre los predios o fincas. c) Servidumbres que se deben las concesiones mineras entre sí: 1º Servidumbre general, 2º Servidumbre de socavón; y 3º Uso de caminos para concesiones. d) Internaciones. 5. *Preferencias y exclusividades.* a) Generalidades. b) La colisión con "toda persona" que haga uso de la facultad general de catar y cavar. 1º Frente a los derechos de los concesionarios. 2º Frente a titulares de pedimento o manifestación. c) Las preferencias. d) Las colisiones de los pedimentos y manifestaciones. 1º Frente a frente. 2º Frente a un concesionario de exploración. 3º Frente a un concesionario de explotación. e) El caso de la concesión de exploración. f) El concesionario de explotación. 6. *Extinción de los derechos mineros. Causales. Crítica.*

I. PROEMIO

1. CONTENIDO

Corresponde ahora tratar el tercer aspecto del derecho minero: los derechos mineros que nacen de toda concesión minera.

Desarrollaremos en este capítulo, en primer lugar, a) algunas consideraciones históricas sobre la aparición de los derechos mineros; luego veremos, b) su moderna calificación como derechos reales administrativos, en donde haremos una breve exposición de la teoría que así lo propugna, y en seguida estudiaremos estos derechos mineros, c) ante la legislación chilena.

Estimamos de gran importancia la clarificación doctrinal del contenido de este capítulo, pues tratamos aquí aspectos muchas veces olvidados por la doctrina que trata las materias de derecho minero, los que sin una suficiente construcción dogmática, no es posible comprenderlos en su ligazón con las características que, según nosotros, conforman el derecho minero: el dominio público minero y el procedimiento concesional minero.

2. LA APARICIÓN DE LOS DERECHOS MINEROS EN LA HISTORIA JURÍDICA

Señalaremos, previo a analizar la dogmática actual sobre los derechos mineros, dos alcances sobre su aparición en la historia jurídica. Creemos que, históricamente, podemos visualizar la aparición de unos derechos mineros a través de dos modos: a) a través de la facultad para catar y cavar, y b) a través del derecho surgido de la concesión.

1º A través de la facultad para catar y cavar

Como consecuencia de una más o menos amplia libertad para explorar minas que fue irrumpiendo a través de los años, sin perjuicio de los derechos de los propietarios de los predios respectivos, de lo que damos cuenta en la Primera Parte, fue surgiendo una especie de facultad general, concedida a todos, para catar y cavar en terrenos de cualquier propiedad.

Si bien es ésta una facultad algo difusa jurídicamente, sin mayor contenido y alcance (y con serias limitaciones en algunos casos: como el permiso previo del propietario, por ejemplo), podría considerarse (hasta hoy) como un derecho general, previo al nacimiento de otros derechos mineros, más específicos, y un presupuesto necesario —en la práctica— para un eficaz procedimiento concesional. Es muy difícil pensar en la existencia de procedimientos concesionales sin la seguridad de esta relativa libertad para investigar y explorar. Luego, lo que, históricamente, se consideró como algo previo y necesario (la libertad para catar y cavar, lo que, en otras palabras, es: indagación, exploración) para una posterior solicitud de concesión de explotación, pasó a constituir un verdadero derecho exclusivo nacido a partir de una concesión (de exploración).

Aun cuando esto no es plenamente predicable para el derecho romano, pues ante tal derecho se distinguía derechamente entre dos derechos nacidos de concesiones mineras: un *ius occupandi* (para explorar) y una *proprietas* (para explotar). Por lo tanto, el derecho romano habría estado, en este sentido, tan avanzado como cualquier procedimiento minero moderno, lo que queda especialmente claro luego del estudio del régimen minero provincial romano (ver Primera Parte, cap. IV).

En el derecho histórico español sí que tuvo acogida esta libertad previa, estableciéndose como facultad general (en 1387) la libertad de catar y cavar, la que pasaría, a través de su mantención en la legislación posterior, a los Códigos Civiles modernos, y, de ese lugar, a los Códigos Mineros.

Así, este derecho en un principio tan general (y no por eso menos minero en cuanto a su calificación jurídica), pasaría a ser la base para el nacimiento de un derecho subjetivo público más específico, que se ejerce —obviamente— sobre el dominio público minero, que surge sólo a partir de una concesión, y que dogmáticamente, como veremos, debe ser calificado de un derecho real administrativo, y dirigido a la exploración y a la investigación.

En el derecho chileno, hasta hoy, se mantiene intacta esta facultad general para catar y cavar, con una regulación detallada en el CMi, cuya actual definición dogmática es un tema pendiente. Esta facultad, a mi juicio, es un verdadero lastre histórico, un

residuo enquistado en la legislación minera, acríticamente, a pesar de la moderna consagración de la concesión de exploración. ¿Se justifica?

2º A través de la concesión

Hay otros derechos mineros (y, específicamente, los de explotar) que siempre tuvieron un origen muy claro: un acto de la Administración (o de la organización social, en general, para cubrir así todas las épocas).

Pues, si durante la época romana, como ha quedado suficientemente claro (cap. IV), hubo un procedimiento concesional, fue precisamente con el objeto de crear derechos no sólo de explotación, sino también de exploración a favor de los concesionarios: la *proprietas* y el *ius occupandi*, respectivamente, como hemos señalado arriba.

Más tarde, en la época medieval y moderna española (y, como reflejo, en el derecho indiano), los derechos de explotación concedidos a los particulares tenían su base en unos títulos entonces denominados "mercedes", o de otras formas (cap. III), pero que concedían un verdadero derecho real sobre las minas: a explotarlas, al que, no obstante, se lo confundió con la propiedad, en sentido privado, en alguna ocasión.

A partir del siglo pasado (como queda claro al repasar los distintos cuerpos legales de índole minera: ver cap. I), aún manteniéndose la posición de la Administración como origen del derecho minero que surgía desde la concesión (la que nunca ha dejado de existir, como título, como instrumento creador de derechos mineros, en toda la historia jurídica), como consecuencia de las ideas imperantes y de su impacto en la doctrina jurídica, esta materia se hace cada vez más compleja, y el confusionismo doctrinal —que aún no se disipa del todo— hace que algunos juristas vinculen a este derecho minero con el derecho de propiedad, institución de índole privada que, por valiosa que sea en ese ámbito (como lo hemos dicho en la Introducción), ningún papel le podría corresponder en esta materia.

Esta situación tan difusa históricamente, con aquella disputa de si el particular luego de la concesión era propietario o no de la mina, a partir de la teorización de los "derechos reales administrativos", a nuestro juicio, ha adquirido mayor claridad. Y esta teoría es la que estudiaremos a continuación.

II. LOS DERECHOS MINEROS Y LA TEORIA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS

1. La teoría de los derechos reales administrativos

A) ANTECEDENTES DOCTRINALES

a) *Intuiciones en el siglo XIX*

Desde finales del siglo pasado ya se intuía que a partir de la concesión se creaba a favor del concesionario un derecho especial, diferente en alguna medida a los concebidos por la ciencia jurídica con anterioridad, pero no se ofreció una teorización completa al respecto .

Así, Mayer,[646] en 1895, señalaba que "la concesión crea en favor del concesionario el derecho de ejercer una posesión exclusiva sobre la cosa pública", y, en otro lugar, más preciso, que "el efecto de la concesión es *crear un derecho subjetivo público*".[647] También Mayer, en una recensión a una famosa obra jurídica, de 1892, señalaba en esa época, respecto de la propiedad pública, de la servidumbre de derecho público y de la concesión de especial derecho de uso sobre la cosa pública, lo siguiente: "En breve todo aquello podremos reunirlo bajo el nombre de *derecho público patrimonial*".[648]

Luego, en 1897, Santi Romano,[649] quien conoce y acepta la expresión "derecho público patrimonial" usada antes por Mayer,

---

[646] Mayer, *Derecho Administrativo Alemán* (n. 342). Este libro fue escrito, en su lengua original, el alemán, el año 1895, de donde se obtuvo la edición francesa, de 1904, de la que es traducción la castellana.

[647] Cfr. Mayer (n. 342), pp. 248 y 253 (lo subrayado en el original). El mismo Mayer señala cómo ya en esa época "se está en plena controversia acerca de la naturaleza jurídica de la concesión y del derecho que de ahí resulta" (p. 253, n. 7, *in fine*). A nosotros nos resulta sorprendente constatar cómo a un siglo, desde entonces, aún no tenemos un consenso al respecto, o, por lo menos, avances más significativos.

[648] Mayer, en: *Archiv. f. öef. R.*, IX, p. 287, citado por: Romano, Santi, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* (dir. V.E. Orlando, Milán, Società Editrice Libraira, 1897), 1, p. 211. La obra reseñada por Mayer es la de Jellinek, *Sistem der Subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892. Anotamos que González Pérez, Jesús, *Los derechos reales administrativos* (Madrid, Civitas, 1984), p. 10, siguiendo seguramente un error tipográfico deslizado —notoriamente, por lo demás— en el trabajo de Romano, señala como autor de tal comentario a "Meyer", y no, como corresponde, a Mayer, esto es, Otto Mayer.

[649] Cfr.: Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi* (n. 648).

indica como ejemplo de derecho público patrimonial del ciudadano y, a su juicio, entre los más notables, "aquellos que se poseen sobre las cosas o, mejor, sobre el dominio público".[650] Señala cómo en la doctrina y la jurisprudencia son muy discutidos la naturaleza y el fundamento de tal derecho (opinando algunos que se trataría de una servidumbre; otros, de un derecho sui géneris; en fin, otros, de una concesión administrativa). No obstante, sin entrar en la disputa, Romano dirá algo muy importante, separando claramente el título, el instrumento, del derecho creado (lo que, como veremos, la doctrina tiende a confundir); dice Romano: "...pero, en cualquier caso, no ofrece duda alguna que el título del derecho debe encontrarse en una autorización o concesión administrativa, pero queda siempre por examinar si se trata o no de un derecho de propiedad o de un derecho de uso o ni siquiera se excluye que se trate de una servidumbre".[651] Así, Romano sólo intuye su existencia, y no encontramos en su desarrollo una solución o respuesta personal al respecto.[652]

b) *Hauriou: creador de la teoría*

Pero el verdadero creador de esta teoría fue Maurice Hauriou, sobre cuya paternidad ya no hay dudas en la doctrina,[653] más aún cuando el propio Rigaud, gran sistematizador de esta teoría, decía en un trabajo suyo: "La teoría del derecho real ha sido desde luego lanzada en derecho administrativo por M. Hauriou para explicar la situación de la administración frente al dominio público (...); después de algunas dudas, ha emitido finalmente en la séptima edición de su *Resumen de derecho administrativo*, la idea fecunda en resultados prácticos, siguiendo la cual los particulares pueden tener a continuación de los permisos o concesiones de la administración sobre el dominio público, derechos reales de naturaleza administrativa...".[654]

---

[650] Cfr.: ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi* (n. 648), p. 218.

[651] Cfr. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi* (n. 648), p. 218.

[652] En esta materia debe considerarse también el importante trabajo publicado entre los años 1895 y 1896 por RANELLETTI, *Facoltà create* (n. 552).

[653] Cfr., por ejemplo, entre los autores actuales que se ocupan del tema: GONZÁLEZ PÉREZ (n. 648), p. 11; MARIENHOFF (n. 417), p. 472.

[654] Cfr. RIGAUD, Luis, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional* (trad. castellana de J.R. XIRAU, Madrid, Editorial Reus, 1928), p. 295.

Efectivamente,[655] cuando Hauriou, en 1908, comentó el *arrêt* del *Conseil d'Etat*, de 25 de mayo de 1906, *Chemin de fer d'Orléans*, en que se hablaba de un derecho exclusivo de goce del concesionario sobre los bienes del dominio público, señaló que se estaba en presencia de un auténtico y verdadero derecho real, y que existía toda una categoría de derechos reales administrativos.[656] En esta nota, Hauriou decía que "el concesionario de dominio público es titular de un derecho real oponible a cualquiera, incluso frente a la administración concedente, salvo en la línea de precariedad; pero esta línea de precariedad, muy estrecha, deja al derecho real toda una esfera de utilidades". Según él, "este derecho real no depende del derecho civil, sino del derecho administrativo, pues existe toda una categoría de derechos reales administrativos, caracterizados por ser temporales, revocables en interés del servicio público o rescatables".[657]

c) *Su consagración a través de los trabajos de Rigaud*

Esta teoría "lanzada en derecho administrativo por Hauriou", en las expresiones de Rigaud, sería consagrada definitivamente gracias a los trabajos del propio Rigaud.

Decimos a "los" trabajos de Rigaud, pues, en contra de lo usualmente conocido por la doctrina,[658] no sólo existe uno, sino dos trabajos importantes de este autor sobre el tema.

El primero de ellos, y que no hemos encontrado nunca citado por los pocos administrativistas que se ocupan de este tema, titulado *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*,[659] debe haber sido escrito entre los años 1912 y 1914, en todo

---

655 Y como lo recuerda, al inicio de su trabajo, GONZÁLEZ PÉREZ (n. 648), p. 11.

656 Cfr. HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public* (París, Sirey, 1919), pp. 793 a 800, n. 1. Esta nota también es transcrita por su autor en: HAURIOU, *Notes d'arrêts* (n. 539), pp. 280-281.

657 HAURIOU, *Précis* (n. 656), p. 799.

658 Siempre se cita un solo trabajo de RIGAUD, el de 1914, que señalaremos: cfr. por todos: GONZÁLEZ PÉREZ (n. 648), p. 13.

659 Cfr. RIGAUD, *El derecho real* (n. 654). A tal punto es desconocido este libro, y tan poca la atención que se le ha prestado, que aún, a más de medio siglo de su edición, es posible encontrarlo en librerías, no como edición de segunda mano, sino como fondo normal. Cfr. PONS, Marcial, *Catálogo de Ciencias Jurídicas* (Madrid, Ed. M. Pons, 1988), p. 108. Por otro lado, no se sorprenda el lector de encontrar aquí una referencia a este texto, pues, como ha dicho DE LOS MOZOS, José Luis, *Recensión*, en *Revista de Derecho Privado* (1988), p. 648, "este espléndido catálogo constituye una guía bibliográfica de la ciencia jurídica española de nuestros días, útil para todos los juristas, cualquiera que sea su plumaje, pero incluso imprescindible para los investigadores y estudiosos del mundo del derecho", cuya efectividad nosotros hemos comprobado varias veces.

caso después de 1911 y antes de 1914,[660] y se nos presenta, entonces, como la obra de preparación de este autor, para una posterior aportación a través de su obra de 1914, que mencionaremos *infra*.

Y si efectivamente fue discípulo de Hauriou, no es de extrañar que pudo haber sido incentivado por él mismo a escribir estas obras,[661] en especial por el carácter histórico de esta primera indagación sobre los derechos reales, en la que se aportan amplios datos de derecho romano (no se olvide que Hauriou, desde su tesis doctoral, indagó en sus primeros tiempos de jurista sobre el derecho romano).[662]

Así, en esta primera obra de Rigaud es posible encontrar el sólido fundamento que más tarde desarrollaría en su posterior trabajo, en la que expone los orígenes de la distinción entre los derechos reales y las obligaciones, ante el derecho romano y el antiguo derecho francés.[663] Luego analiza el valor de esta distinción y las diferentes teorías existentes sobre el derecho real, desembocando en la teoría institucional de la que es autor Hauriou,[664] pues, como él mismo lo señala, "la crítica a las teorías personalistas es el objetivo principal de nuestro trabajo", limitándose a hacer la exposición de la teoría institucional que sirve, en sus palabras, de coronamiento doctrinal a sus conclusiones.[665]

---

[660] Este libro de RIGAUD, *El derecho real* (n. 654), lo conocemos gracias a la traducción castellana de 1928, en donde no se señalan ni el título ni la fecha de la edición original. Concluimos que su edición original es de la época indicada, pues en la p. 295, que hemos citado, señala RIGAUD a la 7ª ed. del *Précis* de HAURIOU, como la última aparecida, y ésta es de 1911, y, en todo caso, anterior a la 8ª ed. de tal *Précis*, que es de 1914, la que por tanto a esa fecha no podía conocer RIGAUD, pues no había aparecido aún. También, por tanto, y ésa es la importancia de consignar estos datos (como lo veremos), este trabajo de RIGAUD es anterior a otro suyo, de 1914, que mencionaremos más adelante.

[661] El mismo RIGAUD, *El derecho real* (n. 654), p. 340, al final de su libro señala cómo se ha apoyado en la autoridad de autores eminentes, "especialmente en la del profundo pensador y sabio maestro cuyos *Principes de droit public* han inspirado esta tesis". Por último, estas dos tesis de RIGAUD son de Toulouse, en donde profesaba, como es sabido, HAURIOU.

[662] *Vide* VARIOS AUTORES, *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* (París, Editions A. Pédone, 1969), p. 13.

[663] Cfr. RIGAUD, *El derecho real* (n. 654), pp. 19-82.

[664] Cfr. RIGAUD, *El derecho real* (n. 654), p. 246. Sobre la teoría institucional de HAURIOU, además de los manuales de tal autor, véase: HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*, en *Obra escogida* (trad. de Juan A. SANTAMARÍA PASTOR y S. MUÑOZ MACHADO, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976), pp. 257-296. Comentarios en: MARTI, Gabriel, *La théorie de l'Institution*, en *La pensée du doyen Maurice Hauriou* (n. 662), pp. 29-45, y, en España, cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (n. 68), 1, pp. 555-561.

[665] Cfr. RIGAUD, *El derecho real* (n. 654), p. 336.

Por lo tanto, este trabajo tuvo por objeto buscar y precisar fundamentos para desarrollar "la noción verdadera del derecho real y su naturaleza institucional",[666] y, por ahora, sólo insinuando que, sobre el desenvolvimiento de la teoría y de los derechos reales en derecho público, "todo un movimiento doctrinal, del más alto interés, se dibuja en esta dirección",[667] citando a Hauriou, a Mejorana,[668] movimiento doctrinal este al que, como veremos, pronto él mismo se sumará con su siguiente e importante obra *La théorie des droits réels administratif*,[669] tesis leída en Toulouse y publicada en 1914.

A través de esta célebre monografía se lograría la consagración de una nueva categoría jurídica: los derechos reales administrativos.

d) *Estado de la cuestión en la doctrina*

En general, la aparición de esta teoría ha originado hondas polémicas en la doctrina.[670] Si bien un gran sector de la doctrina aceptó esta nueva formulación, otro sector la ha rechazado abiertamente.

aa) Algunos contradictores

Así, rechazaron esta teoría, en Francia, grandes juristas, como Duguit, quien decía que hablar de derechos reales de naturaleza administrativa es un error, ya que la categoría jurídica de derecho real sólo puede regir en el régimen de propiedad privada, y no en las dependencias del dominio público (las que estarían enteramente sustraídas de tal régimen, según él).[671]

---

[666] RIGAUD, *El derecho real* (n. 654), p. 339.

[667] RIGAUD, *El derecho real* (n. 654), p. 295.

[668] Se refiere a MEJORANA, M. Dante, *La teoria dei diritti pubblici reali* (Catania, 1910) (libro al que no hemos podido acceder), quien denomina a los derechos reales de los particulares sobre el dominio público bajo el nombre de *"usi civici"*, según RIGAUD, *El derecho real* (n. 654), p. 297.

[669] Cfr. RIGAUD, Louis, *La théorie des droits réels administratif* (París, Librairie de la Societé du Recueil Sirey, 1914). Por ahora, no seguiremos profundizando en esta teoría, exponiéndola sólo a grandes trazos. Para una visión crítica de este planteamiento, *vid.* VILLEY, Michel, *El "ius in re" del derecho romano clásico al derecho moderno*, en sus *Estudios en torno a la noción del derecho subjetivo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976), pp. 131 y ss.

[670] Una resumida exposición, con cita de sus principales propugnadores e impugnadores, véase en: GONZÁLEZ PÉREZ (n. 648), pp. 13-15, y MARIENHOFF (n. 417), p. 473. Nosotros ofrecemos en el texto antecedentes complementarios a los señalados por tales autores.

[671] DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel* (París, Ancienne Libraire

También la ha rechazado Laubadère,[672] quien piensa que la objeción más grave sería aquella de la precariedad o inoponibilidad a la Administración (lo que según veremos *infra*, no es tan "decisivo" como podría parecer).

Incluso, recientemente, se pone en duda esta figura, aun cuando sin justificarlo, por Auby y Ducos-Ader, quienes sostienen que "el concesionario tiene sobre el dominio público un derecho (. . .) de naturaleza administrativa de aquellos que Hauriou llamó 'derecho real administrativo', concepción por lo demás discutible".[673]

En España, Martínez Useros rechaza la idea de "concesión-derecho real";[674] refiriéndose a la teoría de los derechos reales administrativos en forma crítica, señala que ésta "ha sido la causa del actual confusionismo existente sobre este punto [sobre la existencia de un derecho subjetivo público al uso de los bienes de dominio público, aspecto sobre que versa su trabajo] en nuestra disciplina".[675]

En todo caso, es minoritaria esta posición de rechazo.

bb) En Francia, España y Argentina

No obstante estos rechazos, ha sido, por otro lado, ampliamente aceptada por la gran mayoría de la doctrina, incluso civilista.

En Francia, además de los antecedentes señalados, agregamos a Planiol, Ripert y Picard,[676] quienes dicen que "se conside-

---

Fontemois y Cie., éditeurs, 1930), 3, p. 385. Dice textual y enfáticamente: "Sobre este punto [que de las concesiones nace aquello que él llama derechos reales de naturaleza administrativa] HAURIOU está en un error". No obstante, esta crítica, que apuntaría —según DUGUIT— a una aparente contradicción en el pensamiento del propio HAURIOU, no es certera, según lo señalaremos *infra*.

672 Cfr. LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif* (n. 539), 2, pp. 223-224.

673 Cfr. AUBY, Jean Marie y DUCOS-ADER, Robert, *Droit Administratif: La fonction publique. Les biens publics. Les travaux publics*[5] (París, Dalloz, 1979), p. 367, Nº 256, *in fine*. Es ésta, a nuestro juicio, una posición muy cómoda: aplican la figura (para el caso de los usuarios del dominio público, cuando existe un título de exclusividad, pues para ellos es claro que estos derechos no pueden ser considerados derechos de propiedad: p. 367), pero al mismo tiempo, sin justificarlo, la niegan.

674 Cfr. MARTÍNEZ USEROS (n. 342), p. 172.

675 MARTÍNEZ USEROS (n. 342), p. 169.

676 Cfr. PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges y PICARD, Maurice, *Traité pratique de Droit Civil Français. III: Les biens* (París, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952), le dedican una parágrafo especial al tema (*"Nº 49. Les droits réels administratif"*), citando a RIGAUD (su tesis de 1914, sobre los derechos reales administrativos, citada *supra* por nosotros). Por otro lado, respecto de uno de estos autores, debemos recordar que, como apunta GONZÁLEZ PÉREZ (n. 648), p. 12, el mismo PLANIOL, en 1900 (en su *Traité de droit civil*, Nº 2078, de ese año), había sido uno

ran hoy como verdaderos derechos reales de naturaleza administrativa los derechos acordados por la ley o concedidos por la Administración sobre el dominio público", remarcando que "ellos confieren un poder sobre la cosa y son oponibles a todas las personas, salvo al Estado, en la medida que le exige la precariedad".[677]

Respecto a la difusión de esta teoría, la verdad es que antes del trabajo de González Pérez, y que hemos venido citando, intitulado precisamente *Los derechos reales administrativos*,[678] publicado por primera vez en el año 1957,[679] ni después, no ha habido ningún aporte monográfico ni significativo en cuanto al tema. Este trabajo, si bien breve, lo estimamos una aportación de importancia para el derecho administrativo de los bienes (dentro de lo cual entronca la especialización desgajada, y ahora autónoma, del derecho minero, y otros, como el derecho de aguas), y tuvo la virtud de abrir el campo para una completa evolución, el que lamentablemente, en esta materia, aún no ha sido sembrado con real provecho por los especialistas, a nuestro juicio. Por lo cual sirva este breve parágrafo previo como un justo reconocimiento a este escrito, de una rara claridad y de una envidiable concisión, que vino a poner en el tapete uno de los temas "claves" para la comprensión del sistema del derecho administrativo de los bienes, y de sus especializaciones.

Lamentablemente, a partir de este escrito no se ha avanzado nada o casi nada en la materia, y si bien ha habido algunos desarrollos o simples aplicaciones de estos conceptos, una sistematización o estudio monográfico concreto de esta teoría aún no se ha producido. Por lo tanto, la situación doctrinal sobre

---

de los precursores de la teoría, al señalar en dicho lugar que "existe todo un grupo de derechos especiales conferidos a los particulares por la autoridad administrativa sobre el dominio público: a las que denominamos concesiones. Estas concesiones ofrecen la más grande analogía con los derechos reales..." Sólo una observación nuestra: vislumbramos aquí una confusión que hasta el día de hoy perdura en algunos autores, y es el hecho de confundir la concesión con el derecho real, en circunstancias que la concesión no puede ser el derecho real, ya que es precisamente el título a partir del cual el derecho real nace. Por lo tanto, debemos insistir: ¡concesión y derecho real son cosas diferentes!

[677] Cfr. PLANIOL, RIPERT y PICARD (n. 676), pp. 55 y 56. No obstante, lo de la precariedad, sustentado por el mismo HAURIOU, y, en general por la doctrina francesa, será controvertido posteriormente: ver más adelante, el texto.

[678] Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ (n. 648), donde se señala que su propósito es "ofrecer las líneas generales de lo que podría ser una teoría general del derecho real administrativo" (p. 26, *in fine*).

[679] En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1957) y en *Revista de la Facultad de México* (1957). Posteriormente se reimprimiría, sin modificación alguna, en la edición que venimos citando (n. 648).

este tema fundamental de los derechos reales administrativos está, a nuestro juicio, casi igual que hace treinta años, cuando escribió González Pérez, y se ha incurrido en el olvido de no seguir profundizando en sus aspectos esenciales —pues no todos están solucionados dogmáticamente, como decimos más adelante, sin perjuicio de lo señalado en este importante trabajo citado—,[680] en la misma medida de la actual necesidad de la ciencia del derecho administrativo, y de sus especialidades en esta materia, como el derecho minero o el derecho de aguas.

Dentro de los administrativistas, acogen esta figura, por ejemplo, Garrido Falla,[681] García de Enterría y Fernández,[682] Parejo Gamir y Rodríguez Oliver,[683] entre otros.

Por otro lado, dentro del ámbito de la doctrina civilista española, recientemente, Díez-Picazo ha dado una opinión en esta línea de conformidad con tal teoría, señalando que hay casos en que "una relación o situación jurídica típica de derecho administrativo da lugar a formas de derechos reales que son diferentes de aquellos de que conoce el derecho civil. En estos casos, el derecho administrativo constituye una especial fuente de nuevos derechos reales, que deben ser especialmente tenidos en cuenta. A nuestro juicio, se encuentran en este caso (...) el derecho de disfrute de bienes de dominio público derivado de una concesión demanial".[684]

---

[680] Pese a todo, como se verificará a continuación, aunque la cuestión de que se trata no ha encontrado continuadores que sigan avanzando en el camino que marca González Pérez (y antes Hauriou y Rigaud), algunos tratados y obras generales se hacen eco de ella, como es el caso, por ejemplo, de Garrido Falla, *Tratado* (n. 374).

[681] Cfr. Garrido Falla, *Tratado* (n. 374), 2, pp. 447 y ss., quien le dedica todo un capítulo a su tratamiento y aplicación, aunque sin mayores profundizaciones dogmáticas.

[682] Cfr. García de Enterría y Fernández, *Curso* (n. 527), 2, donde si bien hay una referencia directa a los derechos reales administrativos, con tal denominación incluso, sólo se señala en un contexto general que "el derecho creado por la concesión en favor de una persona determinada, es un derecho subjetivo del administrado" (p. 37), a los que en otro lugar se los llama "derechos típicos (por su identidad con los derechos clásicos del derecho privado) o activos" (p. 53), frente a los otros derechos subjetivos, que llama reaccionales o impugnatorios *(idem)*. El mismo texto en: García de Enterría, Eduardo, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 6 (1975), pp. 427-446 (el mismo texto del *Curso*, con una referencia bibliográfica adicional); lo citado, en pp. 428 y 444.

[683] Cfr. Parejo Gamir y Rodríguez Oliver (n. 402), señalan que "la concesión de dominio público hace surgir en el concesionario un auténtico derecho real administrativo" (p. 60), citando el trabajo monográfico de González Pérez, pero no justificando en modo alguno su aceptación. Por lo tanto, si bien es correcta su aceptación, le resta validez su acriticismo.

[684] Cfr. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial: Las relaciones jurídico-reales* (Madrid, Tecnos, 1983), 2, p. 74, autor que le dedica un parágrafo especial al tema, intitulado, precisamente, *"Los derechos reales administrativos"*, lo que no deja de ser importante de re-

También en Argentina se ha aceptado esta teoría, pudiéndose nombrar, por todos, a Marienhoff, para quien el derecho del concesionario de uso del dominio público es de naturaleza "real": es —dice— "un derecho real administrativo que se ejerce sobre una cosa: sobre una dependencia del dominio público".[685]

cc) En Chile

En Chile, la situación es aún más precaria que la descrita. Si bien hay cierto grado de conocimiento de la figura por la doctrina, ella no ha recibido ningún desarrollo, ni menos algún reconocimiento legislativo (aun cuando, estrictamente, este último pudiera no ser necesario frente a la realidad autónoma de la ciencia del derecho). Mostraremos aquí un breve panorama, para reforzar nuestras conclusiones y recomendaciones finales.

Así, de los antecedentes que podemos mencionar, se encuentra alguna doctrina civilista.

En el año 1930, Claro Solar, al analizar el art. 598 del CC, que regula el uso y goce de los bienes nacionales de uso público (bienes del dominio público, según la doctrina), trata la teoría de los derechos reales administrativos, tomándola de la 11ª edición del *Précis* de Hauriou,[686] y explica de un modo breve pero claro la posición de Hauriou al respecto. En cuanto al uso y goce general, que corresponde a todos los habitantes sobre algunos bienes nacionales (como calles, plazas, etc.), Claro Solar rechaza la posible aplicación de esta teoría, pues, a su juicio, "la teoría de los derechos reales administrativos no tiene en realidad base jurídica, y desnaturaliza el concepto de derecho real (...) y que sería contrario a su misma aplicación que les da el carácter de bienes nacionales de uso público, la constitución de un derecho exclusivo a favor de una persona determinada".[687]

Sin embargo este rechazo aparentemente general a la teoría, más tarde, el mismo Claro Solar, en la misma obra, siguiendo la tesis de Hauriou, acoge la teoría de los derechos reales administrativos. Señala este autor que, "independientemente del uso y goce que corresponde a todos los habitantes en los bienes nacionales de uso público, pueden ellos, en ejercicio de las facultades que las leyes les otorgan, o en virtud de permisos o concesiones de la autoridad competente, a que se refiere el art. 599 [del CC], tener otros derechos, que constituyen bienes patrimoniales suyos susceptibles, por lo mismo, de posesión"[688] (ci-

marcar, pues este tratamiento especial, y la sorprendente claridad de las ideas sobre este tema que demuestra tal autor, no es visible —en la mayoría de los casos— ni en los propios cultivadores del derecho administrativo.

[685] Cfr. MARIENHOFF (n. 417), p. 477.
[686] CLARO SOLAR (n. 468), 6, p. 242, Nº 217.
[687] CLARO SOLAR (n. 468), 6, p. 243, Nº 217, *in fine*.
[688] Cfr. CLARO SOLAR (n. 468), 9, p. 494, Nº 1824.

ta ejemplos: una merced de aguas).[689] Y sigue diciendo: "En todos estos casos y demás análogos, los particulares beneficiados no ejercitan el derecho de uso y goce que a todos los habitantes corresponde sobre los bienes nacionales de uso público, sino un *derecho especial* que han incorporado a su patrimonio, y que, por ejercerlo sin consideración a determinada persona que hubiera contraído la obligación correlativa, tiene los caracteres de un *derecho real*".[690]

Posteriormente, Alessandri y Somarriva[691] se refieren a esta categoría al estudiar las disposiciones del Código Civil relativas a la utilización del dominio público por los particulares. Distinguen, así, siguiendo elaboraciones *ius* administrativas, entre uso común y uso privativo, indicando que, en este último caso, nace un derecho real administrativo a favor del concesionario.

Desde el punto de vista administrativo, en 1960, Reyes Riveros[692] se refiere ampliamente a estas materias, con conocimiento de las fuentes francesas que hemos citado aquí, y desarrolla la categoría del derecho real administrativo, señalando sus caracteres, algunas críticas doctrinales y fijando, en fin, su posición, favorable al acogimiento de los derechos reales administrativos.[693] Del mismo modo, lo hará más tarde, en 1965, González Vergara.[694]

En fin, dentro de las pocas referencias que al tema encontramos en Chile, citamos a Alfonso Aracena,[695] quien, en 1971, manifestaba que "es necesario regular de manera expresa el uso de los bienes nacionales de uso público, tanto el común de todos los habitantes como el uso especial o preferente que otorgan el permiso y la concesión. En este último caso, con el objeto de terminar con las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, propiciamos el reconocimiento formal de que la concesión otorga al concesionario un derecho real administrativo...",[696] sin

---

[689] Nótese que, en el fondo, una merced es una concesión, en cuanto a naturaleza jurídica, por virtud de la evolución histórica de las instituciones.

[690] Cfr. CLARO SOLAR (n. 468), 9, p. 494, Nº 1824 (énfasis en el original).

[691] ALESSANDRI y SOMARRIVA, *Curso* (n. 472), pp. 127 y 128.

[692] Cfr. REYES RIVEROS, Jorge, *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960).

[693] REYES RIVEROS (n. 692), pp. 248 y ss. Un detalle: en la n. 528, p. 248, se indica a LAUBADÈRE dentro de los autores que acogen esta teoría, lo que no es así, como lo hemos señalado *supra*.

[694] GONZÁLEZ VERGARA, Ariel, *La concesión, acto administrativo creador de derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965).

[695] ALFONSO ARACENA, Hugo, *La legislación administrativa analizada por la aplicación que ella tiene en la realidad nacional y por las necesidades actuales*, en *Orientaciones del Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile - Universidad Católica de Chile, 1971), pp. 313-343.

[696] ALFONSO ARACENA (n. 695), p. 336.

analizar, no obstante, ni la naturaleza ni el contenido de esta categoría. Su proposición, en todo caso, por lo que veremos, tiene una validez permanente.

B) BREVE DESARROLLO DE LA TEORIA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS

a) *Su formulación*

¿Qué significa la teoría de los derechos reales administrativos? A través de ella se establece la naturaleza jurídica del derecho —normalmente exclusivo o privativo— que, sobre el dominio público, nace a favor de un particular a través de una concesión administrativa.

En otras palabras, ante los dos siguientes ingredientes: a) una dependencia del dominio público, y b) un procedimiento concesional previo (una concesión administrativa, como título), se trata de responder a la pregunta: ¿qué calificación jurídica tiene o debería tener el derecho que de ahí nace?

La teoría de los derechos reales administrativos ofrece la siguiente respuesta: se trata de derechos reales (pues se ejercen sobre una cosa), de naturaleza administrativa (pues se hallan regulados por principios de derecho administrativo).

Hacemos notar que el objetivo que en principio se tuvo en vista para tal planteamiento fue hallarles fundamento jurídico a las acciones posesorias de los concesionarios de uso del dominio público contra el Estado concedente.[697]

b) *Interrogantes que suscita ante la dogmática*

Para facilitar el desarrollo, analizaremos a través de interrogantes los problemas dogmáticos que suscita o podría suscitar esta teoría.

1º El ámbito de la categoría jurídica "derecho real"

¿Es posible aplicar, en derecho administrativo, un concepto como el de "derecho real", elaborado originariamente en y para el seno del derecho privado?

El propio Rigaud,[698] como sabemos, ampliamente conocedor

---

[697] Cfr. MARIENHOFF (n. 417), p. 476.

[698] Cfr. RIGAUD, *El derecho real* (n. 654), donde él mismo confiesa que la principal finalidad de sus investigaciones es intentar "precisar la noción

de esta categoría, señala que la noción "derecho real" es una forma inicial del pensamiento jurídico y nada obliga a limitar la teoría al derecho civil.[699] Dice Rigaud, en otro lugar, textualmente: "Mediante la teoría institucional, como hace constar Hauriou, el sistema jurídico se orienta claramente hacia las cosas y los derechos reales. La categoría de los derechos reales tiende a crecer y crece, gracias al desenvolvimiento de la teoría de las cosas y de las situaciones establecidas, en una doble dirección: primero en *derecho privado*, después en el *derecho público*. La categoría del derecho real nos aparece así de un modo general y rompiendo el marco estrecho del derecho privado patrimonial en el que hasta aquí parecía encerrado".[700]

Por consiguiente, si en la realidad administrativa encaja el concepto de derecho real, aun cuando haya sido elaborado ante otra disciplina (por antitética que sea en muchos aspectos), no hay inconveniente alguno en utilizarlo. No obstante, no es posible trasplantar sin más el concepto, pues, como dice con razón González Pérez, "la realidad jurídico administrativa ofrecerá peculiaridades acusadas que impondrán unas características determinadas de la figura".[701]

Por lo tanto, nuestra respuesta a este interrogante es: consideramos perfectamente aplicable en derecho administrativo esta categoría de los derechos reales, pero con una diferencia muy acusada a su realidad frente al derecho privado: el derecho real administrativo, al estar regido por el derecho administrativo, se disciplinará por un régimen de derecho administrativo, y sus principios regularán, o por lo menos limitarán, todo lo atinente a estos derechos reales administrativos,[702] afirmación esta que nos servirá, además, para argumentar nuestras respuestas a los siguientes interrogantes.

2º Su compatibilidad con la inalienabilidad del dominio público

¿Cómo se compatibiliza el derecho real administrativo —cuyo titular puede ser diferente a la Administración— con la inalienabilidad, características esencial del dominio público?

El interrogante, mirada la cuestión desde una perspectiva meramente privatística, pareciese ser definitivo y sin posible respuesta feliz. No obstante, es precisamente esa errónea pers-

completa y la naturaleza del derecho real, y determinar hasta dónde esta categoría podría abarcar su imperio y qué situaciones era capaz de abarcar" (p. 13, *in fine*).

[699] Cfr. RIGAUD, *La théorie* (n. 669), p. 2.

[700] Cfr. RIGAUD, *El derecho real* (n. 654), p. 374. Lo subrayado, en el original.

[701] Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ (n. 648), p. 16.

[702] Cfr. MARIENHOFF (n. 417), p. 477.

pectiva el origen de la verdadera respuesta. En efecto, como hemos dicho antes, estos derechos reales administrativos, como el dominio público, se rigen por principios del derecho administrativo, por lo cual debe respetarse el principio de la inalienabilidad. Pero, como veremos, tal quiebre no se produce.

La respuesta es, entonces, la siguiente: si bien es claro que los bienes de dominio público, por efecto de la inalienabilidad, están fuera del tráfico jurídico, pero —nótese— fuera del tráfico jurídico privado, existe, al lado de éste, un comercio jurídico público,[703] ante el que opera el derecho real administrativo, el cual en ningún caso choca en contra de la afectación del dominio público (ni contra su inalienabilidad, por tanto); mas, por el contrario, son perfectamente compatibilizables, a través de un precioso título administrativo: la concesión.

3º La eficacia *erga omnes*

¿Quiebra la eficacia *erga omnes*, esencial en todo derecho real, ante su (aparente) precariedad?

Y esta objeción parte desde la propia concepción que sobre el derecho real administrativo tenía su creador, Hauriou, quien señalaba que "el concesionario del dominio público es titular de un derecho ejercitable frente a todos, incluso frente a la Administración concedente, *salvo en la línea de precariedad*; pero esta línea de precariedad, muy estrecha, deja al derecho real toda una esfera de utilidades".[704] Y así opina, en general, la doctrina francesa que le sigue.[705]

Entonces, para llegar a tal objeción, se razona del siguiente modo: siendo característica esencial de todo derecho real su eficacia *erga omnes*, ésta no es —aparentemente— visible en los derechos reales administrativos, por el efecto de su "línea de precariedad", en las palabras de Hauriou, ante la Administración. Entonces —se dice—, no se trataría de un verdadero derecho real.

La respuesta: la verdad es que esta "precariedad" no existe para el derecho real administrativo, ni más ni menos que ante cualquier otro derecho real, ni aun frente a la Administración. O, como se ha dicho con razón por Dieude, "el derecho de propiedad mismo no es menos frágil frente al interés público".[706] Su única particularidad en este aspecto (lo que por lo demás le llena de garantías ante el derecho) es que se regirá por principios de derecho administrativo, como hemos señalado *supra*.

---

[703] Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ (n. 648), p. 21.

[704] Cfr. HAURIOU, *Précis* (n. 656), p. 799.

[705] Cfr., por todos: AUBY y DUCOS-ADER (n. 673), p. 367; PLANIOL, RIPERT y PICARD (n. 648), Nº 49.

[706] DIEUDE, citado por GONZÁLEZ PÉREZ (n. 648), p. 25.

c) *Definición y elementos*

Finalmente, basados en el desarrollo precedente, podemos decir que los derechos reales administrativos son aquellos derechos que, nacidos de una concesión, tienen por objeto una dependencia del dominio público.

Por lo tanto, en todo derecho real administrativo han de darse los siguientes cuatro elementos:

1º La existencia de un derecho, de un derecho subjetivo público;

2º La naturaleza de derecho real de éste, pues se ejerce sobre bienes;

3º El objeto del derecho son bienes de dominio público, y

4º Nace de un acto típicamente administrativo: la concesión administrativa.

2. Los derechos mineros como derechos reales administrativos

Con lo señalado queda dibujada *grosso modo* lo que es la teoría de los derechos reales administrativos. A continuación verificaremos su aplicación a los derechos mineros, y para ello analizaremos cada uno de los elementos de los derechos reales administrativos, que hemos señalado al final del parágrafo anterior, y cómo se cumplen respecto de tales derechos.[707]

A) Concurrencia de los elementos de todo derecho real administrativo respecto de los derechos mineros

a) Los derechos mineros son derechos subjetivos

Sin entrar en el controvertido tema de los derechos subjetivos,[708] podemos definirlos, siguiendo a De Castro, diciendo que "el derecho subjetivo es un poder concreto confiado a un miembro de la comunidad".[709]

---

[707] Un análisis general de los elementos de los derechos reales, para todo tipo de derecho real administrativo, véase en: González Pérez (n. 648), pp. 29 y ss., no incluyendo la concesión, la que no considera elemento esencial, si bien con la operatividad que nosotros le otorgamos: creadora de derechos reales.

[708] *Vide*, por ejemplo: Garrido Falla, *Las tres crisis del derecho público subjetivo*, en *Estudios García Oviedo* (n. 342), p. 177.

[709] Cfr. De Castro, *Derecho civil de España* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949), 1, pp. 638-639; Villey (n. 669), *passim*.

Dentro de la variada gama de derechos subjetivos, frente al dominio público, con frecuencia pasando de algunos comunes o generales a otros especiales o privativos, la teoría de los derechos reales administrativos se refiere a aquellos derechos privativos sobre el dominio público,[710] derechos exclusivos, y en ningún caso a aquellos de uso general o común, que tienen otra naturaleza y origen.

Y, como es posible comprobar al estudiar el contenido de los derechos mineros ante la legislación, ellos constituyen derechos exclusivos de aprovechamiento del dominio público minero. Entonces, son derechos subjetivos.

b) Los derechos mineros son derechos reales

Un derecho es real cuando se ejerce respecto de una cosa, esto es, recae sobre cosas.

Como los derechos mineros tienen por objeto la exploración o explotación de los "recursos minerales", cosas ante el derecho, por lo tanto, los derechos mineros constituyen un derecho real.

c) Los derechos mineros tienen por objeto un bien de dominio público

Los derechos reales administrativos, para ser tales, además de constituir un derecho subjetivo y ser de carácter real, deben tener por objeto un tipo de bienes específicos: aquellos que son parte o dependencias (o están afectados, que es lo mismo) del dominio público.

Siendo las minas dependencias del dominio público, los derechos mineros, en virtud de los cuales se aprovechan tales dependencias, tienen, entonces, por objeto un bien de dominio público.

d) Los derechos mineros nacen de una concesión

Los derechos reales administrativos nacen a través de una concesión administrativa,[711] como título, como instrumento de índole administrativa que es ésta.

Pues bien, los derechos mineros nacen a través de este título administrativo: la concesión.

---

[710] Cfr. MARIENHOFF (n. 417), p. 477.

[711] Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ (n. 648), p. 58. También señala la ley y la prescripción, lo que no desarrollaremos aquí.

e) Conclusión

Por lo tanto, de todo lo anterior podemos concluir que los derechos mineros son, ciertamente, en cuanto a su naturaleza jurídica, derechos reales administrativos.

Conclusión esta que, concerniente a los derechos mineros, si bien es compartida por algunos,[712] hay quienes la han rechazado expresamente;[713] otros nada dicen a su respecto (como olvidando el asunto) o confunden claramente los conceptos de "concesión" y "derecho real", cuyas diferencias conocemos, identificándolos (sobre lo cual nos referimos en seguida).

En todo caso, la cercanía a esta categoría administrativa de estos derechos mineros es comprobable históricamente, a través de un análisis de los principios del derecho minero, uno de los cuales es, precisamente, la condición de derechos reales administrativos que tienen los derechos mineros.

B) CONCESION Y DERECHO REAL: UNA CONFUSION DOCTRINAL

La concesión es un acto administrativo que sirve de título, de instrumento, y a partir del cual se crea un derecho real. Por lo tanto, es posible diferenciar claramente ambos conceptos: concesión y derecho real, no obstante que los dos forman parte de la relación jurídico-administrativa que une a concesionario y Administración a partir de la concesión. Se trata de institutos y categorías diferentes, los cuales no se engloban, en ningún caso, uno dentro de otro; tienen total independencia dogmática.

Así, por un lado, la concesión es un mero (pero importante) instrumento, es un acto, es puro procedimiento, a partir del cual se crean derechos.

Por otro lado, el derecho real es lo que nace de esa concesión, y, por ende, es una categoría de una naturaleza jurídica totalmente diferente a la concesión, con un contenido diverso, y con

---

[712] Cfr. GARRIDO FALLA, *Tratado* (n. 374), 2, pp. 545 y 550; ABBATE, Giusepe, *Beni minerari*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milán, Giuffré, 1976), 26, p. 413 (quien deja constancia de que el derecho del concesionario minero es de naturaleza real y público); PUGLIATTI, Salvatore, *La proprietà nel nuovo diritto* (Milán, Giuffré, 1954), p. 14 (quien señala que el derecho minero es de carácter real); PAREJO GAMIR y RODRÍGUEZ OLIVER (n. 402), p. 202, entre otros, pero no muchos más.

[713] Así, derivado de su rechazo a la teoría del derecho real administrativo: BALLBÉ, *Dominio público* (n. 354), niega que de la concesión minera surja un derecho real; para él de la concesión minera nace un "derecho subjetivo a su explotación" (p. 782, n. 72), lo que, pensamos, no tiene mayor claridad ni contenido; o, quizás, el mismo contenido que propugnamos.

la cual, si bien cabe conexión de causa a efecto, no es posible en ningún caso confundirla.

No obstante ello, la doctrina confunde habitualmente ambas categorías, fruto de lo cual se han derivado no pocas ambigüedades en esta materia (lo que demuestra, de paso, la falta de comprensión de la teoría de los derechos reales administrativos).

Como ejemplos doctrinales (sin ser exhaustivos), podemos mencionar, en España, a Arcenegui, quien habla que "la concesión demanial (...) constituye un verdadero derecho real de naturaleza administrativa";[714] Guaita dice que "la concesión es un derecho exclusivo y excluyente";[715] Parada Vásquez, quien señala, también erradamente, que "dogmáticamente, la concesión es un derecho real de aprovechamiento mineral";[716] etc.

En Chile, la confusión es asimismo frecuente, y no sólo se encuentra en la doctrina (que en esta materia no ha sido, a nuestro juicio, feliz y ha desarrollado conceptos equivocados en cuanto a naturaleza jurídica de la relación jurídico-concesional minera,[717] sino también, a consecuencia de lo anterior (por la falta evidente de obras epigonales, en el sentido de Guzmán,[718] en esta materia), esto se ha trasladado a la legislación, incluso a una codificación, como es el caso del art. 2º del CMi que, a cualquier jurista le resultaría insólito. Dice tal disposición legal:

La concesión minera *es* un derecho real...

Creemos que separar, jurídicamente, la concesión y el derecho real, como dos categorías jurídicas diferentes, es la respuesta correcta para superar estas confusiones.[719]

---

[714] Cfr. ARCENEGUI (n. 16), p. 37, afirmación que resulta doblemente sorprendente, pues este autor indica que la concesión es un acto administrativo, pero su confusión es tal que aun cuando en algún momento de su obra habla de que ésta "supone el otorgamiento de un derecho real administrativo" (p. 32), no justifica su afirmación ni el uso de tal concepto, desdiciéndose luego, al indicar que de las concesiones nacen meras "facultades" (p. 38), y no insistiendo en tal idea en todo su estudio. Es notorio, pues, aquí el desconocimiento de tal teoría, o su incomprensión, lo que se demuestra al no ser aplicada ante casos tan evidentes. Por lo demás, es inexcusable no mencionarla en este lugar, siquiera para rechazarla.

[715] GUAITA, *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas* (n. 16), p. 354.

[716] Cfr. PARADA VÁSQUEZ, *Derecho Administrativo* (Madrid, Marcial Pons, 1988), p. 212.

[717] Por ejemplo, véanse, por todos: LIRA OVALLE (n. 499), pp. 253 y 254, y OSSA BULNES (n. 16), p. 54, para quienes las concesiones *son* derechos reales.

[718] Véase GUZMÁN (n. 52), p. 119.

[719] Por último, ciertamente hay autores que han acertado a no confundir estas cuestiones, entre los que mencionamos a FERNÁNDEZ-ESPINAR (n. 420), p. 1309, para quien la concesión otorga "un derecho a la explota-

C) ¿QUE CLASE DE DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS SON LOS DERECHOS MINEROS?

a) La improcedencia de aplicar un criterio civilista

A pesar del excelente desarrollo de la teoría de los derechos reales administrativos que hace González Pérez en su monografía que venimos citando, hay un aspecto de tal desarrollo que, a nuestro juicio, no se compadece con los principios de derecho administrativo (o por lo menos en lo que dice relación con los principios del derecho minero).

En efecto, a la hora de clasificar los derechos reales administrativos, utilizando como criterio básico las facultades que confieren al sujeto, señala: "Como es de sobra conocido, tres son las categorías de derecho real que se vienen admitiendo por la doctrina: derechos reales de goce, derechos reales de garantía y derechos reales de adquisición. ¿Es posible la admisión de estos tipos tradicionales de derecho real cuando tienen por objeto el dominio público?"; y, luego de consignar como inadmisible la figura del derecho real de garantía, dice: "Nada se opone a la admisión de los restantes tipos de derecho real que nos ofrece el derecho privado: los llamados derechos de goce y los de adquisición".[720] Así, al estudiar los derechos de goce (según él, "el núcleo más importante de los derechos reales administrativos"),[721] que los clasifica en derechos de uso, derechos de disfrute y derechos que implican el consumo de la cosa, señala, respecto a los derechos mineros, específicamente, lo siguiente: "Problema interesante es el de determinar si el derecho otorgado por las concesiones mineras puede ser considerado como un derecho de disfrute, lo que está íntimamente ligado a si los minerales pueden ser considerados frutos de las minas", concluyendo que "no parece que exista inconveniente en considerar a los minerales como frutos y al derecho real concesionario como un derecho real administrativo de disfrute".[722]

b) Una polémica infructífera: la cuestión de los frutos de las minas

---

ción del mineral", que luego califica de "real", pero, al parecer, no maneja decididamente esta categoría dogmática de los derechos reales administrativos, pues no los menciona bajo tal denominación.

---

720 Cfr. González Pérez (n. 648), pp. 38 y 39.

721 Cfr. González Pérez (n. 648), p. 39.

722 Cfr. González Pérez (n. 648), p. 42.

La equivocada concepción sobre la naturaleza jurídica de la concesión minera, y, por tanto, de los derechos que surgían a partir de ella, dio lugar, en España, a una línea doctrinaria errada que consideraba a los minerales, con criterio civilista, como frutos de las minas.

Así, antes de González Pérez, se habían ocupado de esta cuestión de las minas como frutos, con perspectiva civilista, Martín-Retortillo y Díez-Picazo.[723]

La verdad es que, a nuestro juicio, todo lo anterior, y en lo que respecta a los derechos mineros, esto es, a esta categoría especial de derechos reales administrativos que nace de toda concesión minera, estas consideraciones no resultan adecuadas.[724]

No obstante la reacción de Villar Palasí,[725] quien niega el carácter de frutos de los minerales, su crítica es parcial y no apunta a su centro: no se trata de discutir si son los minerales frutos o no, sino que, a nuestro juicio, debe dejarse clara a priori la imposibilidad de aplicar instituciones civiles a esta materia de índole puramente minera, y como la categoría jurídica "frutos" no es admisible dentro del derecho minero (como tampoco lo es su antecedente: la propiedad), este solo hecho permite hoy pensar en lo infructífera que habría sido tal polémica.

En efecto, la categoría "frutos", proveniente del derecho civil, no tiene cabida en el derecho de minas (que es, recuérdese, disciplina autónoma, y aplica, por tanto, sus principios), sobre todo porque los recursos minerales (las minas) son independientes, jurídicamente, del suelo, del fundo, y no se trata aquí de "producciones de la tierra" ni de algo "que producen los predios" (según los términos del art. 355 CC español), y, mayormente, por una razón propia del derecho minero, que irradia principalmente sobre todos los derechos reales administrativos: el interés público. Este interés público le otorga características muy especiales al derecho minero, el que es parte de una particularísima relación jurídico-administrativa nacida de la concesión entre la Administración y el concesionario, todo lo cual hace imposible su identidad, siquiera terminológica, con ninguna de las categorías de derechos reales que ha conocido el derecho civil.

---

723 Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo, *Los frutos de las minas*, en *Anuario de Derecho Civil*, V, 3 (1952), pp. 1019-1046, y DÍEZ-PICAZO, Luis *Naturaleza jurídica de los minerales ¿Tienen o no la condición de frutos?*, en *Anuario de Derecho Civil*, VII (1954), pp. 365-376.

724 Un intento crítico sobre el tema de los frutos de las minas existe en ARCENEGUI (n. 16), p. 120, pero su desconocimiento del alcance jurídico de la categoría de los derechos reales administrativos le impide avanzar en la dirección correcta. Si bien su crítica es atinada (dice que "es un error diferenciar la mina del mineral"), no acierta abrir camino en ninguna dirección.

725 Cfr. VILLAR PALASÍ, *Naturaleza y regulación de la concesión minera* (n. 16), p. 102.

Por lo que el alcance del derecho minero llega hasta el "aprovechamiento" de la riqueza minera, y en todos sus matices administrativos. Una vez efectuado ese aprovechamiento (o, en palabras más gráficas: una vez arrancado el mineral de la tierra), y sólo desde entonces, comienza la vigencia del derecho civil, y ante él, en consecuencia, ninguna importancia ni incidencia (ni posibilidad de hacerlo existirá, por lo demás) tendrá efectuar esta distinción entre si son frutos o no. Han nacido, desde que son arrancados de la tierra, unos nuevos bienes (los minerales, separados del yacimiento), los que podrán ser objeto de propiedad y de cualquier otro derecho, en virtud de los negocios e instituciones del derecho civil (o, incluso, comercial). Pero sólo desde que son arrancados, pues hasta ahí llega el alcance del derecho minero.

c) La respuesta del derecho minero

En suma: los derechos mineros son una clase especial de derechos reales administrativos, con unas características también muy especiales, impuestas principalmente por estar en medio de la relación jurídico administrativa que, luego de la concesión minera, vincula a la Administración y al concesionario, y por el interés público que hay envuelto en todo ello. A esta clase nosotros denominamos —siguiendo amplios y conocidos antecedentes legislativos y doctrinales, no obstante, de no mayor precisión dogmática al respecto—: "derechos de aprovechamiento".

Por lo tanto, a la pregunta ¿qué clase de derecho real administrativo es el derecho administrativo minero?, respondemos: a los derechos mineros no es posible aplicarles ninguna de las clasificaciones que sobre los derechos reales conoce el derecho civil, pues los derechos mineros responden a una clase especialísima —no desarrollada por completo aún dogmáticamente— denominada "derechos de aprovechamiento", y, en nuestro caso, "derechos de aprovechamiento minero".

A un breve intento de desarrollo dogmático de la categoría "derecho de aprovechamiento" corresponden las siguientes líneas.

3. Caracterización jurídica del derecho de aprovechamiento minero: una hipótesis

Para la plena comprensión del derecho de aprovechamiento minero (o, como se quiera: derechos reales administrativos-mineros, o simplemente, derechos mineros) se ha de partir de un presupuesto lingüístico: la consideración del significante "aprovechamiento", como término clave en esta materia.

En efecto, por la propia naturaleza de las cosas, los derechos que nacen de las concesiones mineras, siempre tendrán que tener una relación con la finalidad que justifica su otorgamiento: aprovechar la riqueza minera de la nación. El único sentido que ha tenido toda la instrumentación jurídica del sector minero es lograr un mejor aprovechamiento de los yacimientos minerales, y el principal derecho que otorgará siempre una concesión —así como también la principal obligación— dirá relación estrecha con el aprovechamiento de los minerales. Es por esta razón que, en general, es posible denominar a los derechos mineros, con toda propiedad, como derechos de aprovechamiento, pues de eso se trata: de aprovechar la riqueza minera.

Esta estrecha relación con el aprovechamiento se manifestará profundamente en el anverso y reverso, necesario y contrapuesto, de todo derecho subjetivo; es que todo derecho subjetivo está compuesto, como el cara y cruz de una moneda, por dos elementos inseparables: por un lado, las facultades, pero, por otro, también está compuesto de obligaciones. Es lo que se puede llamar un "derecho-deber". Así:

1º La principal facultad de todo derecho minero dice relación con algo que le es consustancial: la posibilidad de aprovechar las sustancias minerales, y, accesoriamente, cubre todas las facultades que encaminen a su titular a tal fin. Siempre el principal derecho del concesionario minero dirá relación, directa o indirecta, con el aprovechamiento de la riqueza minera. Las demás facultades que acompañen a esta principal, siempre le serán accesorias o tendrán por finalidad coadyuvar a su ejercicio; y

2º La principal obligación de todo derecho subjetivo minero siempre dirá relación con el aprovechamiento necesario, y por tanto obligatorio; debe aprovecharse efectivamente la riqueza minera, pues de otro modo no habría tenido sentido alguno el otorgamiento de la concesión.

En suma: el aprovechamiento de la riqueza mineral está por encima de toda la estructura de este derecho subjetivo público denominado derecho minero, y viene impuesto por un móvil general que siempre estará presente: el interés público exige que se cumpla el fin del aprovechamiento. De otro modo, se derrumbaría el edificio entero del régimen jurídico de las minas, pues fue el interés público el que exigió la *publicatio* de las minas; en virtud de él se elige el modo más idóneo —la concesión— para crear derechos mineros, los que obviamente no pueden desentenderse de tal interés público.

Por tanto, en breves palabras, los derechos mineros (como todo derecho subjetivo) no sólo facultan al concesionario al aprovechamiento, sino que, además, le obligan al cumplimiento

de tal fin. Si no fuese así se desnaturalizaría por completo la finalidad de la creación de esta especial forma de derecho subjetivo público.

Finalmente, y con el objeto de argumentar aún más esta idea, debe tenerse presente en esta materia el correcto alcance que de los siguientes conceptos otorga el *Diccionario de la Lengua Española*:[726]

Aprovechamiento: Acción y efecto de aprovechar o aprovecharse.

Aprovechar: Servir de provecho alguna cosa. / Emplear útilmente alguna cosa. / Hacer provechosa o útil alguna cosa, mejorarla.[727]

Explotación: Acción y efecto de explotar.

Explotar: Extraer de las minas la riqueza que contienen.[728]

Reconocimiento: Acción y efecto de reconocer o reconocerse.

Reconocer: Examinar con cuidado a una persona o cosa para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias. / Registrar, mirar por todos sus lados o aspectos una cosa... / Registrar para enterarse bien del contenido...

Exploración: Acción y efecto de explorar.

Explorar: Reconocer, registrar, inquirir o averiguar con diligencias una cosa o un lugar.

Investigación: Acción y efecto de investigar.

Investigar: Hacer diligencias para descubrir una cosa.

Basados en el pequeño repertorio de voces (sólo atinentes a

---

[726] Se les otorga a los conceptos que siguen el significado que señala el *Diccionario de la Lengua Española* (n. 3), aunque, como sabemos, no siempre muy preciso en materia jurídica, pero sí en el significado "común y obvio" de las palabras generales, que es a lo que ahora recurrimos.

[727] El *Diccionario de la Lengua Española* (n. 3) cita el ejemplo del "aprovechamiento de aguas", en derecho, lo que, por analogía (pues descansa este sector sobre los mismos principios que el derecho de minas), con alguna indicación, es posible comprenderlo respecto de las minas. Dice, de este "aprovechamiento de aguas", lo siguiente: *"Derecho por ley, concesión o prescripción de utilizar para usos comunes o privativos aguas de dominio público"*.

[728] Unica expresión a la que el *Diccionario de la Lengua Española* (n. 3), como vemos, le concede aplicación directa a la industria minera, al señalarla expresamente referida a las "minas".

las diversas formas de aprovechamiento que establece el CMi), podemos decir (y como es posible advertirlo de la propia terminología empleada por el CMi) que "aprovechamiento" es el concepto central, el término clave para el correcto entendimiento del contenido y efectos de las concesiones mineras, y a partir del cual se pueden reconstruir perfectamente sus dos fases de que hablábamos:

1º El aprovechamiento, mirado desde el punto de vista de la facultad, es, entonces, la posibilidad de aprovechar, y según los casos, para el CMi, a través, v. gr., del reconocimiento, exploración, explotación, etc., ya que todas ellas serían formas de aprovechamiento; y

2º El aprovechamiento, mirado desde el punto de vista de la obligación, constituye, entonces, la necesidad, legalmente exigible, de aprovechar. En este punto entroncamos con la necesidad de trabajar efectivamente los yacimientos minerales[729] (no obstante su falta de reconocimiento actual por el CMi, que reduce esta obligación sólo al pago de una tasa).

Por tanto, y derivado como consecuencia de las conclusiones anteriores, pensamos que el estudio de las distintas formas de "aprovechamiento" que emergen de los derechos mineros debe efectuarse desde esta doble perspectiva: como derecho (facultad) y como obligación (deber).

III. LOS DERECHOS MINEROS EN CHILE

Se estudiarán aquí principalmente los efectos de las concesiones mineras, esto es, los derechos y obligaciones que para los titulares surgen de aquéllas, ante la legislación chilena. Además, estudiaremos las facultades que concede la ley en forma previa

---

[729] Y aquí debemos recordar al respecto lo que dice el *Diccionario de la Lengua Española* (n. 3) sobre:

Trabajo: Acción y efecto de trabajar.

Trabajar: Ocuparse en cualquier ejercicio, obra o ministerio. / Solicitar, procurar e intentar alguna cosa con eficacia, actividad y cuidado. / Aplicarse uno con desvelo y cuidado a la ejecución de alguna cosa.

Recalcamos la importancia de tener en mente estas acepciones, sobre todo las últimas, porque —por el interés público que hay detrás— no se trata de una mera actividad, sino que debe ejecutarse con cuidado, desvelo, eficacia, etc.

a la concesión, por tratarse, en general, de efectos similares, a veces de menores facultades o gravámenes.

1. De la facultad de catar y cavar

Normalmente los yacimientos mineros se encuentran ocultos bajo el suelo, por lo que es precisa la búsqueda, a través de trabajos de investigación.[730] Por lo tanto, el contenido del art. 14 inc. 1º del CMi está de acuerdo con lo anterior.

Debe dejarse perfectamente claro que para ejercer este derecho de catar y cavar no es necesario por lo común, y salvo las excepciones que señalaremos, concesión especial alguna. Es éste un derecho, cuya naturaleza jurídica es difícil de precisar, concedido, en general, "a toda persona", por lo que podría pensarse que no es ni real ni personal, pues no es exclusivo y no se tiene respecto a determinada persona.

Precedentemente, en este mismo capítulo, hemos estudiado la naturaleza jurídica de los derechos exclusivos de aprovechamiento del dominio público, a los que se denomina derechos reales administrativos, y en este caso, según la doctrina, debiera denominárselos derechos administrativos de uso.[731]

a) *Requisitos*

Pero esta facultad no puede siempre ejercerse libremente, aunque su objeto sean bienes del dominio público, sino que en resguardo de otros intereses, ya sea públicos o privados, está sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones o requisitos. En otros casos, sencillamente, se prohíbe su ejercicio.

Entonces, estudiaremos esta materia analizando estos cuatro casos:

1º Cesa ante la *concesión ajena*

Cesa, jurídicamente, esta facultad general ante la existencia de una concesión minera ajena. Esto es algo obvio, pero que la ley se encarga de decirlo expresamente (*vid.* art. 14 CMi), pues la concesión, ya sea de exploración o de explotación, por su carácter de exclusividad del derecho que otorga (arts. 113 y 116 CMi),

---

730 En el fomento de esta búsqueda reside en gran parte el interés público, lo que se suple, en muchos casos, con acciones directas de parte de la Administración.

731 Cfr. González Pérez (n. 648), p. 40. Es lo que los franceses llaman *"aisances de voire"*.

impide toda otra exploración o explotación que no provenga de su titular; es una consecuencia lógica del efecto normal de toda concesión sobre el dominio público, y especialmente de las concesiones mineras: conllevan la extinción del aprovechamiento general del dominio cuando éste existía con anterioridad.[732]

Una vez constituida una concesión sobre una determinada porción de suelo, cesa esta facultad general "para toda persona" de catar y cavar, y sólo lo puede realizar en tal terreno, exclusivamente, el concesionario minero. Así pues, debe tenerse presente esta primera e importante excepción a tal facultad.

2º En terrenos abiertos e incultos

"Se podrá catar y cavar, libremente, en terrenos abiertos e incultos, quienquiera sea su dueño", señala el art. 15 inc. 1º del CMi. Es obvio que esta disposición se refiere a terrenos ajenos, pues la exploración que puede hacerse en los propios es una consecuencia de las facultades que emanan del dominio.[733]

Para que pueda operar esta facultad en terrenos ajenos es necesario que concurran copulativamente los dos requisitos que establece la ley: que los terrenos sean abiertos y, además, que sean incultos; ello es consecuencia de la conjunción copulativa "e" que se incluye en su texto.

Efectivamente, esta facultad podrá ejercerse sin trabas ante la mayoría de los yacimientos mineros, pues normalmente —en Chile— éstos se encuentran situados en terrenos cordilleranos, los que obviamente no son cultivables y no tienen cierros.

3º En los demás terrenos: permisos

En los demás terrenos, según el art. 15 inc. 2º del CMi, *"será necesario el permiso escrito del dueño del suelo..."* Se trata, evidentemente, de aquellos terrenos cerrados y a la vez cultivados, o abiertos pero cultivados, o, en fin, incultos que estén cerrados.

En estos terrenos será posible catar y cavar, ya no libremente, pero sí cuando lo permita por escrito el dueño del suelo, su poseedor o su tenedor (v. gr., arrendatario), o el gobernador o el alcalde, según los casos. ¿Qué ocurre si estas personas se niegan a dar el permiso (o ponen obstáculos a la facultad en los casos de terrenos abiertos e incultos)? Esto lo soluciona el art. 15 inc. 3º del CMi: se debe recurrir al juez. Este permiso que otorga el juez debe fijar las condiciones de la búsqueda, de acuerdo a criterios que señala la ley.[734]

---

[732] Cfr. VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* (n. 238), p. 767.
[733] Cfr. RUIZ BOURGEOIS, Julio, *Instituciones* (n. 16), 1, p. 84.
[734] Véase art. 16 del CMi.

No obstante, hay una importante excepción, y existe un permiso que sólo el dueño puede otorgar, y no puede ser suplida su autorización, ni aun por el juez: la exploración en casas o sus dependencias y en los terrenos plantados de vides o arbolados; la ley es explícita, y así lo disponen los arts. 15 inc. 4º del CMi y 7 *in fine* de la LOCCMi.

4º Permisos especiales

A estos permisos especiales se refiere el art. 17 del CMi, en que se señalan los seis[735] casos en que son necesarios. En todos ellos se cautelan intereses públicos, y que justifican la adopción de medidas especiales.

Existe un mayor desarrollo de la tramitación necesaria para la obtención de estos permisos especiales en los arts. 3º a 7º del RMi.[736] Sólo queremos resaltar su art. 7º, pues su contenido puede llamar a duda. Dice tal art. 7º del RMi:

> Mientras se tramita una concesión minera el solicitante podrá pedir, desde luego, el o los permisos del artículo 17 del Código, para ejecutar las labores mineras que conforme a las normas generales podrá realizar si su concesión llegara a constituirse. Por lo tanto, el o los permisos que se otorguen en virtud de esta disposición quedarán sujetos a la condición suspensiva de que la concesión se constituya. Mientras tal condición no se cumpla, el solicitante no podrá, en caso alguno, ejecutar las respectivas labores.

Esto quiere decir, según el RMi, que las labores mineras, en estos sitios, no podrán efectuarse sino bajo dos condiciones: a) que se otorgue un permiso especial de los que trata el art. 17 del CMi, y b) que se constituya la concesión.

Es claro que ante cualquier supuesto, para ejecutar toda "labor minera"[737] son necesarios estos permisos, pues es una exi-

---

[735] Estos seis casos son los señalados en los Nºs. 1º a 6º de este art. 17 del CMi, en que se necesita el permiso de las autoridades que se indican. Debe tenerse presente que, de acuerdo a lo señalado en el mismo art. 17 inc. 3º del CMi, en algunos casos debe concurrir la existencia previa de un decreto supremo, sin el cual no será necesario tal permiso.

[736] Se indica la autoridad ante la cual se presenta la solicitud: siempre ante el gobernador, y éste la remitirá a la autoridad competente (art. 3º); el contenido de la solicitud (art. 4º); el plazo para resolverla: noventa días máximo (art. 5º); la exigencia de resolver fundadamente, pudiendo prescribirse aquí otras medidas "que convenga adoptar en interés de la defensa nacional, la seguridad pública o la preservación de los sitios allí referidos" (arts. 17 inc. 2º CMi y 6º RMi); y lo que señalamos en el texto principal respecto del art. 7º del RMi.

[737] Ya sea en virtud del art. 14 del CMi (esto es, para catar y cavar, como toda persona), del art. 53 (esto es, como titular de pedimento o manifestación inscritos), del art. 113 (esto es, como titular de una con-

gencia que establece el CMi. De este modo, el RMi no podría, legítimamente, sin contradecir el CMi —y transformarse, de este modo, en ilegal—, limitar el ejercicio de estos trabajos allí donde el CMi no lo hace. Por lo tanto, frente a la clara habilitación legal del art. 53 del CMi, una vez obtenida la autorización respectiva, el titular de manifestación o pedimento podrá llevar a cabo las labores mineras "necesarias para constituir la concesión", pues el art. 7º del RMi, frente al art. 53 del CMi, sería, en este aspecto, ilegal; decir que mientras no se constituya la concesión "el solicitante no podrá, en caso alguno, ejecutar las respectivas labores", es atentar en contra del claro tenor del art. 53 del CMi, lo que hace al RMi, en este punto, inaplicable, por ilegalidad.[738]

Por lo tanto, la única exigencia para catar y cavar en estos terrenos (y, más tarde, para constituir la concesión y para explorar y explotar con exclusividad, en su caso) es el respectivo permiso especial. Sería ilógico pensar —como lo quiere ilegítimamente el RMi— que deba esperarse a la constitución de la concesión (con todo el costo que ello significaría) para verificar si vale la pena —precisamente— constituir la concesión. La exigencia adicional del RMi desnaturaliza la facultad de catar y cavar, establecida justamente para verificar si se constituirá o no concesión.[739]

En todo caso, existe una salida airosa para tal desaguisado del RMi: considerar que sólo se refiere a las "labores mineras" exclusivas, y no a las de catar y cavar (del art. 14) o de constitución de las concesiones (art. 53). Entonces, la ubicación de la disposición sería equivocada y la terminología utilizada (con una palabra tan amplia como: trabajos mineros) habría sido poco feliz.

---

cesión de exploración), o del art. 116 (esto es, como titular de una concesión de explotación), por los términos amplios del art. 17 y, sobre todo, por la ratificación de la validez de su limitación efectuada en los arts. 116 y 117 (de lo que deducimos su vigencia implícita en el caso del art. 53 CMi). *Vide*, para mayor comprensión, *infra*.

738 Cfr. sobre la ilegalidad del reglamento, aplicada en este caso: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso* (n. 527), 1, p. 216. En Chile, ello resulta de la aplicación de los arts. 7, 24 y 32 Nº 8 de la Constitución.

739 Es tan cierta nuestra interpretación de la ilegalidad del RMi en este punto, que se ve ratificada en el propio art. 19 inc. 4º del CMi, que se refiere a la constitución de servidumbres, y para el caso del art. 17 (que señala expresamente) indica la exigencia de acompañar el permiso. Lo importante es que esta servidumbre la constituye precisamente quien aún no es concesionario, pues para él rigen los arts. 120 y ss. del CMi. Por lo tanto, "toda persona" (y el manifestante o el peticionario) puede efectuar labores mineras en los lugares a que se refiere el art. 17, antes de constituir la concesión, bastando el permiso escrito, y pudiendo constituir, incluso, servidumbres para ello.

Nada dicen ni el CMi ni el RMi para el caso de negativa infundada, o de silencio administrativo, casos en los cuales deberá recurrirse a las reglas generales.[740]

¿Qué ocurre si se realizan labores mineras sin contar con permisos especiales? Su contravención se sanciona con elevadas multas, concediéndose acción pública para su denuncia, y pudiendo el juez, en todo caso, decretar la suspensión provisional de las labores (art. 18 CMi). Ninguno de estos efectos (multa, acción pública ni suspensión provisional de las labores) podría regir para el caso atípico e ilegal del art. 7º del RMi; por lo tanto, el único caso en que rige esta norma sancionadora es para la falta de permiso.

b) *Contenido*

Su contenido está señalado en el art. 19 inc. 1º del CMi. Los incisos siguientes reglamentan la forma de la constitución de las servidumbres a que aquél se refiere. Agrega el CMi, además, una norma especial en el art. 20, para dar cabida a los modernos medios tecnológicos de localización minera.

Finalmente, también puede efectuar trabajos de cata y cava el Estado, a través de sus servicios, a lo que nos referimos en el capítulo siguiente, por comprenderse, más que nada, en su facultad de intervención administrativa.

2. Derechos emanados de los pedimentos y manifestaciones

En la constitución de las concesiones mineras ocupa un lugar importante el escrito con que se inicia el procedimiento, llamado, para el caso de las concesiones de exploración, "pedimento", y, para el caso de las concesiones de explotación, "manifestación". Además de la importancia que ellos tienen por la preferencia que de ahí nace para constituir la concesión, en su caso,[741] emanan para su titular, una vez inscritos, importantes derechos. Antes de estudiar su contenido, haremos una precisión técnica.

---

[740] En su caso, juicio sumario (art. 233 CMi), o, si cabe, recurso de protección (art. 20, en relación con el art. 19 Nº 24 inc. 6º, *in fine*, de la Constitución. *Vide* sobre éste: Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982).

[741] *Vide* art. 41 del CMi y capítulo anterior, III, 2.

A) PRECISIONES PREVIAS

En tal sentido debe tenerse en cuenta el art. 54 del CMi. Su redacción, no obstante, adolece de confusión: entre la técnica (la manifestación o el pedimento, como partes del procedimiento concesional) y el derecho minero (el derecho que emana de la manifestación o el pedimento). Decir que el pedimento o la manifestación, inscritos, "constituyen" (esto es, hacer que una cosa sea de cierta calidad o condición)[742] derechos reales, es confundir las cosas. Ocurre aquí lo mismo que con el concepto de concesión (otra técnica), que se lo confunde con el derecho que emana de tal título,[743] Esta actitud legislativa, que no acertamos cómo calificarla,[744] confunde la naturaleza de las instituciones jurídicas. La manifestación y el pedimento son meros trámites administrativos que no tienen otra función que representar un papel importante dentro del procedimiento de constitución de las concesiones mineras, de los que, cumplidas ciertas exigencias legales (inscripción), pueden emanar derechos a favor de su titular, esto es, pueden llegar (el pedimento y la manifestación) a ser títulos de los cuales emanan derechos, pero jamás puede llegar a ser el derecho mismo, como, en forma incorrecta, señala el CMi.

La desnaturalización de esta técnica, de la cual emanan, como decimos, derechos reales administrativos, no se comprende, pues perfectamente pudo haberse dicho: "(D)el pedimento y (de) la manifestación, inscritos, (emanan) derechos reales..., etc.", en lugar de hablar de "constituyen", que, a todas luces, es un error del legislador.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la manifestación y del pedimento? Se trata sin dudas de actos de particulares que, ante el derecho administrativo, son verdaderas "solicitudes". Se trata de actos jurídicos emanados por los particulares en ejercicio de las potestades y derechos que, en cuanto tales, les reconoce el ordenamiento jurídico; en este caso, el art. 22 del CMi ("toda persona puede hacer manifestaciones o pedimentos..."). Estos serían de aquellos actos que —según la doctrina—[745] explican el

---

[742] Cfr. *Diccionario de la Lengua Española* (n. 3), voz "constituir".

[743] *Vid.* arts. 2º de la LOCCMi y 2º del CMi. Asimismo, lo que decimos *supra* cap. VI, III, 1, *ab initio*.

[744] Podríamos decir que se trata de una "patrimonialización de las técnicas", pues los derechos reales, ya civiles, ya administrativos, como es el caso de los derechos mineros, son parte del patrimonio. Lo normal, sabemos, es que de un título nacen derechos. Con la terminología del CMi, con una misma palabra se quieren comprender diferentes conceptos, lo que en la forma es ambiguo, y en el fin —pues ya lo conocemos— es jurídicamente inaceptable.

[745] Cfr., por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso* (n. 527), 2, p. 87.

nacimiento, desarrollo y extinción de toda una serie de relaciones jurídicas en las que dichos actos inciden y de las que, incluso, constituyen con frecuencia —y éste es el caso que aquí tratamos— un presupuesto necesario.

Por lo tanto, teniendo estos trámites el apoyo de una norma específica que reconoce al interesado una iniciativa cualificada en orden a provocar la actuación administrativa (en este caso, en sede judicial), se está en presencia de una verdadera "solicitud", que comporta el deber de la Administración de poner en marcha el procedimiento respectivo y de dictar una resolución, previa la adecuada instrucción y tramitación del mismo. Este es el caso de la concesión, que, como se ha señalado,[746] se articula en torno al principio de rogación.

Entonces, una vez hecha la presentación del escrito de manifestación o pedimento, en su caso, surgen derechos para el peticionario:

1º El principal es un derecho real administrativo (así calificado por la doctrina):[747] el derecho a obtener la concesión minera, y, en caso de presentarla respecto a un determinado terreno en primer lugar, con preferencia a cualquier otra persona: art. 41 del CMi;

2º Luego de inscrito el escrito respectivo, nace un derecho real administrativo adicional: la posibilidad de efectuar, según el caso, algunos trabajos mineros de constitución de la respectiva concesión: art. 53 del CMi, derecho que, sin duda, es un derecho real administrativo,[748] con la posibilidad eventual —en el caso de la manifestación— a apropiarse de sustancias minerales, esto es, aprovechar. En virtud de ello, podríamos calificarlo como un derecho real administrativo "preconcesional"; y

3º Aún más, en virtud de ellos, existe la posibilidad de imponer servidumbres al predio respectivo, y forzar su entrada al lugar que coresponda, por medio de la fuerza pública (arts. 53 incs. 1º y 3º y 19 CMi).

B) CONTENIDO DE LOS DERECHOS

Veremos ahora, separadamente, los derechos que emanan del pedimento y de la manifestación. Luego de ello, analizaremos un efecto común a ambos.

---

[746] Cfr. García de Enterría y Fernández, *Curso* (n. 527), 2 p. 89.
[747] Cfr. González Pérez, (n. 648), p. 45.
[748] Cfr. González Pérez, (n. 648), p. 40, y *supra* este capítulo, II.

a) *Derechos que emanan del pedimento*

En esta materia debe tenerse presente el contenido del art. 53 inc. 1º del CMi.

aa) *Alcance general*

Previo a analizar esta cuestión, no debe olvidarse que "*toda persona*" tiene la facultad de catar y cavar, en las condiciones que hemos visto *supra;* por lo que las facultades que dicen relación con el pedimento son, por así decirlo, mayores.

En todo caso, esta facultad sólo puede ejercitarla el titular y dentro de la extensión que cubre el terreno pedido. Sus facultades dicen relación con "los trabajos necesarios para constituir la concesión de exploración", esto es, establecer las obras necesarias para verificar cómo se efectuará la amplia exploración (calicatas y labores técnicas pertinentes más desarrolladas) a que someterá posteriormente al terreno, una vez otorgada la concesión; en otras palabras, constituir la concesión es efectuar los preparativos necesarios para, una vez llegado el caso, ejercer las facultades amplias de concesionario de exploración. Si bien la ley, en este caso, no explicita en qué consiste la constitución, a través de ejemplos, sí podemos deducir que ello significa poder ocupar el predio respectivo en toda la extensión necesaria para trabajos mineros (*vid.* art. 8º LOCCMi); examinar la tierra y abrirla para investigar (art. 19 CMi); y, lo más importante, también integra sus facultades (igual que "toda persona": art. 14 CMi), "la de imponer transitoriamente sobre los predios superficiales las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales" (art. 19 CMi, las que se constituirán de acuerdo al procedimiento que señala esta disposición).

El titular de un pedimento, además, puede reunir una condición accesoria, por haber presentado el pedimento antes que otro, y tener derecho a una "preferencia", que le presume "descubridor", y poder constituir la concesión definitiva de explotación con preferencia a cualquier otro interesado (*vid.* art. 41 CMi). No debe perderse de vista que esta preferencia también es un derecho que emana, precisamente, del pedimento.

bb) *Derechos específicos*

En suma, el haz de derechos del titular de un pedimento, que es a la vez titular de un derecho real administrativo, serían los siguientes:

1º El pedimento, en su calidad de "solicitud" administrativa, autorizada por la ley (art. 22 CMi), otorga derecho a su titular a exigir la puesta en marcha del procedimiento de constitución

de la concesión de exploración, y a que se dicten las respectivas resoluciones de acuerdo a los trámites que señala el CMi.

2º Como consecuencia de lo anterior, y es aquí donde adquiere la categoría dogmática de un derecho real administrativo (del cual emanan los demás), el titular tiene el derecho a obtener una concesión administrativa, en este caso, la concesión minera de exploración, previo el procedimiento respectivo.

3º Vinculado a lo recién señalado, y como complemento, en caso de tener la preferencia que indica la ley (art. 41 CMi), el titular tiene derecho (y es una manifestación más de aquel derecho real administrativo) a obtener una concesión administrativa, con preferencia a cualquier otro interesado sobre el mismo terreno. Esto es lo que se llama derecho de preferencia.

4º El derecho a efectuar "los trabajos necesarios para constituir la concesión de exploración", incluso con la ayuda de la fuerza pública si fuese preciso (art. 53 CMi), y, en caso necesario, a obtener las servidumbres que señala la ley (art. 19 CMi).

b) *Derechos que emanan de la manifestación*

Su contenido emana, principalmente, de lo que dispone el art. 53 inc. 2º del CMi.

aa) *Alcance general*

Recordamos igualmente aquí lo que dijimos en el caso anterior: "*toda persona*" tiene derecho a catar y cavar, por lo que las facultades que emanan de la manifestación son, en este sentido, mayores, y, por tanto, nunca inferiores.

Por otro lado, las facultades que emanan de la manifestación sólo podrá ejercerlas su titular y dentro de la extensión que cubre el terreno manifestado.

bb) *Derechos específicos*

De acuerdo a lo señalado por el CMi, los derechos que tiene el manifestante, en relación directa con el yacimiento minero, son:

1º El derecho a "*efectuar todos los trabajos necesarios para reconocer la mina y para constituir la pertenencia*".

En caso que no se trate de un manifestante que hace uso del derecho que otorga una concesión de exploración (art. 41 inc. 2º CMi, y que por tanto ya conoce materialmente el terreno y ha efectuado los reconocimientos necesarios para conocer los yacimientos existentes), el manifestante necesita efectuar los traba-

jos de reconocimiento para conocer los yacimientos y verificar las porciones de terreno que le interesará mensurar más tarde; como dice la ley, *"reconocer la mina"*, y para ello, obviamente, podrá necesitar (como puede hacerlo *"toda persona"*: arts. 14 y 19 CMi) *"examinar la tierra y abrirla para investigar"*. Pero no sólo esos trabajos de reconocimiento puede efectuar, sino también "los trabajos necesarios (...) para constituir la pertenencia", los que dicen relación con todas las acciones que comprenda la operación de mensura: construcción de hitos de referencia (art. 74 CMi); la medición de la pertenencia, con la posibilidad de usar en el sitio todos los instrumentos que para ello sean necesarios; la colocación de los linderos; etc. En fin, recuérdese que los predios están sujetos al gravamen de ser ocupados en toda la extensión necesaria para estos trabajos mineros (art. 8º LOCCMi).

2º Es claro que el derecho a explotar la mina sólo nace una vez constituida la concesión (art. 116 CMi). Por lo que, antes de la obtención de este título, no tiene el manifestante derecho a arrancar minerales, como regla general. No obstante, señala el art. 53 inc. 2º, *in fine*, del CMi, y aquí está la excepción, que "si con motivo de esos trabajos necesita arrancar sustancias concesibles, se hará dueño de ellas". Es legítimo arrancar estos minerales en caso que sea "necesario", y siempre que ello sea el resultado de la exploración y no de una explotación formal, pues esto último no lo puede efectuar el manifestante, ya que excede a las facultades que le otorga la ley.

3º Tiene el manifestante, asimismo, para efectuar estos trabajos de reconocimiento y de constitución de la pertenencia, la facultad de imponer sobre el predio correspondiente las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales, lo que se efectuará de acuerdo al procedimiento que señala el art. 19 del CMi.

Tiene, además, en su calidad de titular de un derecho real administrativo, los siguientes derechos adicionales:

4º La manifestación, en su calidad de "solicitud" administrativa autorizada por la ley (art. 22 CMi), le da derecho a su titular a exigir la puesta en marcha del procedimiento respectivo;

5º A consecuencia de lo anterior, el manifestante tiene el derecho a obtener la concesión minera de explotación;

6º Vinculado a esto, y como complemento (al igual que en el caso del pedimento), de ser el titular "primer manifestante", tiene derecho a constituir con preferencia la concesión minera de explotación (art. 41 CMi), lo que es una manifestación más de su calidad de derecho real administrativo, otorgándole, en este caso, un *"derecho de preferencia"*.

c) *Una facultad común*

Veremos ahora una facultad común para el manifestante y para el titular de un pedimento, la que concede el art. 53 inc. 3º del CMi, lo que se transforma para los mineros en un medio bastante directo y expedito.

Este artículo tiene su origen en uno del CMi de 1932, que ya había suscitado sus dudas en la doctrina, por una posible inconstitucionalidad,[749] dudas que persisten aún hoy para el mencionado art. 53 inc. 3º del CMi.[750]

En efecto, habría aquí una resolución judicial que se cumpliría a través de la facultad del "imperio", sin que haya mediado un "debido proceso", ni se haya efectuado citación alguna al afectado. En caso que esta inconstitucionalidad fuese efectiva, podría afectar, a la vez, las garantías de la propiedad (art. 19 Nº 24 Const.) y la garantía del justo proceso (art. 19 Nº 3º inc. 5º Const.), debiendo solicitarse ante la Corte Suprema su inaplicabilidad por inconstitucionalidad en cada caso concreto (de acuerdo a lo señalado en el art. 80 Const.).

Nosotros interpretamos esta facultad del modo siguiente:

Como la intención del titular de manifestación o pedimento es efectuar los trabajos mineros que autoriza la ley, y según la condición en que se encuentre el predio respectivo, deberá previamente solicitar los permisos a que se refieren los arts. 15 y ss. del CMi y constituir las servidumbres necesarias (art. 19 CMi). En estas situaciones se respetaría, efectivamente, un debido proceso; y sólo una vez producida esta etapa previa podría recurrirse al art. 53 del CMi, que no es más que una norma especial de la general establecida en el art. 15 (recuérdese, ésta se refiere a todos los terrenos; a los "abiertos e incultos" y a "los demás terrenos"; y en caso de obstáculo, "podrá ocurrirse al juez para que resuelva"). Pues bien, en el caso especial de la manifestación o pedimento inscrito, la ley no deja amplia libertad al juez, como en la regla general, sino que, de existir informe favorable del Servicio, "deberá" el juez autorizar el auxilio de la fuerza pública (art. 53 CMi). ¿Y cómo debe resolver el juez? En "procedimiento sumarísimo": art. 234 del CMi.

Creemos que esta es la única interpretación armónica que permite dicha disposición. Y, más aún, hay un argumento adicional. Los arts. 113 y 116 del CMi, a los concesionarios (o sea, a los que ya tienen su título constituido, y no simplemente en trámite, como en el caso de un manifestante o un peticionario) los sujeta a dichas limitaciones.[751] ¡Por lo que con mayor razón en el

---

749 Cfr. RUIZ BOURGEOIS, Julio, *Instituciones* (n. 16), 1, p. 245.

750 Cfr. RUIZ BOURGEOIS, Carlos (n. 616), p. 16 v.

751 Los sujeta a "las obligaciones y limitaciones que establecen los artículos 14, 15 incisos 2º y siguientes, 16, número 3º, y 17..." (art. 113 CMi);

caso del art. 53 del CMi se tendrían que respetar tales límites! Pues, ¿cómo a un simple peticionario se le pueden otorgar mayores facultades que a un concesionario?

En definitiva, a nuestro juicio, el CMi en el art. 53 inc. 3º no establece una nueva facultad a favor del manifestante y peticionario, adicional a las señaladas en el párrafo 2º del Título I (arts. 14 y ss.), sino una calificación especial para el momento de llegar al estadio procesal de pedir fuerza pública, y que consiste en imponer al juez el deber de autorizarla en todos aquellos casos que exista informe favorable del Servicio.

Un reconocimiento a estos inconvenientes es la solución (incompleta, a nuestro juicio) que vino a asignar la Ley Nº 18.941, de 1990, al modificar el inc. 3º del art. 53 del CMi, disponiendo que el juez no debe autorizar el auxilio de la fuerza pública cuando haya superposición con una concesión minera ajena.

Finalmente, en cuanto pueda afectar el art. 7º del RMi a los derechos del manifestante o del titular de un pedimento, véase lo que hemos dicho *supra*.

3. Contenido de las concesiones mineras

Una vez afinados todos los trámites requeridos para la completa constitución de las concesiones, ya sean de exploración o explotación, éstas comienzan a surtir sus efectos propios, y se pueden realizar los "trabajos" que el titular estime necesarios, según se trate de concesión de exploración o de explotación (art. 107 CMi). Pero como el ejercicio del derecho real de aprovechamiento que adquiere el concesionario implica algo más que una mera facultad (según nuestra particular visión de lo que es el "aprovechamiento": *vide supra*), estudiaremos sus obligaciones, los efectos comunes, y las colisiones que pudieran darse entre sus titulares a diferentes niveles.

A) CONTENIDO DE LA CONCESION DE EXPLORACION

Los derechos y obligaciones del concesionario surgen al quedar constituida la concesión, esto es, una vez dictada la sentencia e inscrita (art. 91 CMi). Estudiaremos sus derechos y obligaciones que, como tal, le otorga o impone la ley; hay otros derechos

---

a las "limitaciones (...) establecidas en los arts. 14, 15, inciso final, 17..." (art. 116 CMi, según su nueva redacción, a partir de 1987, pues hasta ese año estaban también sujetos a las limitaciones de los arts. 15 incs. 2º y ss. y 16).

o efectos que nacen de su calidad de concesionario, que por ser comunes con el concesionario de explotación, se estudiarán después.

a) *Derechos exclusivos*

1º Derecho exclusivo a explorar

El principal derecho del concesionario es, como señala el art. 107 del CMi, la posibilidad de "efectuar los trabajos que estime necesarios para la exploración", pero, tal como indica esa misma disposición legal, esos trabajos se pueden realizar "sólo desde que quede constituida la concesión".

Este derecho es exclusivo, lo que emana del art. 113 del CMi ("sólo") y del art. 10 de la LOCCMi ("derecho exclusivo"). En relación a esta exclusividad, debe tenerse presente lo establecido en los arts. 58 y 108 del CMi, pues se trata de definir preferencia entre los titulares de los derechos que se pueden colisionar, lo que estudiaremos *infra*.

¿En qué consiste el ejercicio de este derecho? En efectuar todos los trabajos que dicen relación con la "exploración minera", o prospección de yacimientos [lo que es una actividad de la llamada "industria extractiva minera", de acuerdo al art. 4º RSMi (Reglamento de Seguridad Minera)]. El ejercicio de este derecho normalmente no ha de significar la extracción de sustancias minerales (pues ello está prohibido para este concesionario: *vid.* arts. 13 LOCCMi y 115 CMi, e *infra* el texto). Pero, en caso que el titular necesite arrancar minerales con motivo de la investigación o prospección, se hará dueño de ellos (art. 113 inc. 1º, *in fine*, CMi). En todo caso, la extracción no puede realizarse con ánimo de lucrar con ella (art. 115 inc. final CMi), pues debe tratarse de una consecuencia no necesaria pero sí inevitable de la exploración. Como suele ser difícil definir estos supuestos, la calificación definitiva de lo que es exploración, o hasta dónde es permisible la extracción de minerales con motivo de ella, o cuándo hay ánimo de lucrar con ella, o, en fin, cuándo se comienza la explotación, etc., corresponderá —para cada caso— al juez.

2º Derecho de preferencia

Además, tiene el concesionario de exploración otra exclusividad: el derecho preferente para constituir concesión de explotación. Este es un complemento muy lógico, pues, en caso contrario, de desvincularse la exploración con un derecho cierto a llegar a ser concesionario de explotación, haría perder todo interés en rea-

lizar esta fase de la industria minera, previa y necesaria a la explotación. Así, el art. 10 Nº 2 de la LOCCMi señala que el concesionario de exploración tiene derecho exclusivo a iniciar los trámites de constitución de la concesión de explotación, lo que complementa el art. 41 del CMi.

A estos derechos fundamentales se deben agregar los derechos que indican los Nos. 3 y 4 del art. 10 de la LOCCMi, de carácter más general.

b) *Obligaciones*

1º No explotar

El concesionario de exploración tiene, en el ejercicio de su derecho, un límite, una obligación de no hacer: no debe explotar; sólo debe explorar.

Ello es lógico, pues en caso que ya no sólo explorara, sino también explotara, estaría desnaturalizando su derecho, cuya finalidad es otra. Si el concesionario fue el que eligió libremente entre la exploración y la explotación, debe respetar su propia decisión; eso es lo que la ley le pide: respetar la naturaleza de su derecho.

Así, el art. 13 de la LOCCMi señala imperativamente que "el concesionario de exploración no puede establecer explotación", precepto que desarrollan los arts. 115 y 161 del CMi.

Previamente a analizar el contenido de tales disposiciones, queremos efectuar algunas precisiones. ¿Qué es una explotación minera? La propia ley se encarga de definirla en el art. 115 inc. 4º del CMi. Esta definición, algo escueta y no del todo clara, será el punto de arranque para la determinación jurisprudencial de los casos en que hay ánimo de lucro o no; y como se trata de un concepto económico, la decisión para cada caso —pensamos— debiera decir relación con actividades económicas efectivas, y no el mero "ánimo", como señala la ley. Incluso, pudieran ser medios de prueba, en estos casos, los mismos que para otra situación, pero equiparable para estos efectos, indica el art. 54 inc. 1º, *in fine*, del RMi.

Esta obligación de no explotar tiene dos formas de manifestarse:

— en el sentido de no establecer explotación minera, el titular, por sí o por interpósita persona, o convenir con cualquiera otra persona que efectúe dicha explotación. En este caso, de acuerdo a los arts. 115 inc. 1º y 161 del CMi, como sanción, sería causal de caducidad de la concesión de exploración; y

— en el sentido de que el titular de una concesión de ex-

ploración, en conocimiento del hecho, no puede tolerar que cualquiera persona establezca explotación minera dentro de los límites de su concesión. Esta segunda forma es una lógica manera de evitar el fraude de la anterior, a través de una connivencia secreta con una tercera persona. En este caso será sancionado con una multa, según el art. 115 inc. 2º del CMi.[752]

Para la denuncia de ambas contravenciones, la ley concede "acción pública" (art. 115 inc. 3º CMi).

2º Pago de patente

Una segunda obligación del concesionario minero —tanto de exploración como de explotación, como veremos— es el pago de una patente anual, conforme al art. 142 del CMi. Esta es, según la ley, una forma de "amparar" la concesión minera, aspecto en el que no abundaremos ahora, ya que por su carácter polémico lo revisaremos ampliamente, en especial, *infra*.

No obstante, esta obligación empieza antes de la constitución de la concesión, pues el art. 144 del CMi señala que comienza al solicitarse la sentencia constitutiva de la concesión de exploración.[753]

¿Cuáles son los efectos del no pago de la patente? Se iniciará el procedimiento ejecutivo para sacar la concesión a remate público (art. 146 CMi), y el subastante será su nuevo titular (art. 154 CMi); en caso de no haber postores, se declarará franco el terreno y se cancelarán las inscripciones respectivas (art. 155 inc. 1º CMi).

B) CONTENIDO DE LA CONCESION DE EXPLOTACION

Una vez efectuados todos los trámites necesarios para la constitución del título concesional, esto es, dictada la sentencia respectiva e inscrita (art. 91 CMi), surgen virtualmente todos los efectos propios de la concesión de explotación: sus derechos y obligaciones. Estudiaremos, por separado, los derechos y obligaciones que surgen del derecho real administrativo de aprovechamiento que le otorga la concesión a su titular.

---

752 En esta situación, además, y es obvio, la ley dispone que "el juez decretará, en todo caso, la terminación inmediata de la explotación" (art. 115 inc. 2º, *in fine*, CMi), aspecto importante, que deberá siempre tenerse en cuenta.

753 El monto de las patentes se señala en el art. 142 del CMi. Además, el RMi, en los arts. 49 y ss., establece disposiciones sobre el monto de la patente, y de las patentes rebajadas, cuando el interés económico principal de la concesión resida en las sustancias no metálicas o en los placeres metalíferos, o salares (art. 53 RMi).

Así, estudiaremos aquí sus derechos y obligaciones exclusivos; los efectos comunes de toda concesión, ya sea de exploración o de explotación, como hemos dicho, serán revisados más adelante.

a) *Derecho exclusivo a explotar*

Su principal derecho es, obviamente, explotar, "aprovechar" (y, pensamos, también su principal obligación: *vide infra*); además, de una forma exclusiva.

Así, el art. 116 del CMi señala que "el concesionario [de explotación] tiene los derechos exclusivos de explorar y de explotar libremente su pertenencia...". Previamente, el art. 107 del CMi consigna que tal derecho sólo se ejerce desde que quede constituida la respectiva concesión. Del mismo modo, el art. 11 Nº 1 de la LOCCMi indica que este derecho es exclusivo.

Si el derecho principal que se le confiere al concesionario es explotar, nos preguntamos: ¿qué es, jurídicamente, una explotación minera? Hay una respuesta del propio CMi, que se podría extender a todo caso (aun cuando la ley la restringe a los efectos de la explotación ilegal en una concesión de exploración): "se entiende que se establece explotación minera cuando se arrancan sustancias minerales con ánimo de lucrar con ellas" (art. 115 inc. final CMi).

En realidad, la definición deja muchos cabos sueltos; no obstante, sí sirve como una aproximación a los diferentes problemas técnicos que pudiera suscitar. Así, por ejemplo, ¿qué es arrancar? Una respuesta podría obtenerse del art. 116 inc. 3º del CMi, cuando habla de "extraer".[754] Pues bien, ésta es la situación normal, y ¿se entiende explotación minera la extracción de otras sustancias (como la tierra, simplemente), como las que se arrancan previamente a dar con el filón mineral? ¿Eso es exploración? Obviamente que la respuesta debe ser positiva, pero no se contiene en el art. 115 inc. final del CMi, mas sí es posible comprenderla por lo señalado en el art. 107 del mismo Código, pues es un trabajo necesario y previo a la explotación. Debe considerarse el lucro como un elemento a definir por el juez.

Este derecho del concesionario es exclusivo, dentro de los límites de su concesión.

El derecho real administrativo de aprovechamiento le otorga al concesionario, obviamente, el derecho a hacerse dueño de las

[754] Dice este art. 116 inc. 3º del CMi que "se entienden extraídas las sustancias desde su separación del depósito natural del que formaban parte; o desde su aprehensión, tratándose de los desmontes, escorias y relaves a que se refiere el artículo 6º".

sustancias que extrae. En esto debe prestarse atención, como lo hemos puesto de manifiesto *supra* en otras ocasiones. La concesión no le otorga al titular la propiedad de los yacimientos mineros que se encuentren en los límites de su concesión; estos yacimientos, sin extracción, son y seguirán siendo del dominio público. Lo que se le otorga al concesionario es un derecho real de aprovechamiento sobre todos esos yacimientos; todo lo exclusivo y garantido que se quiera, pero es un derecho real, asaz diferente a la propiedad, institución esta que (como lo hemos dicho) hasta aquí no juega ningún papel en el régimen jurídico de la minería. Ahora, una vez extraídas las sustancias minerales, culmina, para ese caso, por así decirlo, la virtualidad del ejercicio del derecho de aprovechamiento y el titular adquiere la propiedad de esas determinadas sustancias minerales que ha extraído. Sobre las demás, sólo tiene derecho de aprovecharlas (o, si se quiere, una eventualidad de obtener propiedad sobre ellas, si las extrae).

Por lo tanto, la extracción es una etapa importante, pues marca, por un lado, el final y la plena efectividad del derecho de aprovechamiento, y, por ende, el término de la presencia del derecho administrativo como rama del derecho definidora de la situación jurídica de esos minerales extraídos; y marca, por otro, el inicio de la efectividad de la institución del derecho de propiedad privada, y, también, por la aparición de tal institución, el inicio de la presencia del derecho privado (civil), como rama del derecho definidora de la situación jurídica de esos minerales ya extraídos.

Así queda de manifiesto del art. 116 inc. 2º del CMi.

b) *Obligaciones*

El derecho real administrativo de aprovechamiento, obviamente, como tal (y cual hemos dicho anteriormente, como las dos caras de una moneda), también le impone obligaciones al concesionario. Estas obligaciones surgen de la necesidad de "satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento [de la concesión minera]", como dice la Constitución; pero este importante matiz, como veremos, no ha sido siempre entendido así por la ley, olvidándose ésta de la propia naturaleza de la concesión ("para" explotar) y del imperativo constitucional de satisfacer el interés público envuelto.

1º Mantener hitos

Con el evidente objeto de evitar conflictos entre concesionarios, el CMi, desde el comienzo mismo de la tramitación de una con-

cesión, exige una mínima precisión en los límites de cada cual. Ahora corresponde trasladar esas precisiones al terreno, a través de señalamientos físicos. Así, se establece esta obligación en el art. 118 del CMi. Se debe tener presente, además, lo dispuesto en los arts. 119 del CMi y 46 a 48 del RMi.

2º Pago de patente

Del mismo modo que una concesión de exploración, las concesiones de explotación deben pagar una patente anual (art. 142 CMi).

La obligación del pago de la patente, curiosamente, comienza aun antes de la obtención del título concesional; según el art. 144, esta obligación comienza al solicitarse la mensura de la pertenencia, época en que debe pagarse la primera patente.

Si el concesionario no paga la patente en el plazo fijado por el CMi, se iniciará el procedimiento judicial para sacar la concesión a remate público (art. 146), y la concesión minera subastada pasará a su nuevo titular (art. 154). Si no hay postor en el remate, el juez declarará franco el terreno y ordenará cancelar las inscripciones respectivas (art. 155).

De acuerdo a la ley, hasta aquí llegan las obligaciones del concesionario de explotación minera.

C) ¿Y LA "ACTIVIDAD NECESARIA PARA SATISFACER EL INTERES PUBLICO"?

Luego que hemos revisado los derechos y obligaciones que pesan sobre los concesionarios, tanto de exploración como de explotación, queda la impresión de que su contenido trata más de facultades que de verdaderas obligaciones, que digan relación con el interés público que hay envuelto en toda la ordenación jurídico-minera, de acuerdo al imperativo constitucional, y que digan relación, además, con la salvaguardia de la propia naturaleza de las concesiones respectivas: "para" explorar y "para" explotar.

Antiguamente, como hemos demostrado en la Primera Parte de este trabajo,[755] existía la obligación de "amparo" de la concesión minera, de un doble modo: por el trabajo o actividad efectiva y por el pago de tasas mineras. Pues bien, hoy en día la legislación chilena sencillamente se ha olvidado del establecimiento de una obligación al trabajo efectivo como forma de amparo. Si bien ello es así desde el año 1888, por el CMi de ese

[755] *Vide*, además, antecedentes en: RUIZ BOURGEOIS, Julio, *Instituciones* (n. 16), 1, pp. 391 y ss.

año (inspirado por las ideas liberales individualistas), en la actualidad existe fundamento suficiente para su establecimiento legal, a partir del texto constitucional. Aún más, no establecerlo legalmente es desoír el texto constitucional.[756]

Si bien esta obligación pesa fundamentalmente sobre el concesionario de explotación, es igualmente predicable respecto del concesionario de exploración, ya que la Constitución ni la naturaleza de la cosas indicarían una respuesta diferente. En efecto, esta obligación de actividad es perfectamente practicable en las concesiones de exploración, pues existen, además, precedentes en el CMi de 1932, exigiendo su art. 20 a las "concesiones para explorar", que esta investigación se hiciera por "procedimientos que supongan el uso de maquinarias o instrumentos", como, por ejemplo, sondas o barrenos mecánicos; sancionando, además, el art. 25 letra b) de tal CMi, con la caducidad de la concesión al interesado que no iniciase dentro del plazo de seis meses la investigación con medios adecuados.[757]

Señala la Constitución en su art. 19 Nº 24 inc. 7º lo siguiente:

> 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...

Creemos que, hoy, no se respeta tal mandato constitucional, ni en la LOCCMi ni en el CMi.

Para probar nuestro aserto, previamente debemos fijarnos en el concepto central que establece la Constitución y en la naturaleza de las concesiones.

En primer lugar, si se crea una institución jurídica, con tantos resguardos y con tal importancia que puede incluso ceder ante ella nada menos que la propiedad privada (Cfr. arts. 19 Nº 24 inc. 6º *in fine* de la Const. y 7 y 8 de la LOCCMi), lo mismo que puede exigir el "interés público" o, si se quiere, el sentido común, es que se respete la naturaleza de esa institución jurídica y se exija el respeto de esa naturaleza. Por lo tanto, si se crean concesiones de *exploración* o de *explotación*, esto es, en otras palabras, *para* explorar o *para* explotar, lo menos que se puede pedir es que efectivamente se lleven a cabo tales actividades. En caso que un titular no efectuase esas actividades, estaría desnaturalizando la concesión, la que, desde ese momento, pierde su sentido, y debiera caducar, por necesidad de un ordenamiento jurídico sano.

---

[756] Cfr., en nuestra línea de pensamiento: CLAUSSEN CALVO, Carlos, *Análisis del sistema de amparo de la propiedad minera*, en *Revista Chilena de Derecho*, 15 (1988), pp. 235 y ss.

[757] Cfr. RUIZ BOURGEOIS, Julio, *Instituciones* (n. 16), 1, pp. 94 y ss.

Es por esta razón tan lógica y natural que la Constitución fijó su atención en un concepto "clave", para la comprensión de toda la institución: la actividad. No se olvide que ello significa, de acuerdo a las acepciones que otorga el *Diccionario de la Lengua Española*:

> *Actividad*: Facultad de obrar. / Diligencia, eficacia. / Prontitud en el obrar. / Conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad.[758]

Y si la Constitución establece que los medios con que se garantice tal "actividad" sean directos o indirectos, no significa que se pueda autorizar, incluso, la inactividad. Deben recordarse, nuevamente según el *Diccionario de la Lengua Española*, estos dos conceptos:

> *Directamente*: De un modo directo.
> *Directo*: Lo que se encamina derechamente a una mira u objeto.
>
> *Indirectamente*: De modo indirecto.
> *Indirecto*: Que no va rectamente a un fin, aunque se encamina a él.[759]

Por lo tanto, si la Constitución dice que el "régimen de amparo" tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación (a desarrollar la *actividad* necesaria para satisfacer el interés público), sólo existían dos posibilidades para la ley:

— o exigir directamente, derechamente, "obrar", "diligencia", "eficacia", "prontitud en el obrar", o "el conjunto de operaciones o tareas propias". En otras palabras: exigir aprovechamiento; que se explore o que se explote, según los casos, sin más;

— o, indirectamente, exigir que es posible no ir directamente a un fin (explorar o explotar, en su caso; en general, aprovechar), pero sí es necesario encaminarse a él. En otras palabras: exigir que si no se explora o explota efectivamente, directamente, se deben realizar las actividades (siempre tiene que haber *actividades*, según la Constitución) preparatorias o previas a tal fin.

Creemos que de este modo queda perfectamente comprendido lo que dice la Constitución, y cómo ella hace girar todo en torno a esta palabra que podemos considerar "clave" en esta materia: actividad.[760]

---

[758] Cfr. Acepciones a la voz "actividad": *Diccionario de la Lengua Española* (n. 3), 1, p. 23.

[759] Cfr. *Diccionario de la Lengua Española* (n. 3): voces "directamente" y "directo", acepción 3ª, 1, p. 503; y voces "indirectamente" e "indirecto", acepción 1ª, 2, p. 767.

[760] Por lo demás, no se olvide su sinonimia evidente, en este orden

Pero así no lo comprendió —o no lo quiso comprender— el legislador, estableciendo en el art. 12 inc. 1º de la LOCCMi un modo pretendidamente indirecto para cumplir esta obligación: el pago de la patente minera, que más que asegurar la actividad, más bien —creemos— garantiza para el minero la inactividad a su antojo, olvidando el legislador, por completo, el interés público.

Según el informe técnico que fundamentó la LOCCMi, se descartaba el amparo "por el trabajo" (esto es, "por la actividad", que es precisamente lo que exige la Const.), ya que —a su entender— no satisfacía el interés público,[761] con una dialéctica incomprensible para cualquier sana interpretación de la Constitución. Tales planteamientos son los que nosotros rebatimos por las consideraciones anteriores, de la misma manera que otros autores.[762]

Del modo señalado, se ha infringido la Constitución desnaturalizando lo que, en sí, es una concesión *para* explorar o *para* explotar. Como lo decía hace más de veinte años Julio Ruiz Bourgeois (ante igual situación legal, pero no constitucional), "la adopción del amparo por el pago de un canon o patente anual (...) ha hecho perder la noción de que la concesión minera es de explotación, para pensar que es un derecho sobre 'algo' que se puede no explotar, que se puede mantener en inactividad absoluta, algo intangible que está sólo en función de espera de una especulación afortunada de venta".[763]

A pesar de que la Constitución de 1980, casi al cumplirse un siglo desde la desafortunada derogación del "amparo por el trabajo" realizada por el CMi de 1888, ha enmendado rumbos y ha establecido la obligación de mantener las concesiones en actividad, el legislador (inspirado por la misma ideología que el autor del CMi de 1888) ha prescindido del texto constitucional y —en los hechos— ha efectuado una especie de "modificación" (por incumplimiento) antijurídica del texto constitucional, que, tarde o temprano, habrá de enmendarse (a menos que se modificase la Const. en el sentido querido por el legislador).

Si de algo pudiese servir nuestra reconstrucción histórica expuesta en la Primera Parte, es para dejar sentado lo erróneo —y contra toda la tradición jurídica— que es el criterio establecido en la ley.

---

de ideas, con la palabra "aprovechamiento", que define el derecho real administrativo que envuelve: el derecho de *aprovechamiento* minero.

761 Cfr. PIÑERA ECHENIQUE (n. 489), p. 63.

762 Cfr. PRECHT PIZARRO (n. 487), pp. 756-764; CLAUSSEN CALVO (n. 756), p. 253.

763 Cfr. RUIZ BOURGEOIS, Julio, *Reflexiones* (n. 473), p. 27.

4. Efectos comunes a toda concesión

Estudiaremos ciertos efectos comunes a toda concesión, ya sea de exploración o de explotación. Estos son los siguientes:

a) *El derecho de aprovechamiento de las aguas*

En este caso hay que distinguir si las aguas son halladas en las labores de su concesión o no. De ser así, es necesario tener presente lo que señala el art. 110 del CMi. Debe tenerse en cuenta también que determinar la necesidad de su uso es un aspecto técnico que habrá de verificarse en cada caso. De lo contrario, rige lo señalado en el art. 111 del CMi.

b) *Servidumbres sobre los predios o fincas*

Esta materia está regulada por los arts. 120 a 125 del CMi (Título IX, "*De la exploración y de la explotación mineras*"; párrafo 1º, "*De las servidumbres que gravan a los predios superficiales*").

Uno de los aspectos importantes del régimen de la minería es el establecimiento de reglas claras respecto a las evidentes colisiones de intereses que han de originarse, con motivo de la exploración y explotación, entre el concesionario y los propietarios de los predios superficiales. Es evidente que tanto la exploración como la explotación necesitan ocupar, en parte importante, según los casos, los terrenos necesarios para desarrollar su objeto; necesitan atravesar dichas propiedades, y para ello hacer caminos, etc.

Por esta razón, la ley ha creado una serie de servidumbres a favor del concesionario,[764] de acuerdo al texto del art. 120 del CMi.

Mayores comentarios no son necesarios, pues, fundamentalmente, esta materia se solucionará entre las partes, convencionalmente, o por el juez, pues es una materia en que evidentemente colisionan lo privado y lo público. La regulación de la constitución de estas servidumbres se encuentra en los arts. 122 a 125 del CMi.

Sólo destacamos que estas mismas servidumbres pueden imponerse en favor de los establecimientos de beneficio de mi-

[764] Otras legislaciones, como la española (art. 105.1 LMi), adoptan un sistema plural, de servidumbres y expropiación forzosa y ocupaciones temporales de terrenos.

nerales (art. 129 CMi). Por último, por lo que hemos dicho, es natural lo que señala el art. 124 del CMi.

c) *Servidumbres que se deben las concesiones mineras entre sí*

Estudiaremos los tres casos que contempla el CMi.

1º Servidumbre general

Surge de lo señalado en el art. 126 del CMi. Esta servidumbre se constituye y ejerce del mismo modo que las anteriormente estudiadas (art. 126 inc. 3º CMi).

Este es un típico caso de transformación del derecho,[765] pues es una clara excepción al aforismo latino *servitus servitutis esse non potest*, y que la doctrina ha llamado "consorcio de servidumbres".

2º Servidumbre de socavón

Es la servidumbre de socavón la más típicamente minera; y, además, la que recibe mayor regulación legal: arts. 127 a 137 del CMi. Su concepto fundamental surge del texto del art. 127 incs. 1º y 2º.

En caso de no haber acuerdo entre el titular de una concesión o de un establecimiento que necesite iniciar un socavón dentro de una concesión ajena o atravesarla con él, y el dueño de esta última, aquél podrá demandar, ante el juez que corresponda, la constitución de la respectiva servidumbre, cuyo procedimiento regula el CMi en los arts. 128 y ss.

Asimismo, se contemplan diversos aspectos técnicos que deberá considerar especialmente el socavonero (beneficiario), como, por ejemplo, la variabilidad del rumbo y amplitud fijados al socavón (art. 132); la facultad del titular de la concesión sirviente a visitar el socavón (art. 133); caución e indemnización de perjuicios (art. 134); aspectos de seguridad (art. 135); prohibición al socavonero de explotar en concesión ajena (art. 136); en fin, el caso de desagüe de la concesión ajena (art. 137).

3º Uso de caminos para concesiones

Este derecho surge de lo dispuesto en el art. 138 inc. 1º del CMi. Este caso no sigue la tramitación de una servidumbre, sino que, con este objeto, los interesados deberán nombrar una junta que resolverá, anualmente, según el art. 138 inc. 2º. Las dificultades que surjan serán resueltas por el juez (inc. final).

---

[765] Cfr. RUIZ BOURGEOIS, Julio, *Instituciones* (n. 16), 2, p. 44.

d) *Internaciones*

Como una consecuencia de la exclusividad de los derechos de cada concesionario minero (arts. 113 y 116 CMi: "sólo", "derechos exclusivos"), la ley prohíbe a todo minero internarse con sus labores en concesión ajena, y, en caso de ocurrir, "toda internación sujeta al que la efectúa al pago del valor líquido de los minerales que haya retirado y a la indemnización de los perjuicios causados" (art. 139 inc. 1º CMi).

Si hubiere mala fe (por ejemplo, cuando la internación excede de 10 metros, según presunción legal), puede incluso originarse responsabilidad penal (art. 139 incs. 3º y 4º).

El minero tiene dos medios de evitar estas internaciones y otros daños. El primero es el establecido en el art. 140 inc. 1º del CMi, del cual surge esta cuestión: ¿qué ocurre si el concesionario se opone a las visitas? Lo soluciona el art. 140 inc. 2º. El segundo medio lo establece el art. 141 del CMi.

5. Preferencias y exclusividades

Debemos revisar, respecto de los titulares de derechos mineros, las preferencias y exclusividades que a su favor, según los casos, establece la ley.

a) *Generalidades*

Podría pensarse que las colisiones de derechos se producirán, en general, sólo entre los concesionarios y los propietarios de los predios correspondientes. Pero frecuentemente el mayor número de colisiones de derechos y, por lo tanto, de conflictos, se producirán entre los mismos titulares de derechos mineros, sean éstos meros manifestantes o titulares de pedimentos, o sean ya derechamente titulares de concesiones de exploración o de explotación.

En algunas ocasiones será fácil la dilucidación del interés preferente (pues siempre lo tendrá que haber), como por ejemplo, por la fecha de la presentación de sus peticiones; pero en otras ocasiones la dificultad puede ser mayor, pues la ley a veces no es clara.

Uno de los motivos de esta dificultad es la pluralidad de intereses que pueden encontrarse, cuya solución no siempre fija claramente la ley, o las pautas que proporciona en ocasiones se presentan ambiguas.

Nos fijaremos sólo en las colisiones de derechos entre titulares de derechos mineros, y no nos referiremos a las posibles colisiones con los titulares de otros derechos (lo que supondría un estudio necesariamente interdisciplinar, que nos desviaría de nuestra línea de argumentación, y corresponderá en cada caso a la jurisprudencia, sobre todo cuando no está solucionado en las leyes respectivas), como, por ejemplo, con el propietario del terreno superficial (sobre ello ya hemos visto, de todos modos, previamente, el caso de las servidumbres), ya sea por problemas que digan relación con la agricultura, la forestación, el urbanismo, el medio ambiente, etc. Tampoco veremos sus inconvenientes frente a la colisión de derechos estatales, como la expropiación, que requiere un tratamiento más detallado que el que le podríamos dar aquí.

Entonces, trataremos de verificar las relaciones de preferencia y exclusividades que la ley regla respecto de los siguientes titulares de derechos mineros:

— "Toda persona" que use la general facultad de catar y cavar;

— Titular de un pedimento;

— Titular de una manifestación;

— Concesionario de exploración, y

— Concesionario de explotación.

Veremos cuál es la regla general en cuanto a la obtención de los derechos mineros; los motivos de las preferencias y exclusividades, y, por fin, aquellos casos más acusados de posibles colisiones de derechos.

En esta materia no hay antecedentes doctrinales. Tampoco hay una regulación orgánica, sino dispersa, a veces ambigua y nunca exhaustiva. A este respecto, las principales disposiciones a revisar (y cuyo contenido trataremos de armonizar) son las siguientes, todas del CMi: arts. 14, 20, 27, 40, 41, 53, 58, 107, 108, 113 inc. 1º, 114 y 116, y alguna otra que mencionaremos. Pero las más relevantes en el tema que nos ocupa, a nuestro juicio, son éstas. Trataremos de armonizar su contenido en aquellos casos en que se presente contradictorio, a la luz de los principios que emanan del régimen jurídico de la minería, los que estamos reconstruyendo a través de nuestro trabajo.

b) *La colisión con "toda persona" que haga uso de la facultad general de catar y cavar*

Nos referiremos en primer lugar a las personas que hagan uso de la facultad general, que le compete a "toda persona", según el art. 14 del CMi, para "catar y cavar en tierras de cualquier dominio", disposición ratificada en el art. 20.

Debe recordarse que el contenido de este derecho es la simple búsqueda (examen o investigación) de sustancias minerales (*vid.* arts. 14 y 19 CMi).

Veremos sus posibles colisiones.

1º *Frente a los derechos de los concesionarios*

Es éste un derecho minero muy general y común a todos, y debiera ceder ante cualquier derecho minero que emane de una concesión (esto es, el derecho real de aprovechamiento, propiamente tal), por su carácter exclusivo.

En efecto, la colisión de "toda persona" en uso de su facultad de catar y cavar, con los titulares de una concesión de exploración o de explotación, cede obviamente a favor de los últimos, pues éstos tienen derechos mineros más calificados: exclusivos. Esto resulta claramente del art. 113 del CMi, respecto del concesionario de exploración, ya que, de acuerdo a su texto, "sólo su titular tendrá derecho, dentro de los límites de ella, a hacer libremente calicatas y otras labores de exploración". Del mismo modo, respecto del concesionario de explotación, pues el art. 116 señala que "el concesionario [de explotación] tiene los derechos exclusivos de explorar y de explotar libremente su pertenencia".

2º *Frente a titulares de pedimento o manifestación*

La colisión con los titulares de un pedimento o de una manifestación pudiese llamar a dudas. Recuérdese que, de conformidad al art. 53 del CMi, éstos tienen derecho a "efectuar todos los trabajos necesarios para constituir la concesión de exploración" (pedimento) y de "efectuar todos los trabajos necesarios para reconocer la mina y para constituir la pertenencia" (manifestante). No obstante, la ley no les otorga exclusividad, por lo que perfectamente podría pensarse que no tienen ninguna preferencia respecto a "toda persona" que sólo ejerce la general facultad de catar y cavar. Más aún cuando en los dos casos la ley les otorga la posibilidad de recurrir al juez si se les oponen "obstáculos", los que pueden provenir de cualquiera de ellos o de ambos.

No obstante estas aparentes igualdades, no podemos olvidar que, en todo caso, deberá primar el derecho de los peticionarios (de pedimentos o manifestaciones), más aún cuando sus títulos estén inscritos, pues, en definitiva, se enfrenta un "derecho real" (art. 54 CMi) contra una mera facultad general de catar y cavar (art. 14 CMi).

Por otro lado, evidentemente es más calificada la facultad que emana del pedimento o de la manifestación a constituir la concesión en trámite (y aún más, de reconocer la mina, para el manifestante), frente a la mera facultad de búsqueda de mi-

nerales de "toda persona". A ello apunta la ley cuando, luego de los obstáculos, en el caso de manifestantes y titulares de pedimento, obliga al juez ("deberá") a otorgar el auxilio de la fuerza pública (art. 53 inc. 3º CMi), mientras que en el caso de "toda persona", sólo señala que se ocurrirá al juez "para que resuelva" (art. 15 inc. 3º CMi), sin otorgar un derecho tan eficaz como en el anterior caso.

Y es que, a nuestro juicio, el CMi comprende que si "toda persona" no se procura un título minero cualificado (como la manifestación o el pedimento), es porque su interés no es como el del manifestante o titular del pedimento; por ello, es lógico y natural pensar en que éstos tendrán toda preferencia en caso de colisión de derechos.

c) *Las preferencias*

En los conflictos que se revisen desde aquí en adelante no nos fijaremos más que en los titulares de derechos mineros calificados, todos derechos reales administrativos propiamente tales, según los hemos definido *supra*, esto es: titulares de pedimentos, manifestaciones o concesiones, sean éstas de exploración o explotación, de los cuales títulos surgen derechos mineros calificados (sobre todo en el caso de los concesionarios), no equiparables al de "toda persona".

Hay una regla general que establece el art. 40 del CMi que deberá tenerse siempre presente, en toda colisión de derechos mineros. Dice esa disposición legal:

> No afectará la validez de un pedimento o de una manifestación la circunstancia de comprender terrenos ya manifestados o ya pedidos, sin perjuicio de los derechos preferentes a que haya lugar.

De su texto debemos desprender que no puede confundirse una manifestación o pedimento con el derecho exclusivo que otorga una concesión. De modo que, en hipótesis, sobre un terreno ya pedido o manifestado (o, incluso, ya concedido en exploración o explotación) se pueden solicitar uno o muchos pedimentos o manifestaciones, sin que tal hecho (que aun puede ser ignorado por los propios interesados) afecte para nada su validez. Esto solo, como se comprenderá, originará muchas colisiones de derechos, pues a cada titular la ley le concede el derecho a "constituir su concesión" (art. 53 CMi), según veremos más adelante. Incluso producirá colisiones con los propios concesionarios, lo que no deja de ser paradojal, y producirá permanente inseguridad jurídica a los titulares de concesiones.

Pero debe tenerse presente que si bien no invalida esos trámites la ley, hay tres aspectos importantes que no debemos olvidar:

1º A pesar de lo señalado en el art. 27 del CMi., al concesionario no se le concede acción para oponerse a una manifestación o pedimento, sino sólo en ciertos casos, y luego de haberse solicitado la mensura, trámite antes del cual puede haber transcurrido largo tiempo (véanse arts. 61 y ss. CMi). Es por esta razón que lo dispuesto en el art. 114 del CMi no resulta más que ilusorio y en abierta contradicción con el sistema establecido en el mismo CMi, ya que no hay acción establecida (antes de la solicitud de mensura). Lo que este art. 114 debiera haber dicho es que su titular tiene preferencia para manifestar concesión de explotación, según veremos más adelante;

2º De acuerdo al art. 53 inc. 3º, *in fine* del CMi (según modificación de Ley Nº 18.941, de 1990), no se autorizará el auxilio de la fuerza pública a favor de titulares de pedimentos o manifestaciones, para realizar trabajos de reconocimiento de la mina, "en concesión minera ajena", lo que es una consecuencia de las exclusividades que estudiamos *infra;* y

3º Debe considerarse que el propio art. 40 del CMi señala que si bien son válidas estas manifestaciones o pedimentos, ello es "sin perjuicio de los derechos preferentes a que haya lugar". ¿Qué son estos derechos preferentes? Es lo que estudiaremos a continuación, y es, a nuestro juicio, fundamentalmente, una cuestión de fechas de presentación de las respectivas "solicitudes", en sentido administrativo.

Así, revísese el contenido del art. 41 incs. 1º, 2º y 3º del CMi, que copiamos a continuación:

> Tendrá preferencia para constituir la pertenencia quien primero presente la manifestación.
> Cuando ésta se haga en uso del derecho que otorga una concesión de exploración vigente se expresará así en la manifestación, y sólo en tal caso se tendrá como fecha de presentación de ella la del pedimento respectivo.
> Al titular de la manifestación que primero haya sido presentada, o de la manifestación que se tenga por presentada primero, se le presumirá descubridor, salvo que haya habido fuerza o dolo para anticiparse a presentar pedimento o manifestación o para retardar la presentación del que realmente descubrió primero.

¿Por qué son importantes estas preferencias? Para los efectos de constituir definitivamente la concesión, pues en la etapa de mensura los que tengan derechos preferentes se podrán oponer a la continuación de los trámites de aquellos que no los tengan. Para tal efecto debe recordarse cómo el art. 61 del CMi autoriza

a deducir oposición a la mensura ajena en estos dos casos: 1º cuando se pretende mensurar sobre un terreno comprendido en un pedimento o en una concesión para explorar,[766] y 2º en el caso de tener "derecho preferente" para mensurar en virtud de una manifestación cuya fecha de presentación haya sido o se tenga por anterior.

Obviamente estas preferencias también podrán tener otras utilidades a la hora de ejercitar su derecho. Esos casos particulares son los que veremos a continuación.

d) *Las colisiones de los pedimentos y manifestaciones*

Hemos dicho que, en los hechos, pueden coexistir, respecto a unos mismos límites de terreno, un pedimento, una manifestación, una concesión de exploración o una concesión de explotación. Veremos las colisiones respecto de las concesiones en trámite, esto es, los pedimentos y manifestaciones.

1º Frente a frente

Un conflicto entre ellos puede ser de fácil ocurrencia, sobre todo en un lugar de muchos yacimientos minerales, y de gran interés para los mineros, y agravado por el hecho de que ninguno de ellos tiene exclusividad.

Obviamente no debieran presentarse muchos problemas, pues el nivel de actividad a que tiene derecho cada cual es diferente. En especial cuando el titular de un pedimento sólo puede explorar, mientras que el titular de la manifestación puede "reconocer la mina", a lo que ninguno podrá oponerse. Pienso, por lo tanto, que ninguno puede oponerse a los trabajos lícitos del otro. Sí pueden oponerse, como cualquier persona, pues hay acción pública para ello, a una explotación de parte de alguno de ellos, ya que tal grado de actividad no está permitido a estos titulares por la ley; incluso no le está permitido ni al concesionario de exploración (*vide supra*).

Es diferente el caso de los obstáculos, y de presentarse una colisión así, aplicando por analogía lo dispuesto en el art. 108 inc. 2º del CMi, debiera fallarse a favor del titular de la manifestación que sea de una fecha anterior al pedimento. En caso de ser de fecha posterior, el juez deberá resolver en cuanto al contenido de los derechos de cada cual y a su alcance.

---

[766] Aquí aparece aún más clara la contradicción o inutilidad del art. 114, pues se contrapone a todo el sistema que contempla oposiciones sólo en la etapa de mensura, y no antes. De ello aparece que es ilusorio pensar que "sólo" el concesionario de exploración podrá manifestar válidamente.

2º Frente a un concesionario de exploración

Las colisiones del titular de un pedimento frente a todo concesionario de exploración (y de explotación, como señalaremos *infra*), siempre serán favorables a éstos, pues tienen derechos exclusivos para explorar (art. 113 CMi). Además, de acuerdo a la aclaración del art. 53 inc. 3º, *in fine* del CMi (según modificación por Ley Nº 18.941, de 1990), el derecho del titular del pedimento cede ante los derechos exclusivos del concesionario.

No obstante, las colisiones del manifestante con un concesionario de exploración no siempre ceden a favor de éste, pues también este caso deberá atenerse, para su solución, a las fechas. Normalmente, en virtud de que la ley señala que, en cuanto al concesionario de exploración, "sólo su titular tendrá derecho (...) a hacer libremente calicatas y otras labores de exploración" (art. 113 CMi), no solamente podrá, sino que deberá (recuérdese el imperativo art. 115 CMi, por extensión) oponerse a toda otra labor minera que sea de exploración o explotación, incluso —pensamos— al reconocimiento de minas y constitución del título del manifestante, pero sólo en cuanto obstaculice su exploración. Mas hay un caso en que la ley le da preferencia al manifestante, y es el ya señalado del art. 108 inc. 2º, que resuelve la contienda en favor del manifestante cuya manifestación sea anterior al pedimento del titular de la concesión de exploración.

3º Frente a un concesionario de explotación

En cuanto a la colisión de un manifestante o el titular de un pedimento con un concesionario de explotación, siempre cede a favor de este último, pues su exclusividad es, en este caso, absoluta (*vide* art. 116 CMi), tanto para explorar como para explotar.

Además, como hemos dicho *supra*, esto tiene ahora aclaración legal expresa: el art. 53, inc. 3º, *in fine* del CMi (según modificación por Ley Nº 18.941, de 1990), resolviendo este conflicto a favor del concesionario, lo que es obvio por la exclusividad de los derechos de este último.

e) *El caso de la concesión de exploración*

El caso de la concesión de exploración es especial, sobre todo porque se considera una etapa previa a la concesión de explotación. La concesión de exploración hace excepción a la regla contenida en el art. 27 del CMi, en cuanto a que sobre los terrenos cubiertos por una concesión minera no puede constituirse otra, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 58 del mismo Código.

Por lo tanto, la regla del art. 27 sólo se referirá a las con-

cesiones de explotación, de tal modo que las colisiones se manifestarán en el terreno, al efectuarse los trabajos respectivos, pues pueden perfectamente coexistir varias concesiones de exploración con alguna concesión de explotación en un mismo terreno. Para discernir esto, la ley establece la regla del art. 108 inc. 1º del CMi.

De su texto fluye, por consiguiente, que entre concesiones de exploración se preferirán según las fechas, y la que tenga pedimento anterior podrá oponerse a las labores que pretenda efectuar la de pedimento posterior. Pero lo interesante de este art. 108 es que establece una excepción a la exclusividad del derecho del titular de una concesión de explotación, que a la luz de los términos del art. 116 del CMi parecía tan absoluto. Pues bien, el concesionario de explotación (que también, sabemos, puede explorar: art. 116 CMi, lo que surgiría por lo demás del sabio brocardo "quien puede lo más, puede lo menos") sólo podrá oponerse a las labores del concesionario de exploración en caso que su manifestación sea anterior al pedimento de aquél. De lo contrario, no podrá oponerse a sus labores de exploración, por muy exclusivo que crea a su derecho, pues ante este caso no lo es.

Debe dejarse claro que si bien el titular de la concesión de exploración no puede ser perturbado en sus labores, él no puede oponerse, en ningún caso, a las labores del concesionario de explotación.

f) *El concesionario de explotación*

Por último, nos referiremos brevemente al concesionario de explotación cuyo derecho real administrativo es exclusivo, y sólo cede ante el concesionario de exploración cuyo pedimento es anterior a su manifestación.

En definitiva, él es el primer preferente, y no puede ser molestado, en su derecho, por ningún otro titular de derechos mineros.

No obstante, el actual sistema adolece de una grave falencia al posibilitar superposiciones entre concesiones, a cuyos titulares el legislador, engañosamente, los ilusiona con una inexistente "exclusividad" (imposible cuando hay superposición), o, incluso, con una errónea configuración propietaria (que no lo es, según hemos probado), la que de nada vale si ha de ser compartida. Estos errores de factura del Código son inexplicables, y sobre ello, por ahora, no puedo insistir.

6. Extinción de los derechos mineros. Causales. Crítica

Esta materia está regulada en los arts. 17 y 18 de la LOCCMi y 142 y ss. del CMi, y se le otorga un papel central al no pago de la patente correspondiente (obligación que hemos revisado *supra*).

Por la concepción privatista que aquí se concibe, no es posible visualizar con claridad alguna causal relativa a la voluntad de la Administración, salvo la institución general de la expropiación.

En cuanto al plazo, las concesiones son indefinidas, y sólo admitirán la renuncia y la *interitus rei*, esto es, el agotamiento del recurso.

En cuanto a la voluntad del particular, se podrá, en las concesiones de exploración, no explorar; en las concesiones de explotación, no explotar, a su total antojo, y nada ocurrirá con su derecho, y si es su voluntad abandonar completamente el aprovechamiento, podrá hacerlo, y nada ocurrirá, a pesar de que es evidente que con ello se está desnaturalizando su concesión. Pero es que así lo ha querido el CMi. Lo único que deberá siempre cumplir el titular, para evitar la caducidad, es el pago de patentes.

Obviamente, por lo que hemos señalado en las páginas anteriores, ésta es una situación en extremo delicada y sobre la cual podríamos enhebrar a partir de aquí muchas, y fundamentales, críticas, algunas de las cuales ya hemos adelantado y razonado. No obstante, éste no es nuestro actual objeto, y sólo dejamos apuntadas las líneas anteriores que, creemos, cumplen con lo que hemos llamado reconstrucción dogmática de la tercera característica del derecho minero que hemos individualizado en este trabajo: los derechos mineros (y aquí, su reconocimiento ante la legislación chilena).

CAPITULO VIII

LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA MINERA

SUMARIO:

I. PROEMIO. 1. *La intervención administrativa en la historia de los textos jurídicos.* 2. *La intervención administrativa como principio del derecho minero.*

II. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y EN EL SECTOR MINERO. 1. *La intervención administrativa en general.* a) Una justificación. b) Las técnicas de la intervención. 2. *La intervención administrativa en el sector minero.* a) Su explicación dogmática. b) Su actual concreción. 1º La *publicatio.* 2º El procedimiento concesional. 3º Fiscalización y fomento.

III. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA MINERA EN CHILE. 1. *Generalidades.* 2. *Intervención en la constitución de las concesiones mineras.* a) Informe favorable para el auxilio de la fuerza pública. b) Examen de aspectos técnicos en la tramitación de concesión de exploración. c) Informe de mensura en concesiones de explotación. d) Supervigilancia de la colocación y reposición de hitos. e) Información general de concesiones. f) Otros. 3. *Intervención relativa a la seguridad minera.*

I. PROEMIO

1. La intervención administrativa en la historia de los textos jurídicos

Sin necesidad de entrar a revisar los clarísimos datos —y de sobra conocidos— que entregan las fuentes históricas sobre la amplia y sostenida intervención de la Administración (o su símil de antaño) en el sector minero, sólo nos atendremos a recordar lo que de ello nos dicen los textos jurídicos, según hemos reconstruido la historia jurídica del derecho minero, en este aspecto, en la Primera Parte de este trabajo.

Así, podemos decir que la intervención administrativa en materia minera deviene intensa desde un primer momento, espe-

cialmente desde —según los actuales conocimientos de las ciencias histórico-jurídicas— la vigencia de los regímenes mineros provinciales de los romanos (*vide* cap. IV, III). Antes de esta época, esto es, en la etapa del derecho romano clásico, según la expresión de Mantellini,[767] no cabe ni siquiera sospechar una intervención del Estado en estas materias, por la alta acentuación del contenido de la propiedad propugnado en aquella época; no obstante, como lo hemos dejado establecido en la Primera Parte, poco a poco se irían infiltrando elementos nuevos, valores nuevos, que prepararían el terreno para la amplia intervención posterior.

Y esta intervención practicada por los romanos en los regímenes provinciales adopta, desde aquella época —aunque parezca increíble a los ojos del jurista actual—, las mismas características jurídicas que hoy: 1) una *publicatio* previa y total de toda la riqueza minera; luego de ello, 2) la exigencia de una concesión previa para el acceso a la explotación de los minerales; 3) de la que surgían los derechos propiamente mineros; y, en fin, 4) la fiscalización de una serie de obligaciones a cargo de un funcionario del Estado: el *procurator metallorum*, funcionario que desempeñaba el papel de cualquier Administración minera moderna: fiscalización del trabajo efectivo en los pozos, el pago de los impuestos, la seguridad de los trabajos, su fomento, etc.

Este mismo esquema, que se mantendría en toda la época tardo-imperial romana, y generalizado a todas las minas del Imperio (y no sólo a las provinciales, como al inicio), es el que influiría (como lo hemos demostrado en la Primera Parte) en toda la posterior historia jurídica, hasta nuestros días, sin solución de continuidad, especialmente en lo que se refiere a la intervención administrativa, la que no viene a ser sino una consecuencia lógica de los anteriores elementos señalados.

En efecto, luego, en todo el derecho histórico español, lo que se trasladaría también al derecho indiano, previa la *publicatio*, como *iura regalia* (institución jurídica que regía en aquella época, como antecesora del *domaine public*, según hemos señalado anteriormente), de todas las minas, y establecimiento de un procedimiento concesional, a través de *mercedes*, se crea una amplia intervención, para lo cual había funcionarios del Estado que de ello debían preocuparse, tanto para fiscalizar el pago de los tributos mineros como para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones de los concesionarios. En esta época, además,

[767] Cfr. MANTELLINI (n. 249), 1, p. 207. Según este autor, no es posible ubicar ningún dato que permita "sospechar", como decimos en el texto, que dependería de una concesión del Estado la explotación minera, con las matizaciones que hemos señalado *supra*, en su lugar (en cap. IV, IV), aspecto este que, según veremos, es la técnica primaria de intervención en el sector.

se vislumbran las primeras formas modernas de fomento al sector, lo que, según veremos, también es una forma de intervención.

Y así continúa manifestándose la intervención en el sector minero, a partir de los primeros ordenamientos mineros chilenos del siglo XIX, estableciéndose una cada vez más intensa y variada intervención administrativa, la que quizás alcanza sus cotas más altas a principios de este siglo, con el advenimiento de un Estado cada vez más ampliamente interventor, hasta el día de hoy, aspecto este último ya suficientemente conocido y recalcado por la doctrina,[768] por lo que es innecesario insistir sobre ello en este lugar.

2. La intervención administrativa como principio del derecho minero

El principal interés nuestro es comprobar si efectivamente, como lo hemos dicho en la Introducción, constituye la intervención administrativa un principio del derecho minero, pues, recuérdese, conforma esta especie una de nuestras hipótesis de trabajo al respecto.

Creemos que fluye de lo que hemos señalado en toda la Primera Parte de este trabajo (y que hemos resumido apretadamente en el parágrafo anterior) que, ante los textos jurídicos, en materia minera, siempre ha habido una intensa intervención de los poderes públicos. Este es el resultado —creemos— de nuestra reconstrucción histórica.

Ahora, en nuestra reconstrucción dogmática, trataremos de razonar jurídicamente esta intervención ante el derecho minero, y comprobar —posteriormente— su efetividad ante la legislación vigente.

---

[768] *Vid.*, para un estudio detallado del origen y contenido de los textos legales españoles, a partir de 1825: Fernández-Espinar, *Génesis y evolución* (n. 420). Sobre la intervención de los últimos años en el sector: De Miguel García, Pedro, *El intervencionismo y la empresa pública* (Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974), pp. 167-171; Baena del Alcázar, Mariano, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía* (Madrid, Tecnos, 1966), para quien, refiriéndose a la bibliografía sobre el tema, "existen numerosos estudios referentes a las materias tradicionalmente contempladas de aguas, minas y montes, quizás por ser más antigua la intervención en esta zona", lo cual reafirma lo que hemos expuesto en el texto. Lamentablemente, este autor no estudia el tema de la intervención administrativa minera en su libro, aduciendo como justificación la señalada, esto es, que habría un exceso de doctrina al respecto, lo que a nuestro juicio no estaría de acuerdo con la realidad, pues los estudios que tratan realmente el tema ante la historia, jurídica y dogmáticamente, son más bien escasos.

No obstante la importancia de esta materia, no podemos entrar a estudiarla detalladamente. Sus variados perfiles (ya sean ideológicos, ya políticos, económicos, sociales, etc.), y el hecho de entroncar con un amplio sector del derecho administrativo, sobre el cual —como sabemos— no ha habido hasta ahora una mayor preocupación, a pesar de su decisiva importancia, nos impiden un estudio acucioso, pues ello supondría alejarnos de nuestro objetivo, más modesto que un tratado de todas las materias que rodean al derecho minero. Nuestra intención es probar histórica y dogmáticamente la existencia de este principio ante el derecho minero, aclarando los conceptos fundamentales y estrictamente necesarios para ello, en la medida que no nos aleje del hilo de nuestra argumentación.

Por lo tanto, en virtud de lo expresado nuestra revisión de la intervención en materia de minas se ceñirá a lo siguiente: a señalar algunos conceptos muy generales sobre la intervención administrativa, y cómo se manifiesta en materia minera. Luego de ello, veremos, brevemente, los principales casos de intervención administrativa minera ante la legislación chilena.

II. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y EN EL SECTOR MINERO

1. La intervención administrativa en general

a) *Una justificación*

Las razones que se han apuntado recientemente, y las estrechas vinculaciones del tema de la intervención administrativa —más económica, al fin y al cabo— con la economía, y la complicación que ello origina, nos obligan a desistir de cualquier intento actual de penetrar en este tema, pues nuestro análisis sería necesariamente superficial, no cubriría los aspectos esenciales de su tratamiento, y —lo que es definitivo, a nuestro entender— no sería necesario para las pretensiones de este trabajo. Por lo que —repetimos— son éstas nuestras justificaciones para el breve tratamiento que de este principio ofrecemos aquí, a lo que agregamos tres razones más: a) la amplitud de los capítulos anteriores se justifica, además, porque las materias que allí tratamos constituyen el núcleo del derecho minero, lo que la hace realmente particular y diferente a cualquier otra disciplina; son esas tres instituciones (dominio público minero, concesión minera y derechos de aprovechamiento minero), por sus características especiales con que se manifiestan aquí, las que permiten explicar más fácilmente su contenido; b) relacionada con lo an-

terior, la intervención es una técnica que si bien es intensa respecto del derecho minero, y adopta algunos caracteres muy especiales, es una técnica ampliamente utilizada en la economía por la Administración, que no requiere los desarrollos dogmáticos de los anteriores casos; y c) es ésta, por último, una materia tradicionalmente reservada al derecho público, que no ha tenido las infiltraciones privatísticas de los casos anteriores, y esos casos son los que exigían un mayor esfuerzo nuestro si queríamos obtener una reconstrucción dogmática, frente a los principios del derecho minero.

No obstante todo lo anterior, creemos que ello no quita ninguna validez a nuestra pretensión de considerar que la intervención administrativa es un principio del derecho minero, pues ello ya está, a nuestro juicio, probado históricamente, sólo que la reconstrucción dogmática no la efectuaremos con la acuciosidad deseada.

Entonces, considerando el breve desarrollo que aquí se ofrecerá, debe considerarse la validez dogmática de este principio, en lo que a nosotros respecta (y en lo que falte), como una intuición, si bien reconstruida históricamente, no completamente (salvo lo que diremos en seguida) reconstruida —por ahora— ante la dogmática.

b) *Las técnicas de la intervención*

Evitando entrar en otras materias colaterales,[769] y procurando explicar —jurídicamente— la intervención como un fenómeno jurídico, podemos comprobar a priori, y dentro del esquema restringido de la materia, que la intervención administrativa dice relación con el trasvase al ámbito público de ciertas actividades que pudiesen parecer —según las ideas de cada cual— del ámbito privado. Así, el sector público se expande e invade el área privada, altera su statu quo por medio de una técnica denominada *publicatio* o publificación, que opera sobre todo el sector.

Creemos que de este modo —*grosso modo*, por lo visto— podemos explicar cómo se produce jurídicamente la intervención: a través de la *publicatio*.

Ahora, desde el punto de vista del derecho administrativo, históricamente,[770] es posible constatar un fenómeno de creciente

---

769 Como lo hemos dicho, sin introducirnos, por ejemplo, en aspectos ideológicos o políticos (lo que nos supondría un juicio de valor, improcedente aquí) o en la economía. Sin negarle importancia, eso sí, a estos aspectos para el derecho en general, el que nunca podrá ser tan aséptico como lo hemos mostrado.

770 Cfr. un recorrido histórico de la intervención administrativa en general, en: DE MIGUEL GARCÍA (n. 768), pp. 51-76.

intervención administrativa, lo que ha obligado a esta ciencia a esforzar sus mecanismos para explicar —y, sobre todo, y por sobre todo, limitar, en aras de la libertad del administrado— este fenómeno que se presenta como una creciente invasión del Estado.

Y esta *publicatio* es un arma del Estado para intervenir; es un título, un instrumento que ha fabricado para realizar esta intervención. Es, como dice Villar Palasí,[771] el título de las potestades administrativas que la Administración se arroga sobre determinados sectores, entre ellos como veremos, el minero.

2. La intervención administrativa en el sector minero

a) *Su explicación dogmática*

La explicación dogmática de la intervención de la Administración en el sector de la minería, como en otros, según hemos dicho, es la utilización de la técnica jurídica de la *publicatio;* es la declaración previa y global de la publificación de todo el sector lo que constituye el título de todas las facultades que se arroga la Administración.[772]

A nuestro juicio, no es necesario agregar casi nada aquí a las ideas tan lúcidamente señaladas sobre esta materia por Villar Palasí. Dice por ejemplo: "La Administración actúa *ope dominii* (...), y es cabalmente el título que desde el derecho intermedio hasta mediados del siglo pasado sirvió más ampliamente para la creación de potestades administrativas desde las minas hasta la zona marítimo-terrestre. El título se crea a través de la *publicatio* de los bienes (...), por la creación de una regalía".[773]

Y así surgieron las minas como bienes del dominio público (antigua *iura regalia*), de la afectación a la *publicatio*, técnica y resultado a la vez.

Y un dato más, que es importante ligar con las anteriores características que hemos mencionado para el derecho minero en general (en especial con el dominio público minero), y que

---

[771] Cfr. Villar Palasí, José Luis, *La intervención administrativa en la industria* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964), p. 124. Ver, además, pp. 127 y ss.

[772] Debe vincularse esta materia con lo que hemos señalado del dominio público en general, y del minero en especial, pues jurídicamente el dominio público es una forma de *publicatio*, y, como lo hemos indicado allí, fuente de potestades. Así, no sólo recibe explicación dogmática a través de la *publicatio* la intervención administrativa, en general, sino también el dominio público, en particular.

[773] Cfr. Villar Palasí, *La intervención administrativa* (n. 771), p. 137.

lo apunta el mismo Villar Palasí: "Hoy nos parece la figura del dominio público como la única solución viable para no entorpecer el uso general de determinados bienes públicos. Hay que advertir, sin embargo, que esta idea no fue sino una opción entre múltiples alternativas", agregando más adelante, este mismo autor, que "no sólo es el uso público el que se pretende garantizar por el artilugio del demanio, sino también el uso óptimo a través de concesiones. Así se explica la regalía de minas", y, sellando estas ideas, indica que "de todas las categorías demaniales es justamente la minera donde se entrecruzan las finalidades de uso óptimo y utilización regaliana con fines fiscales, provocando una mayor perplejidad doctrinal".[774]

Todo lo que dice este autor es plenamente efectivo, e incluso de cada matiz que hay en su texto (como de casi todo lo que escribe) podríamos obtener amplios desarrollos, algunos de los cuales ya no serían necesarios, pues componen parte de nuestro trabajo. Sólo apuntamos que tiene razón al hablar de una "perplejidad doctrinal", puesto que ella no ha permitido explicar aún satisfactoriamente todo el sistema del derecho minero (y que nosotros ahora estamos reconstruyendo de acuerdo a nuestras ideas), ni ha permitido explicar suficientemente la razón y amplitud de la intervención administrativa, tan persistente, en la minería.

Los fines fiscales a que hace alusión Villar Palasí son patentes desde el derecho romano, donde la "clave fiscal", como la hemos denominado (*vid.* Primera Parte, cap. IV), fue fundamental para el establecimiento de las bases del derecho minero, en la forma que hoy conocemos. Y si a ello se une la necesidad del uso óptimo de estos bienes (recuérdese, por ejemplo, que, de acuerdo a la actual legislación española, estos bienes "fomentan la riqueza nacional", y que, de acuerdo a la normativa chilena, en las concesiones hay un "interés público" envuelto), pues, también, al lado del interés privado, está el aumento —cada vez más deseado por la Administración— de las arcas fiscales.

Por lo tanto, si bien jurídicamente, como hemos dicho al inicio, la intervención administrativa en materia minera no conlleva grandes especialidades, sí tiene un gran interés para el caso del derecho minero, pues está emparentada con sus orígenes, y a partir de ella se explican varias instituciones del derecho minero: desde la misma *publicatio*, que transforma, cual vara mágica, unos bienes en dominio público, que los administra la Administración; que encadena a los particulares que quieran aprovecharlos a seguir los procedimientos que ella instrumenta, llamados aquí procedimientos concesionales mineros; que fiscaliza, no sólo en aras del interés público, del público, una utilización

[774] Cfr. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa* (n. 771), pp. 143, 144 y 145.

eficaz de esta riqueza (dando lugar a pensar en un derecho real administrativo especial, de aprovechamiento, por las obligaciones que comporta), sino también en interés de las arcas fiscales, del fisco, que no siempre es del público; en fin, todo ello sujetando al particular en una especial relación jurídico-administrativa, que es la culminación de la intervención administrativa.

Todo ello hoy se engloba en un interés público que ha ideado una serie de técnicas interventoras, y que señalaremos a continuación.

b) *Su actual concreción*

Actualmente, la intervención administrativa en materia minera se manifiesta, globalmente, a través de estas cuatro formas:

1º La *publicatio*

Es la *publicatio* que ya hemos descrito, largamente mantenida y continuamente acogida y acentuada por la legislación minera.

Ella significa impedir que la riqueza minera ingrese al tráfico jurídico-privado (al que no obstante, en definitiva, siempre tiene que llegar, pero ya no como riqueza nacional, sino, una vez extraídos los minerales, como una mercancía más del tráfico jurídico-privado) no sin antes cumplir una serie de requisitos: reconocimiento de la titularidad estatal y previa concesión.

2º El procedimiento concesional

La intervención en la constitución de las titularidades privadas que, limitadas a lo señalado anteriormente, permiten actuar legítimamente a los particulares en el sector.

En otras palabras, la Administración se reserva la potestad de otorgar a los particulares el título que les permite acceder a la explotación: la concesión. Y es a través de la concesión que se inician dos efectos muy importantes: a) nacen a través de ella, precisamente, los derechos reales administrativos, aquí llamados derechos de aprovechamiento; la Administración crea tales derechos, *ex novo*, como hemos dicho, pues no existían antes; y b) nace, también, una relación de derecho público, en donde se ve claramente la gran carga de intervención administrativa; a esta relación se la denomina relación jurídico-administrativa, y significa que, de aquí en adelante, Administración y concesionario quedan ligados por especiales vínculos jurídicos, los que especialmente determinan una mayor potestad para la Administración, frente a las obligaciones que debe cumplir el concesionario titular del derecho de aprovechamiento.

No es necesario agregar nada más aquí al respecto, todo lo cual ha quedado suficientemente claro en el cap. VI.

3º Fiscalización y fomento

Luego, al nacer los derechos mineros (sobre todo porque, como se ha dicho, ellos están inmersos en una especial relación jurídico-administrativa), éstos estarán constantemente limitados al cumplimiento de los deberes que le impone la ley, y que cautela o fiscaliza la Administración, ya sea en relación a la seguridad para las personas que trabajan en la actividad; al cumplimiento de su obligación de aprovechar, de trabajar efectivamente la riqueza (al "uso óptimo", de que habla Villar Palasí), etc. En esta función también la Administración se reserva el derecho de solucionar ciertos conflictos, a crear medios de fomento de la actividad (pues, como dijimos, no olvida la "clave fiscal", que deambula más de lo que se imagina en la explicación dogmática de todo el sistema del derecho minero), etc.

Esta es una sucinta explicación dogmática de lo que, en los hechos, se ha consagrado desde hace largos años en las legislaciones mineras. A una brevísima revisión de los textos legales vigentes en Chile dedicamos el próximo parágrafo.

III. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA MINERA EN CHILE

1. Generalidades

Ya abordada previamente la intervención administrativa, aun cuando brevemente, en general, y en especial en el sector minero, veremos ahora cómo se manifiesta ésta, concretamente ante la legislación chilena.

La intervención administrativa en el sector minero ofrece una gran variedad de aspectos, pues comienza desde la supervigilancia en la obtención de derechos mineros (en el procedimiento de constitución de las concesiones mineras), hasta los aspectos técnicos que dicen relación con los trabajos mineros.

El hecho de que en Chile el Estado sea, según la Constitución, el "dueño" de las minas, le concede a éste un título especial de intervención (emanado de esta *publicatio*), y para lo cual se ha creado un organismo público a quien le corresponde desempeñar las funciones relacionadas con esta intervención, el cual,

en la estructura administrativa chilena, depende del Ministerio de Minería.[775]

Este organismo se llama hoy en día Servicio Nacional de Geología y Minería,[776] o "el Servicio", como lo llama la ley (cfr. arts. 240 CMi y 2º inc. 2º RMi, y *supra*, nosotros, en este trabajo). Este Servicio cumple (en sustancia) las funciones que correspondían antes (desde 1960) al Servicio de Minas del Estado,[777] y, antes de éste (desde 1945), al Departamento de Minas y Petróleos.[778]

Como las potestades administrativas del Servicio dicen relación con aspectos diversos, dividiremos su estudio en los siguientes puntos: a) intervención en la constitución de las concesiones mineras, y b) intervención técnica en las actividades desarrolladas en la industria extractiva minera (seguridad minera).

2. Intervención en la constitución de las concesiones mineras

La intervención del Servicio en la constitución de las concesiones mineras dice relación, más que nada, con un apoyo técnico a la función del juez, ante quien se realizan estos trámites, y quien los lleva a cabo, según la ley, "sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona" (art. 34 inc. 1º CMi). Señalaremos todas aquellas situaciones en que, de acuerdo a la ley, le cabe una intervención al Servicio, el contenido de tal intervención y su alcance.

a) *Informe favorable para el auxilio de la fuerza pública*

Corresponde al Servicio informar la solicitud del auxilio de la fuerza pública en el caso del art. 53 del CMi, cuando el manifestante o titular del pedimento realizan los trabajos pertinentes a la constitución de su concesión en trámite. Así fluye del art. 53 inc. 3º del CMi.

¿Qué significa informar favorablemente? Según un autor,[779]

---

[775] Así, el art. 1º del DFL 302, de Hacienda, de 1960, que aprueba disposiciones orgánicas y reglamentarias del Ministerio de Minería, señala: El Ministerio de Minería tendrá a su cargo toda la *intervención* que realiza actualmente el Estado a través de sus diversas reparticiones en las actividades de la minería.

[776] Cfr. DL Nº 3.525, de 1980, que crea el Servicio Nacional de Geología y Minería.

[777] Cfr. DFL Nº 152, de 1960, que creó el Servicio de Minas del Estado.

[778] Y que están señaladas en el art. 1º del Decreto Nº 671 bis (Economía), de 12 de mayo de 1945.

[779] Cfr. Ruiz Bourgeois, Carlos (n. 616), p. 17.

la ley lo exige en dos casos: uno, cuando constata la existencia del yacimiento; y dos, cuando le niegan al funcionario del Servicio la entrada. En todo caso, es un aspecto de la práctica que deberán resolver los tribunales en cada caso.

b) *Examen de aspectos técnicos en la tramitación de concesión de exploración*

Durante la tramitación de una concesión de exploración, y antes de la dictación de la sentencia correspondiente, al Servicio le corresponderá informar acerca de los aspectos técnicos relacionados con ella.

Debe recordarse que, una vez presentada al juez la solicitud de sentencia constitutiva de la concesión de exploración, y encontrado conforme, éste, de acuerdo a lo señalado en el art. 56 inc. 1º del CMi, *"ordenará la remisión del expediente al Servicio, para su informe"*.

¿De qué informará, específicamente, el Servicio en este caso? Sobre las materias que indica el art. 57 inc. 1º del CMi. La tramitación que se sigue luego es la que se señala en el mismo art. 57 incs. 2º a 4º.

Así, el interesado tiene dos opciones: uno, conformarse a lo señalado por el Servicio, para lo cual debe conformar su solicitud o plano, o ambos, a las observaciones de aquél; y dos, objetar fundadamente dichas observaciones. Con estos antecedentes, el juez dictará sentencia.

c) *Informe de mensura en concesiones de explotación*

Uno de los trámites más importantes de la constitución de una concesión de explotación es, sin dudas, la mensura (*vide supra* caps. VI, III), y en la revisión técnica de su factura le corresponde el papel de supervigilancia al Servicio.

Recordemos que, una vez hecha tal operación técnica, el interesado debe presentar, en tres ejemplares, el acta y el plano de la mensura del terreno solicitado en concesión. Pues bien, según el art. 79 del CMi, el acta y plano se remitirán por el juez al Servicio para su informe. Junto con ello, según el art. 27 inc. 2º del RMi, el perito deberá remitir directamente al Servicio copia de la cartera de terreno y de los demás antecedentes técnicos y copias simples del acta y plano de la mensura.

¿Sobre qué informará el Servicio? El Servicio informará: a) acerca de los aspectos técnicos relacionados con la operación de mensura, y b) acerca de los aspectos técnicos relacionados con el acta y plano, y en ambos casos, especialmente, si se ajus-

tan a la ley la forma, dimensiones y orientación señaladas, según lo indicado en el art. 79 inc. 2º del CMi.

Estas consideraciones técnicas deben ser escrupulosamente revisadas e informadas por el Servicio, pues, en caso de errores técnicos, la concesión puede ser objeto de una acción de nulidad, ya sea por error pericial, por no respetarse las normas relativas a la forma, orientación, cabida o lados de su cara superior, o, en fin, haberse constituido abarcando terrenos situados fuera del manifestado o que fue solicitado en la mensura (art. 95, causales 1ª, 4ª y 5ª CMi).

Por otro lado, el informe debe también tener otros contenidos de suma importancia, los que señala el art. 80 inc. 1º del CMi.

He aquí por lo demás la importancia de la exigencia legal de que en los casos de oposición a la mensura que se indica "sean enviados al Servicio" los documentos pertinentes (arts. 62 inc. 5º y 63 inc. 2º CMi), pues ello será garantía para evitar un nuevo juicio o nuevas colisiones entre interesados.

El plazo que tiene el Servicio para emitir su informe es de sesenta días, contado desde la recepción del expediente (art. 79 inc. 3º CMi). Nótese, además, a este respecto, que si bien el art. 78 inc. 1º del CMi no exige al juez más que el envío del acta y plano, su inc. 3º habla de "recepción del expediente", lo que podría indicar que debe enviarse todo éste. Si bien parece más práctica esta última solución, como la ley no lo dispuso así derechamente, ella es perfectamente discutible.

¿Qué efectos puede tener este informe? En caso que el informe del Servicio no contenga observaciones, no habrá inconveniente alguno, y el juez deberá dictar sentencia constitutiva de la concesión o concesiones de explotación (art. 81 CMi). Por el contrario, en caso que el informe del Servicio formule observaciones, el interesado puede adoptar dos actitudes: o subsanar las objeciones formuladas (para lo cual tiene un plazo de sesenta días), o contradecir el informe (dentro del plazo de ocho días), según el art. 82 inc. 1º del CMi.

Será muy importante aclarar estos aspectos, pues el juez, en definitiva, según lo que técnicamente le proporcione mayor convencimiento, dictará sentencia, declarando constituida la concesión de explotación o rechazando su constitución, según los casos. Y el juez deberá hacerlo con pleno conocimiento de causa, pues tiene prohibición absoluta de hacerlo de otra manera que no sea respetando los terrenos antes manifestados o mensurados; así lo dispone en forma enfática el art. 82 inc. 3º del CMi.

¿Qué ocurre cuando el Servicio señala que se ha producido alguna de las situaciones a que se refiere el art. 80 del CMi? Esto es muy importante, pues se están produciendo colisiones con concesiones de explotación ya constituidas o en trámite, y

que podrían tener derechos preferentes a la que es materia del informe.[780]

En este caso, el juez ordenará la publicación de tal circunstancia (art. 83 CMi), para que cada interesado tenga la posibilidad de oponerse a la constitución de la concesión de explotación. Y aquí, obviamente, se ha originado un juicio, en donde, según el art. 84 inc. 3º del CMi, "el informe del Servicio servirá de base de presunción judicial".

He aquí, entonces, traducida en un buen ejemplo, la importancia de la información técnica que proporciona el Servicio a través de su intervención en la constitución de las concesiones mineras.

d) *Supervigilancia de la colocación y reposición de hitos*

En la colocación y reposición de hitos, al Servicio le corresponde un papel de supervigilancia que, no obstante, se olvida con alguna frecuencia en la práctica.

Recordemos que, al efectuarse la operación de mensura, según el art. 74 inc. 3º del CMi, se han de colocar estos hitos de referencia, como especial obligación del futuro concesionario. Y es tal la importancia que la ley le da a este aspecto, que una de las menciones que el Servicio debe hacer en su informe de la mensura (*vid supra*) es, precisamente, "si los hitos han sido correctamente colocados" (art. 79 inc. 2º, *in fine*, CMi).

Y, por otro lado, también la ley exige al concesionario de explotación la mantención y conservación en pie de los "hitos colocados en los vértices de la pertenencia" (*vid supra* cap. VII, y art. 118 CMi).

Así, si es importante el papel del Servicio en la supervigilancia de la *correcta* y *efectiva* colocación de los hitos en los vértices de las concesiones de explotación, también lo es —por lógica consecuencia— en el caso de reposición de tales hitos, como se encargan de señalarlo los arts. 46 a 48 del RMi.

e) *Información general de concesiones*

Le corresponde también al Servicio el papel de informador general de las concesiones constituidas, papel de singular importancia por la necesaria exactitud de la información —y que el Servicio da garantías para hacerlo en buena forma— y por la

[780] Sobre este caso, véanse, además, arts. 27, 40 y 41 del RMi.

necesidad de contar con ella, para evitar colisiones de derechos entre interesados, siempre tan frecuentes.

De este modo, el art. 90 inc. final del CMi consagra la obligación del servicio de dar a conocer las concesiones constituidas, para conocimiento de todos los interesados. Las menciones especiales a que hace referencia tal disposición son: la designación de juzgado y número de rol del expediente (Nº 1º del art. citado); fecha de la sentencia y naturaleza de la concesión (Nº 2º); el nombre de la concesión (Nº 5º), y las coordenadas U.T.M. de cada uno de los vértices del perímetro de la concesión (Nº 6º).[781]

Relacionado también con esta información, el Servicio debe confeccionar un "catastro" general, lo que ayuda a verificar el cumplimiento de las obligaciones con el Estado y a evitar colisiones con las concesiones ya establecidas. Así lo señala el art. 241 incs. 1º y 2º del CMi.

Por último, en este sentido, es también importante la obligación que le impone el art. 159 inc. 2º del CMi al Servicio.

f) *Otros*

Hay otras funciones a través de las cuales el Servicio interviene en la constitución de las concesiones mineras, también de importancia, como la supervigilancia de todas las actuaciones referidas al remate de concesiones mineras con ocasión de la mora en pagar la patente anual (arts. 159 inc. 1º CMi y 52 RMi); su papel en el otorgamiento de patentes rebajadas (art. 54 RMi); aspectos técnicos relacionados con las U.T.M. (art. 1º transitorio RMi); etc.

3. Intervención relativa a la seguridad minera

Por Decreto Nº 72, de Minería, de 1985, se aprueba el Reglamento de Seguridad Minera (RSMi), el que fija normas sobre tal sector de la intervención administrativa, especiales para la minería.

De acuerdo al art. 3º de este cuerpo legal, "corresponde al Servicio Nacional de Geología y Minería la competencia general en la aplicación y fiscalización del presente Reglamento", otorgándosele las funciones que indica el art. 10 del RSMi.

Es así como en un detallado casuismo, a través de más de 500 artículos, se establecen las principales obligaciones de las empresas mineras y sus trabajadores, dando las reglas de seguridad en cuanto a explosivos, electricidad, trabajos de superficie,

[781] Véase, además, art. 2º transitorio del RMi.

explotaciones mineras a tajo abierto, explotación minera subterránea, de carbón, del petróleo, obras civiles relacionadas, etc.

Todas estas obligaciones, en caso de ser contravenidas, pueden ser objeto de medidas disciplinarias o multas (art. 519 RSMi); y en caso de reincidencias reiteradas, podrá determinarse el cierre temporal o definitivo, en forma parcial o total, de la faena minera respectiva (art. 522 RSMi).

Es aquí donde más cerca y estrechamente se manifiesta la intervención de la Administración en esta materia, ejerciendo sus potestades de "policía" en cada faena minera.

CONCLUSIONES

SUMARIO:

A) CONCLUSIONES PARA UNA RECONSTRUCCION HISTORICA DEL DERECHO MINERO. I. *Derecho minero romano.* 1. Derecho romano clásico: difusos gérmenes. 2. Derecho provincial romano: génesis del derecho minero. 3. Derecho romano postclásico: la *publicatio* de las minas y el desarrollo de unos principios. II. *Derecho minero español medieval y moderno.* 1. Derecho español medieval: las minas como *iura regalia* y la continuidad de los principios romanos. 2. Derecho español moderno: la riqueza reglamentaria. III. *Derecho minero indiano:* 1. Génesis del derecho indiano: los "quintos" reales. 2. Primeras ordenanzas locales: el acomodo de unos principios generales. 3. Los grandes ordenamientos de Indias: la riqueza reglamentaria. IV. *Derecho minero contemporáneo chileno.* Derecho histórico chileno contemporáneo: la continuidad y (parcial) dispersión de unos principios. V. *Corolario: el acervo histórico (y dogmático) de unos principios, de unas instituciones y de un sistema jurídico muy caracterizado a través de la historia: el derecho minero.*

B) CONCLUSIONES PARA UNA RECONSTRUCCION DOGMATICA DEL DERECHO MINERO. I. *El dominio público minero.* 1. La teoría del dominio público: la armónica bipolaridad de potestad y función. 2. El concepto jurídico de dominio eminente: el vaciamiento de un concepto jurídico. 3. La afectación de las minas al dominio público: la *publicatio* de la riqueza minera. II. *El procedimiento concesional minero.* 1. La teoría de la concesión: el concepto de concesión y la caracterización de las concesiones mineras. 2. El procedimiento concesional chileno: la dialéctica concesión-propiedad. III. *Los derechos mineros.* 1. La teoría de los derechos reales administrativos: la riqueza de un planteamiento. 2. Los derechos mineros en Chile: concesiones para aprovechar y para "no aprovechar". IV. *La intervención administrativa minera.* 1. La intervención administrativa en general: *publicatio.* 2. La intervención administrativa minera en Chile: amplias potestades. V. *Corolario: la compatibilización armoniosa de cuatro principios jurídicos conforman (dogmáticamente) el sistema de derecho minero.*

C) CONCLUSION FINAL. ***El derecho minero como disciplina jurídica autónoma.***

A) CONCLUSIONES PARA UNA RECONSTRUCCION HISTORICA DEL DERECHO MINERO

I. DERECHO MINERO ROMANO

1. Derecho romano clásico: difusos gérmenes

1º En Roma, durante la época clásica, el suelo controlable por el propietario es exclusivamente de éste, por lo que —en alguna medida— habría regido el llamado sistema hiperbólico que considera a la propiedad *usque ad profundum*. No obstante, esta vigencia no es absoluta, como se pretende usualmente por la doctrina, y en todo caso, previo al nacimiento del derecho minero, que se produjo en el derecho provincial romano. Así, el llamado "sistema fundiario", creado por la doctrina para explicar la cuestión de la llamada "propiedad minera", no sólo es artificial, sino que no tuvo completo acogimiento ni siquiera en el derecho romano clásico, caso paradigmático, según sus propugnadores.

2º La explotación por el mismo propietario (no existiendo aún desarrollada una libertad para explorar y explotar minas en terrenos ajenos), que es posible constatar en los casos de canteras en un fundo dotal o de minas o canteras en el terreno concedido en usufructo, poco a poco fue creando un nuevo valor: la separación jurídica de lo que es la propiedad del suelo y las sustancias minerales, por un título diferente a la adquisición derivativa, si bien algo difuso aún, pero clara consecuencia de la apertura de la mentalidad del jurista clásico al óptimo aprovechamiento económico de los bienes, no sólo con miras a la utilidad pública, sino también, como veremos, del fisco. No obstante, esto comenzaría a consagrarse sólo con la existencia de un régimen de dominio público, como el provincial.

3º He aquí que se vislumbra el surgimiento de una de las grandes claves de los regímenes jurídicos de la minería de todos

los tiempos: el aspecto tributario. Aquí se encuentran el germen y el primer desarrollo de una característica importantísima de la minería y que es quizás la piedra de toque y el punto de nacimiento de los regímenes mineros con intervención fiscal. No pudiendo apropiarse indefinidamente de todos los terrenos ricos en minas, ni poder prolongar ningún monopolio en esta materia, el Estado debía idear alguna fórmula que le permitiese compartir las pingües ganancias de los explotadores de tan ricas sustancias que regala la naturaleza; ya no tendría que arrendar las minas —en su terminología—, sino sólo permitir el acceso de los particulares a su explotación, dándoles facilidades para su ingreso a los terrenos públicos y privados, a cambio de un tributo: esto es lo que hemos denominado "clave fiscal".

4º No es posible encontrar dato alguno a través del cual afirmar que dependería de una concesión del Estado el derecho del propietario de apropiarse de metales descubiertos o de cavar en su suelo, por lo que en terrenos privados la situación es altamente difusa. Lo que sí creemos es que, como consecuencia de todo lo anterior, aquí se encuentra el germen, el origen de la posterior *publicatio* de todas las minas por parte del Estado, situadas en terrenos públicos o privados, con la única justificación, en un principio, de cobrar tributos; es la clave fiscal que aquí comienza a perfilarse, la que originará o moldeará, de acuerdo a su interés, la institución —ideada posteriormente por los propios romanos— que marcará para siempre un solo modo de regir jurídicamente la minería: la concesión minera.

2. Derecho provincial romano: génesis del derecho minero

1º El dominio originario de las minas, así como el suelo en que están ubicadas, pertenece al Estado, dominio que conserva aún después de haber entregado a particulares su disfrute, vislumbrándose, en tal sentido, una verdadera "afectación".

2º Existe 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: *ius occupandi* —que se dibuja como una verdadera concesión de exploración moderna— y *proprietas* —una verdadera concesión de explotación moderna.

3º El Estado exige a los "concesionarios" el cumplimiento de ciertas obligaciones para poder mantenerse como titulares de estos derechos: primero, a través de lo que hemos llamado clave fiscal, el pago del *pretium*; y luego, el trabajo efectivo, en ambos casos so pena de caducidad de sus respectivos derechos.

4º El solo hecho de existir esta legislación especial, 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.*

5º Vemos 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 modernas legislaciones del sector. Entonces, podemos afirmar: he aquí el origen de los principios que siempre han regido el sector minero, y el de su institución más caracterizada: la "concesión minera"; he aquí el origen de todo el sistema de derecho minero. En otras palabras, más directas: en el derecho provincial romano se encuentra la génesis del derecho minero, que se mantiene invariable (en su esencia: principios e instituciones) desde entonces.

3. Derecho romano postclásico: la *publicatio* de las minas y el desarrollo de unos principios

1º Aparece claro, sobre todo de la ley *"Perpensa deliberatione"*, la afectación dominical a que el Estado ha reservado las minas, concepto jurídico que se ha infiltrado como título justificante de la facultad del Estado para limitar el derecho del propietario del suelo, y de otorgar un derecho al que explota las minas, todo ello a cambio de un tributo.

2º En cuanto al procedimiento concesional, si bien sólo aparece difusamente en las leyes tardo-imperiales, todas sus características proceden del derecho de las provincias y de la última evolución del pensamiento del jurista clásico; a partir de aquí se produciría la generalización de sistemas de "registro", "concesiones de facultad", "licencias", "autorizaciones", "mercedes", etc., en una variopinta terminología que sólo modernamente se homogeneizaría en un único concepto: concesión minera; pero su papel de centro nervioso o centro motor —como podríamos decir— de todo el régimen minero no perderá jamás vigencia en toda la historia jurídica.

3º A través de la ley *"Cuncti"*, una de las más famosas leyes mineras romanas, se consagra el principio del derecho del Estado a la *decima*, clave fiscal que no desaparecerá más de las legislaciones mineras.

4º Como una manifestación más del influjo del derecho pro-

vincial, se conoció una amplia intervención administrativa, ejercida a través de los *procuratores metallorum.*

5º A estas alturas, el derecho romano —en materia minera— es ya como cualquier régimen minero actual en lo que a características y principios se refiere.

II. DERECHO MINERO ESPAÑOL MEDIEVAL Y MODERNO

1. Derecho español medieval: las minas como *iura regalia* y la continuidad de los principios romanos

1º 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 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. Se vislumbra claramente, además, cómo en su defensa se las dota de los caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad.

2º Del mismo modo, y como una consecuencia de lo anterior, el acceso a la explotación minera sólo podía llevarse a cabo a través de previas "licencias y mandados", temprana adopción de un procedimiento concesional, que no dejaría de regir en todo el Medioevo; complementariamente, y con el fin de facilitar el descubrimiento previo de lugares de explotación, se consagra en esta época —1387— la libertad de catar y cavar (no obstante, en un principio, con la limitación de un permiso previo del propietario del suelo, en su caso; limitación que luego desaparecerá para siempre de la legislación).

3º También, con clara vinculación a los principios romanos, rigió la exigencia de tributos al minero: en un principio, la *decima* romana, y luego, a partir de 1387, diferentes porcentajes, con el fin de conjugar los intereses fiscales con el fomento de la industria.

4º De los textos no es posible desprender gran intervención administrativa, más allá de la indirecta de exigir "mandado y licencia", o de fomentar la explotación a través de rebajas de tasas mineras.

2. Derecho español moderno: la riqueza reglamentaria

1º El carácter jurídico de las minas resulta obvio en esta época, de pleno apogeo del absolutismo, y del carácter patrimonial de las monarquías: son, como antaño, "regalías" de la Corona, y, como tal, permanentemente, en los distintos ordenamientos, son "incorporadas" y "reincorporadas", fórmula defensiva frente a posibles pretensiones de prescriptibilidad.

2º Se elabora en esta época una detallado procedimiento concesional, creándose "registros", estableciendo plazos, requisitos a cumplir, con sujeción permanente a caducidades por parte del incumplidor; en un general estado de avance de las instituciones jurídicas, es posible diferenciar claramente el derecho del minero, como muy diferente al de propiedad (naturaleza jurídica del derecho del concesionario erróneamente propugnado desde el derecho civil por alguna doctrina del siglo pasado y aún de éste).

3º En esta época, además, se consagra legalmente en principio —*al menos en los textos*—, *discontinuado en la Península* desde la época tardo-romana: el trabajo efectivo; junto con el pago de los tributos, aspecto *también importante* de la legislación minera, la obligación de trabajar las minas recibe un acentuado tratamiento. Esta es una consecuencia de que el derecho a explotar las minas que surgía de la concesión, muy diferente a la propiedad, daba origen también a una relación entre el concesionario y la Administración.

4º Junto con lo anterior, y con el evidente objeto de lograr el cumplimiento de las obligaciones que emanan del título de concesionario —el pago del tributo y el trabajo efectivo—, se *instrumenta una intensa intervención administrativa, minuciosa*mente reglamentada en los cuerpos legales de la época.

III. DERECHO MINERO INDIANO

1. Génesis del derecho indiano: los "quintos" reales

1º Desde un inicio, aun antes del propio descubrimiento de América, y en las primeras capitulaciones de Indias, de los textos fluye la consideración jurídica de las minas —así como el propio continente— *como iura regalia*; hecho por lo demás ratificado por los juristas de la época.

2º Además de ese hecho capital, es posible rescatar de las zigzagueantes regulaciones iniciales, cómo a la general exigencia

de "licencia" previa se sigue una relativa libertad de explotación (relativa, pues pronto se encauzaría a un general procedimiento concesional).

3º Es notoria, en las capitulaciones y en los sucesivos textos jurídicos (cédulas y provisiones), la preocupación de la Corona por garantizar sus intereses, y exigir el cobro de los "quintos" o el porcentaje que debían pagar los mineros de las resultas de su explotación.

4º Estos cobros, obviamente, debieron significar una intensa intervención administrativa a través de gobernadores y oficiales reales; esta intervención se hace notoria, incluso, en ciertas políticas de fomento —indirectas— propulsadas a través de una rebaja de los "quintos".

2. Primeras ordenanzas locales: el acomodo de unos principios generales

1º Estas primeras ordenazas locales son dictadas por virreyes y gobernadores con el objeto de acomodar los principios generales del ordenamiento castellano, las que, al regir con preferencia, dieron origen a reglas particulares, las que, en sustancia, no se apartaban de los principios castellanos.

2º Como consecuencia de lo anterior, y habiendo sido explicitado claramente desde un inicio, quedaba implícito el carácter de *iura regalia* de las minas, y de la prioridad que debía tener la exigencia de los "quintos" reales.

3º No obstante la cercanía con la legislación peninsular en cuanto a principios, el desarrollo de ellos fue rigurosamente original (y en algunos casos, incluso, fuente de inspiración para posteriores ordenamientos peninsulares); así, por un lado, el procedimiento concesional, con sus previos "registros", "pedimentos" y "manifestaciones"; por otro lado, dentro de las obligaciones de los mineros, el trabajo efectivo era regulado minuciosamente; exigiéndose, dentro de plazos establecidos, el "ahonde" y "pueble" de las minas; estableciendo, además, toda esta novedosa terminología que aún perdura en las legislaciones hispanoamericanas, en especial en Chile.

4º La intervención de la Administración en el sector estaba representada normalmente por el "alcalde de minas", en el caso de Chile, quien no sólo debía entender de los aspectos técnicos de la minería para aplicar las minuciosas disposiciones de la época, sino de los "registros" y cobros de "quintos" reales.

3. Los grandes ordenamientos de Indias: la riqueza reglamentaria

1º En estos grandes ordenamientos no merece mayor análisis el carácter de Patrimonio Real que continúa otorgándoseles a las minas, en virtud de su naturaleza jurídica de *iura regalia*.

2º En ellos se encuentra una clara confirmación de la vigencia de un procedimiento concesional, con la previa facultad de catar y cavar y posterior obligación de "registro".

3º Esta "concesión", como derechamente ya se la denomina (Ordenanzas de Nueva España, de 1783), concede derechos sujetos a condiciones establecidas claramente: contribuir a la Real Hacienda (tributos), y la obligación de "amparo", esto es, el "pueble" o trabajo continuo.

4º Por último, la intervención administrativa queda instrumentada ya sea a través de "alcaldes" o "Reales Tribunales", máximas autoridades, tanto en lo gubernativo como en lo directivo y económico, en sus términos.

IV. DERECHO MINERO CONTEMPORANEO CHILENO

Derecho histórico chileno contemporáneo: la continuidad y (parcial) dispersión de unos principios

1º Luego de la independencia definitiva de la nación, en 1818, y en su condición de Estado, éste pasó a arrogarse el dominio de todas las minas (la *publicatio*), principio inalterado hasta hoy.

2º Rigió en toda esta época un moderno procedimiento concesional, de tramitación en sede judicial, como regla general, en virtud del cual se conceden derechos mineros de una naturaleza jurídica distinta a la propiedad (a pesar de las erróneas declaraciones de textos legales y doctrinales), como son los emanados de una "concesión minera".

3º En cuanto a las obligaciones de los titulares de estos derechos mineros, en un principio consistieron, como tradicionalmente, en el trabajo efectivo y el pago de tributos; no obstante, a partir de 1888, se prescindió de la obligación de trabajo efectivo, aspecto del que hasta el día de hoy permanece desvinculada la concesión minera.

4º Siempre se consagró la aplicación de una intensa intervención administrativa, tanto de inspección como de fomento.

V. COROLARIO: EL ACERVO HISTORICO (Y DOGMATICO) DE UNOS PRINCIPIOS, DE UNAS INSTITUCIONES Y DE UN SISTEMA JURIDICO MUY CARACTERIZADO A TRAVES DE LA HISTORIA: EL DERECHO MINERO

Como corolario, si se nos permite incluir un juego metafórico, y considerando los principios señalados como integrados en una hipotética cuenca hidrográfica, podríamos 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 chileno. Hoy el derecho minero *chileno, en cuanto a principios e instituciones más caracterizadas*, discurre con el mismo contenido sustancial heredado del manantial romano (con la única excepción actual de la falta de exigencia de trabajo efectivo al concesionario).

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 nos proporciona esta nueva 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) nos muestra al derecho minero dotado con una gran riqueza dogmática.

B) CONCLUSIONES PARA UNA RECONSTRUCCION DOGMATICA DEL DERECHO MINERO

I. EL DOMINIO PUBLICO MINERO

1. La teoría del dominio público: la armónica bipolaridad de potestad y función

1º Ante la ciencia del derecho no existe hoy en día una respuesta definitiva —o, por lo menos, de amplia aceptación doctrinal— sobre la calificación dogmática del llamado "dominio público".

2º Una de las formulaciones que, hasta hace algunos años, reclutaba más adeptos era la llamada por nosotros concepción "*patrimonialista*" *del dominio público*, de clara procedencia francesa, 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.

3º Al margen de esta concepción, la doctrina ha ido acentuando dos criterios, íntimamente relacionados: la existencia de unos bienes de dominio público por naturaleza, poniendo en evidencia la especialidad de algunos de ellos, como las minas, y la existencia de una "pieza clave", que hace operar el sistema: la afectación.

4º 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 hemos denominado nosotros. Según esta tesis, el dominio público no es más que una técnica funcional que, a través de la

publicatio (cuyo gozne es la afectación) construye un título de intervención, de potestades.

5º Nuestro pensamiento es cercano a esta última concepción, pues, a nuestro entender, el Estado, en este caso, es titular de potestades (buscando alejarnos de las confusiones tradicionales en el pensamiento jurídico, histórico y dogmático, entre los conceptos de *potestas, dominium y proprietas*). Por lo que pareciera 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 reales administrativos a favor de los particulares. Así, se articula en este caso un mecanismo muy usual y singular del derecho administrativo: la potestad y la libertad.

2. El concepto jurídico de dominio eminente: el vaciamiento de un concepto jurídico

1º El concepto jurídico de dominio eminente (*facultas eminens*) es una creación del fundador de la escuela iusnaturalista moderna, concepto ligado en sus inicios a la soberanía estatal, y desvinculado de la *proprietas*, concebido como una facultad del príncipe sobre las personas y los bienes de las personas. En este sentido lo desarrollaría toda la escuela iusnaturalista moderna: con un significado puramente público, de poder soberano.

2º No obstante, más tarde este concepto sería reformulado por la doctrina —principalmente privatista—, otorgándosele un contenido únicamente "patrimonialista" que no tenía en sus orígenes. Y éste es el criterio generalmente aceptado en la doctrina chilena hasta hoy, que lo aplica exclusivamente al caso de las minas.

3º No obstante, esta corriente doctrinal —influida por el ambiente ideológico, tanto ayer como hoy— se habría alejado no sólo de la correcta construcción histórico-dogmática, sino de la propia letra de los textos jurídicos (de los del siglo pasado y de los actualmente vigentes).

4º Por lo tanto, nosotros, movidos por la disconformidad con este planteamiento, dirigiremos nuestra mirada hacia un camino menos difundido en Chile: las minas como dominio público, entendiendo éste como fuente de potestades, con un carácter puramente funcional, y no patrimonial para el Estado.

3. La afectación de las minas al dominio público: *la publicatio* de la riqueza minera

1º Es la afectación una figura "clave" dentro de la relación de dominio público, pues es una figura instrumental, que opera por los medios normales del derecho —normativos— y en virtud de la cual se integra un determinado bien dentro de la categoría del dominio público.

2º Si bien se discute si la afectación se hace en forma natural (de donde surge el llamado dominio público natural) o de manera expresa, siendo por ello necesaria una norma, hemos demostrado que, en los hechos, siempre existirá una declaración formal de la legislación, como ha ocurrido en el caso de las minas durante toda la historia de los textos jurídicos.

3º La relación que nace para la Administración es una relación de potestades, que justifica —en atención al interés público— el otorgamiento de derechos reales de aprovechamiento a favor de los particulares, a través de la concesión, y le autoriza, además, para el uso de sus facultades interventoras.

4º Las minas integran el dominio público *ab origine*; el ordenamiento jurídico las ha "afectado" al dominio público; en otras palabras, hay una *publicatio* de las minas, con los alcances señalados.

II. EL PROCEDIMIENTO CONCESIONAL MINERO

1. La teoría de la concesión: el concepto de concesión y la caracterización de las concesiones mineras

1º La idea global de concesión, a nuestro juicio, está conformada de cuatro ideas fundamentales: a) la vinculación estrecha de la idea concesional a su evolución histórica; b) la dificultad de elaborar un concepto unitario; c) toda concesión es un acto administrativo, y d) a partir del acto constitutivo, instrumental, mera técnica, surge una relación jurídico-concesional.

2º Recalcamos la importancia de considerar a la concesión como un acto administrativo; es ésta su naturaleza jurídica y no otra; es mero instrumento, puro procedimiento, mera técnica, y no se le puede confundir —en ningún caso— con el derecho que, en su virtud, se crea *ex novo*.

3º Por otro lado, es fundamental en este sentido considerar la idea de relación jurídico-concesional (a partir del concepto

más genérico de relación jurídico-administrativa). Así, a partir del acto constitutivo de la concesión (insistimos: que como tal acto, es un mero instrumento) surge una relación jurídico-concesional, en la que se entrelazan las potestades de la Administración con el derecho-deber del concesionario: el derecho de aprovechamiento; en el caso de las minas, de aprovechamiento minero.

4º Además de estas ideas, caracterizamos a las concesiones mineras como de aquellas denominadas "puras", en virtud de la cual se crea un derecho subjetivo (el derecho de aprovechamiento minero).

2. El procedimiento concesional chileno: la dialéctica concesión-propiedad

1º A pesar de la claridad de los planteamientos doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la concesión, la legislación confunde a la concesión con el derecho que crea, diciendo que "la concesión es un derecho real..." (LOCCMi y CMi).

2º Este planteamiento erróneo (que no está en la propia Constitución) es el fruto del deseo de consagrar una "propiedad minera", como especulación político-ideológica, desnaturalizando —de paso— la institución jurídica llamada concesión, transformándola de acto administrativo que es, en un derecho real.

3º Esta concepción errada de una institución minera de arraigada tradición histórico-dogmática, acarreará una desnaturalización del verdadero alcance y contenido del derecho creado, como se verá en seguida.

III. LOS DERECHOS MINEROS

1. La teoría de los derechos reales administrativos: la riqueza de un planteamiento

1º 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. En otras palabras: califica jurídicamente el derecho que crea *ex novo* la concesión, cuando se trata de un derecho sobre el dominio público.

2º Los problemas dogmáticos que, en principio, se pensaron insalvables para tal formulación (el pretendido ámbito sólo privado de la categoría "derecho real", su pretendida incompatibilidad con el principio de la inalienabilidad del dominio público, y su pretendida ineficacia *erga omnes*) han sido aclarados, por lo que puede considerarse a ésta como una construcción jurídica útil y —en nuestro caso— aplicable a los derechos mineros.

3º Por lo tanto, 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, podemos concluir que los derechos mineros son, ciertamente, en cuanto a su naturaleza jurídica, derechos reales administrativos.

4º Unido a lo anterior, los derechos mineros (que denominamos "derechos de aprovechamiento minero", más precisamente) serían una clase especial de derechos reales administrativos, con características especiales, impuestas especialmente por estar en medio de una relación jurídico-concesional, que vincula a la Administración y al concesionario, y por el interés público que hay envuelto en ello.

5º La caracterización jurídica de los derechos de aprovechamiento minero, con un contenido de facultades y obligaciones, como un "derecho-deber", gira alrededor de este concepto "clave", central: el aprovechamiento.

2. Los derechos mineros en Chile: concesiones para aprovechar y para "no aprovechar"

1º Contiene la legislación chilena, aún, un antiguo vestigio: la facultad general de catar y cavar, concedida "a toda persona", sin necesidad de previa concesión, que nos produce —hemos de reconocerlo— un serio problema de definición dogmática.

2º Contiene además la legislación chilena un segundo tipo de derechos mineros: los emanados de los pedimentos y manifestaciones, meras solicitudes, los cuales, si bien no son exclusivos, tienen un contenido minero, que hace pensar (en este caso, y en el anterior) en verdaderos derechos reales administrativos "preconcesionales".

3º En cuanto al derecho que emana de la concesión, según la legislación chilena... ¡es la concesión misma! Se dice que "la concesión es un derecho real" (LOCCMi y CMi), con el objeto de acercarse a una realidad imposible ante el sistema del derecho minero: vincular esta "concesión-derecho real" con la propiedad,

creando así una "propiedad minera", lo que es una desnaturalización completa de las instituciones jurídico-mineras.

4º Por otro lado, aun cuando la Constitución establece claramente la obligación de la "actividad" en la relación jurídico-concesional, este mandato ha sido desoído por la legislación, configurándose en la actualidad derechos mineros con un contenido sólo facultativo, y ajeno a todo deber de aprovechar efectivamente la riqueza minera. En otras palabras, se ha llegado a la consagración legal de concesión "de" exploración o "de" explotación, pero que —sin sanción alguna— pueden ser perfectamente "de no" exploración o "de no" explotación, las que, en definitiva —como ocurre en los hechos—, se han convertido en algunos casos en un objeto de especulación económico-financiera.

5º Así, la concatenación de desnaturalizaciones jurídicas que se han producido en Chile [dominio público por dominio eminente; concesión como acto administrativo por una "concesión-derecho real"; derecho de aprovechamiento minero (derecho-deber) por un "derecho-facultad", casi "propiedad"] no sólo tiene un resultado de errar ante el derecho y la dogmática jurídica, sino un resultado práctico dañino para un sector económico del país: se produce la especulación de una riqueza "pública", del público. Pues la riqueza minera no es, aun cuando se pretende que así sea, una "propiedad" más.

IV. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA MINERA

1. La intervención administrativa en general: *publicatio*

1º 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, altera su statu quo por medio de la *publicatio* o publificación, que opera sobre todo un sector.

2º Así, la *publicatio* es un arma del Estado para intervenir; es un título, un instrumento que ha fabricado para realizar esta intervención; es, en definitiva, el título de las potestades que la Administración se arroga sobre un sector, como el minero, sobre el que ha operado la *publicatio* íntegramente.

3º La intervención administrativa está emparentada con los mismos orígenes del derecho minero, y a partir de ella se explican varias de sus instituciones: desde la misma *publicatio*, que transforma, cual vara mágica, unos bienes en dominio público, que

los administra la Administración; que sujeta a los particulares que quieran aprovecharlos a seguir los procedimientos que ella instrumenta; que fiscaliza, no sólo en aras del interés público, del público, una utilización eficaz de esta riqueza, sino también en interés de las arcas fiscales, del fisco, que no siempre es del público; en fin, todo ello, sujetando al particular en una especial relación jurídico-concesional, que es la culminación de la intervención administrativa.

4º Entonces, su actual concreción se manifiesta, fundamentalmente, a través de: la *publicatio*, el procedimiento concesional, la fiscalización y el fomento.

2. La intervención administrativa minera en Chile: amplias potestades

En Chile (además o dentro, en general, de la previa *publicatio;* la exigencia de título concesional para acceder al aprovechamiento minero, y las demás fiscalizaciones de los deberes del concesionario en medio de la relación jurídico-concesional), podemos individualizar una amplia intervención en la constitución de las concesiones mineras y en la seguridad minera. La Administración no supervigila la actividad o trabajo efectivo, pues, como hemos dicho, ésta no es exigida legalmente.

V. COROLARIO: LA COMPATIBILIZACION ARMONIOSA DE CUATRO PRINCIPIOS JURIDICOS CONFORMAN (DOGMATICAMENTE) EL SISTEMA DE DERECHO MINERO

¿Cómo se compatibilizan estos cuatro principios para formar un todo armónico?

Creemos que todos ellos conviven armoniosamente, pues, dogmáticamente (y en la medida que reciban el planteamiento que propugnamos para cada institución jurídica en juego), en casi todos los casos, unos son la consecuencia obligada de otros, por lo que no se puede prescindir de ninguno de ellos.

Así:

a) el dominio público, por su carácter inalienable, no podría compatibilizar con ninguna otra institución que no fuese como la concesión, que otorga derechos reales de aprovechamiento, pues de otro modo se quebraría un principio propio del dominio

público (por ejemplo: no es posible "traspasarlo", lo que impide aquí la cabida de instituciones civilísticas);

b) por otro lado, en segundo lugar, la concesión sólo tiene cabida si se trata de crear derechos antes inexistentes (pues ésa es su naturaleza jurídica, y no otra), y de índole administrativa, sobre un bien de dominio público, como lo son las minas. Si hubiese derechos preexistentes del particular, no cabría —es lógico— la concesión;

c) en tercer término, dogmáticamente, como señaláramos, sólo existen derechos reales administrativos cuando se trata de los que nacen de una concesión, y sobre el dominio público, por lo que, por la propia lógica del sistema, los derechos mineros no podían tener otra naturaleza jurídica que la de derechos reales administrativos, lo que pasa a constituir, entonces, su tercer principio; y

d) el cuarto principio, la intervención administrativa, es no sólo una consecuencia de los anteriores, sino un presupuesto necesario, pues por el interés público que hay envuelto en la minería, la intervención administrativa justificó la existencia de un dominio público minero, y el otorgamiento de la explotación a los particulares a través de una concesión que otorga derechos de aprovechamiento, y este mismo interés conlleva que la intervención administrativa se mantenga en toda la relación jurídico-administrativa que se originó luego de la concesión entre la Administración y el concesionario.

En definitiva, si no hubiese dominio público previo, no sería necesaria la concesión; sólo la concesión creadora de un derecho de aprovechamiento puede impedir el quiebre del principio de la inalienabilidad del dominio público, pues si bien crea derechos sobre él, éstos tienen una naturaleza jurídica que no choca con tal carácter. Y, por último, la *publicatio*, previa y permanentemente, crea y justifica toda la intervención administrativa en el sector minero.

C) CONCLUSION FINAL

EL DERECHO MINERO COMO DISCIPLINA JURIDICA AUTONOMA

Escuetamente: estos cuatro principios: dominio público minero, procedimiento concesional minero, derechos de aprovechamiento minero e intervención administrativa minera, que albergan sendas instituciones bien caracterizadas y de la misma denominación, conforman la disciplina denominada derecho minero.

Esto es, entonces, lo que llamamos —o debemos llamar— derecho minero. Si esos son sus principios; esas son 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.

BIBLIOGRAFIA (*)

SUMARIO: 1. Obras generales. Principios. 2. Derecho Minero histórico. 3. Dominio minero. 4. Concesión minera. Procedimiento. 5. Derechos mineros. 6. Intervención administrativa minera. 7. Derecho minero frente a otras disciplinas. 8. Varios.

1. OBRAS GENERALES. PRINCIPIOS

ARAMBURO, J.L. *Curso de derecho minero.* 2ª ed. Bogotá: Temis, 1984. 332 p.

ARCENEGUI, Isidro de: *El demanio minero.* Madrid. Editorial Civitas, 1979.

ARCENEGUI, Isidro de: *El nuevo derecho de minas*, en: "Revista de Administración Pública", Nº 7 (1975), p. 117-221.

ARCENEGUI, Isidro de: *Minas*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1978, T. XVI, p. 356-403.

BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero Peruano* (4ª ed., Librería Studium, Lima, 1985), 304 p.

BECERRA GONZALEZ, María. *Derecho minero de México.* México, Editorial Limusa-Wiley, 1963, 535 p.

BUNGE GUERRICO, H. *Minería-Petróleo.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984, 652 p.

(*) La presente bibliografía incluye sólo títulos relacionados directamente con el derecho minero, y no comprende todos los títulos citados en este trabajo. Por tanto, respecto de los trabajos, más generales, de índole histórica o dogmática, o las sedes en que se encuentran las fuentes, son citadas al pie de página en los capítulos respectivos. El listado bibliográfico que sigue tiene, más que nada, la intención de orientar al lector interesado en ampliar la investigación aquí iniciada.

CENTENO, Roberto. *Principios de Derecho Minero.* Fundación Gómez Pardo. Madrid, 1977, 123 p.

D'AVANZO, Walter. Miniere, cave, torbiere. *Novissimo digesto Italiano. Apéndice,* volumen V, Torino, Unione Tipográfico-Editrice torinese, 1984, p. 1-10.

D'AVANZO, Walter. Miniere, cave, torbiere, *Novissimo digesto Italiano.* Torino, Unione Tipográfico-Editrice torinese, 1964. Tomo X, p. 699-720.

DIAZ SALAS, Juan. *Código de Minería. Concordancias, jurisprudencia, reglamento.* Santiago, Empresa Editora Zig-Zag, 1939.

GARCIA MORENO, Alejo y LA IGLESIA, Gustavo. *Manual de legislación y jurisprudencia minera.* Madrid. Librerías de Suárez, San Martín, Fe y Salón del "Heraldo", 1901, 704 p.

GILARDONI, Annibale: *Miniere, Cave e Torbiere,* en: "Il Digesto Italiano". Turín, Unione Tipográfico Editrice-torinese. Vol. XV/II, 1929, p. 222-406.

GIRON Y ARCAS, Joaquín. "El Derecho de Minería". En cuatro partes: I) *Rev. Gral. de Legisl. y Jurisp.* Tomo LXXXVI (1895), p. 558-569. II) Ibíd., Tomo LXXXVII, (1895), p. 87-99. III) Ibíd., p. 373-383; y IV) Ibíd., p. 514-539.

GONZALEZ, Joaquín V. "Legislación de minas". Lecciones, en: *Obras completas.* Buenos Aires. Universidad Nacional de la Plata, 1935, vol. IV, p. 7-424.

GONZALEZ BERTI, L. *Compendio de derecho minero venezolano.* Mérida: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. 1969. T. 1: Parte general. Legislación sobre minas. 526 p. T. 2: Hidrocarburos, 560 p.

GUAITA, Aurelio: *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas,* 2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1986.

LIESA, Isidro. "Minas". *Enciclopedia jurídica española.* Tomo XXII, Barcelona, Fco. Seix Editor, 1910, p. 270-410.

MALLEA BALBOA, Enrique. *Memorándum de derecho minero.* La Paz, Lib. Imp. de M. Lakermance, 1902, 255 p.

OLIVA CASTRO, Andrés de la: *Derecho de Aguas. Derecho Minero.* Apuntes de clases, Universidad de Madrid, 1962.

OSSA BULNES, J.L. *Derecho de minería.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989. 404 p.

PABLOS, T. DE: *Código de Minería de la República Argentina comentado.* Buenos Aires: Depalma, 1982. 320 p.

PACINOTTI, Giovanni: *Le miniere, le torbiere e le cave,* en: "Primo Tratatto Completo di Diritto Amministrativo Italiano", bajo la dirección de V.E. ORLANDO, Milán. Societá Editrice Libraira, 1930. Vol. V, p. 688.

PERSONNAZ, Jean. *Droit des mines.* Juris-classeur Administratif, v. 4, fascículos 370 y 371 (A y B), París, renovación permanente.

PIGRETTI, E.A. *Código de Minería y de Legislación de Hidrocarburos. Comentado.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981. 728 p.

PIGRETTI, E.A. *Manual de derecho minero y de la energía.* Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1976. 206 p.

PUYUELO, Carlos: *Derecho Minero*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

QUEVEDO VEGA, Florentino: *Derecho Español de Minas. Tratado Teórico Práctico*, 2 vol., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.

RODRIGUEZ, E. *Código de Minería de la República Argentina*. Con notas del Dr. Rodríguez. Buenos Aires, AZ Editora, 1980.

RUIZ BOURGEOIS, C. *Nuevo Código de Minería. Modificaciones legales del quinquenio 1979-1983*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984. T. 2, 197-258.

RUIZ BOURGEOIS, Carlos: *Tema: nueva legislación minera*, en: "Primera Jornada de Actualización de Conocimientos Jurídicos". La Serena (Chile), Colegio de Abogados, 1983.

RUIZ BOURGEOIS, Julio: *Instituciones de Derecho Minero Chileno*. 2 vol., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949.

SOTOMAYOR O., J. Moisés. *Derecho de Minería peruano*. Lima, Universidad Nacional Federal Villarreal, 1977, 298 p.

URIBE HERRERA, A. *Manual de derecho de minería*. 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968. 489 p.

VALLS, M.F. *Derecho de la energía*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977. 238 p.

VELARDE, M.S. *Manual de Derecho Minero*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1986. 344 p.

VERGARA BLANCO, Alejandro. "Formulación de principios para el derecho minero". *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), (1987), Nº 41-42, p. 183-197.

VERGARA BLANCO, Alejandro. *Reconstrucción histórica y dogmática del derecho minero. Ensayo de una nueva matriz disciplinar*. Pamplona. Tesis doctoral, 1988, 848 p.

VILDOSOLA FUENZALIDA, Julio, *El derecho de minas analizado por la aplicación que él tiene en la realidad nacional y por las necesidades actuales*, en *Orientaciones del Derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971), pp. 413-478, excelente trabajo que lamentablemente conocí después del cierre de esta obra.

2. DERECHO MINERO HISTORICO

Actas del VI Congreso Internacional de Minería, *La Minería Hispana e Iberoamericana. Contribución a su investigación histórica*, León, Cátedra de San Isidro, 1970, 7 vol.

AITON, Arthur S.: *Ordenanzas hechas por el Sr. Visorrey don Antonio de Mendoza, sobre las minas de la Nueva España, año de M.D.L.*, en: "Revista de Historia de América", Nº 14, (1942), p. 73-95.

ALONSO RODRIGUEZ-RIVAS, Daniel: *La legislación minera hispano-colonial y la intrusión de labores*, en: "Actas del VI Congreso Internacional de Minería", vol. I, op. cit., p. 657-668.

ASTOLFI, Riccardo: *Diritto Minerario e problemi di metodo*, en: "Studia et Documenta Historiae et iuris" (Roma), LII, (1986), p. 516-536.

AVILA MARTEL, A. La propiedad minera en el derecho indiano. Sus bases, constitución y peculiaridades. *Historia*. 1969, 8, 13-7.

CANO, Guillermo J.: *Bosquejo del Derecho de Minas en Mendoza en el período patrio (1810-1887)*, en: "Revista del Instituto de Historia del Derecho", 8, (1957), p. 103-120.

CANTARELLI, Luigio: rec. en: "Bolletino dell'istituto di diritto romano", XX, (1908), p. 104-106.

CANTARELLI, Luigio: *Un regolamento minerario romano scoperto nel Fortogallo*, en: "Bolletino dell'istituto di diritto romano". XVIII, (1906), p. 309-313.

CAPANELLI, Daniele: *Para un nuevo examen de las "leges metalli Vipascensis"*, en: "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", 72, (1987), p. 575-584.

CATALANO, E.F. *Breve historia minera de la Argentina*. Buenos Aires, Depalma, 1984. 296 p.

CORNEJO, Atilio: *Las Ordenanzas del Virrey Toledo como fuentes del Código de Minería Argentino*, en: "Revista del Instituto de Historia del Derecho", 9. (1958), p. 11-13.

DOMERGUE, Claude: *La Mine Antique D'Aljustrei (Portugal) et les tables de bronze de Vipasca*. París, Publications du Centre Pierre. París, 1983.

DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: *Fuentes documentales chilenas para el estudio de la historia de la minería en el período indiano*, en: "Actas del VI Congreso Internacional de Minería", vol. I, op. cit., p. 601-604.

DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: *La real administración del importante cuerpo de minería de Chile (1787-1802)*, en: Revista Chilena de Historia del Derecho", 8. (1981), p. 109-130.

FERNANDEZ-ESPINAR, Luis Carlos: *Génesis y Evolución del Derecho Público de Minas en España (1825-1986)*, tesis doctoral (Universidad Complutense de Madrid), 1987, inédita.

GAMBOA, Francisco Xavier de: *Comentarios a las Ordenanzas de Minas*. Madrid, en la Oficina de Joachim Ibarra, 1761.

GASPARRI, Pietro. "Sui regime giuridico delle scorie mineralli". *Rivista di Diritto Civile*, XXXI (1939), p. 416-420.

GIBERT, Rafael: *Lex Metalli Vipscensis*, en: "Nueva Enciclopedia Jurídica", Barcelona, Editorial Seix, 1974, T. XV, p. 156-159.

GONZALEZ, María del Refugio: *Notas para el estudio de las Ordenanzas de Minería en México durante el siglo XVIII*, en: "Revista de la Facultad de Derecho de México", XXVI, (1976), p. 157-167.

GONZALEZ, María del Refugio: *Panorama de la legislación minera en la historia de México*, en: "Jurídica", Nº 18, (1980), p. 791-811.

GOULD, Eduardo Gregorio Sergio y CARGO DE EPPSTEIN, María Inés: *La aplicación de la legislación minera en la Carolina. San Luis (1784-1815)*, en "Revista de Historia del Derecho", 13, (1985), p. 61-90.

HALLEUX, Robert: *Fécondité des mines et sexualité des pierres dans l'antiquité greco-romaine,* en "Revue Belge de Philologie et d'Histoire", Bruselas, XLVIII, (1970), 1, p. 16-25.

HORAK, Franz: *Sul "diritto minerario" romano,* en: "LABEO, Rassegna di Diritto Romano" (Nápoles), 33, (1983), 1. p. 75-84.

JAKOB, Walter: *Dos próceres del Derecho Minero Argentino: Domingo de Oro y Enrique Rodríguez,* en: "Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene", 14, (1963), p. 161-163.

LAMBERTINI, Renzo: *Lapis crescere potest: I frutti del regno minerale,* en: "Archivio Giuridico Filipo Serafini", CCIV, (1984), p. 97-165.

LOHMANN VILLENA, Guillermo: *Las Minas de Huancavelica en los siglos XVI y XVII.* Sevilla, Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, 1949.

LONGO, Giannetto: voz: *Lex territorio metalli Vipascensis dicta,* en: "Novissimo Digesto Italiano". Turín, T. IX, (1963), p. 823.

MANDELLI, Humberto A.: *Una fallida concesión minera en la provincia de Tucumán,* en: "Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene", 22, (1971), p. 243-251.

MARTIN DE CODONI, Elvira Luisa: *El derecho minero precodificado y su aplicación en Mendoza,* en: "Revista de Historia del Derecho", 8, (1980), p. 197-246.

MARTIRE, Eduardo: *El Código Carolino de Pedro Vicente Cañete,* Buenos Aires, s/edit.: 1973, vol. I y 1974, vol. II.

MARTIRE, Eduardo: *Historia del Derecho Minero Argentino,* Buenos Aires, Editorial Perrot, 1979.

MARTIRE, Eduardo: *La autoridad minera en el Código Carolino de Pedro Vicente Cañete,* en: "Revista Chilena de Historia del Derecho", 6, (1970), p. 185-199.

MARTIRE, Eduardo: *La propiedad minera en el Código Carolino de Pedro Vicente Cañete,* en: "Actas y Estudios del III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Madrid, 17-23 de enero de 1972)", Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1973, p. 827-868.

MARTIRE, Eduardo: *Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico,* Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1968, 78 pp.

MENDEZ B., L.M. *Instituciones y problemas de la minería en Chile. 1787-1826.* Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile. 1979. 173 p.

MO, Fernando F., *Valoración jurídica de la obra minera de Sarmiento.* Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1947.

MOLINA MARTINEZ, Miguel: *El impacto del sistema de Intendencias en Perú y Chile: la adaptación de las Ordenanzas de Minería de Nueva España,* en: "Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene", 26 (1980-1981), p. 93-117.

MOLINA MARTINEZ, Miguel: *El Real Tribunal de Minería de Lima (1785-1821),* Sevilla, Diputación Provincial de Sevilla, 1986.

MORENO, Roberto: *Las Instituciones de la industria minera novohispana,* sobretiro de "La Minería en México. Estudios sobre su desarrollo histórico", México, Universidad Autónoma de México, 1979, p. 69-164 (Cfr. reseña en: "Revista de Historia del Derecho", 10, (1982), p. 531-532).

NEGRI, Giovanni: *Diritto Minerario Romano,* I: "Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici", Milán, Giuffré Editore, 1985.

ORS, Alvaro d': *Epigrafía Jurídica de la España Romana,* Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1953.

ORS, Alvaro d': *Pittacion - pittaciarum,* en: "AEGYPTUS, Rivista Italiana di Egittologia e di papirologia", Milán, XXXI, (1951), p. 339-343.

ORS, Alvaro d': *Sobre la lex Metalli Vipascensis II,* en: "IURA. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico", Nápoles, (1951). II, p. 127-133.

PAREJO GAMIR, Roberto. *Protección registral y dominio público,* Madrid, Edersa, 1975, 211 p.

PEREIRA SALAS, Eugenio: *Las Ordenanzas de Minas del Gobernador de Chile don Francisco de Villagra.* "Revista de Historia de América" Nº 32, (1951), p. 207-225.

RAMOS, Demetrio: *Ordenación de la Minería en Hispanoamérica durante la época provincial (siglos XVI, XVII y XVIII),* en: "Actas del VI Congreso Internacional de Minería", vol. I, op. cit., p. 373-397.

ROCHEFORT ERNST, Gustavo: *Esquema del derecho de minas en Chile colonial,* en: "Memorias de Licenciados. Historia del Derecho", Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1950, vol. V.

SANCHEZ DE OCAÑA, Ramón y SANCHEZ DE OCAÑA, Máximo. *La legislación minera,* Madrid, Imprenta de Enrique Moroto y Hermano, 1890.

SANTOS MARTINEZ, Pedro: *Régimen Jurídico de la Minería durante el Virreynato,* en: "Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene", 19, (1968), p. 205-209.

SCHÖNBAUER. *Des Bergrecht von Vipasca,* se ha reproducido en: "LABEO", XV, (1969), p. 327-345.

VALLE MENENDEZ, Antonio DEL: *Introducción al desarrollo histórico del derecho minero español* (discurso), Madrid, Real Academia de Doctores de Madrid, 1984, p. 55.

VELARDE, Carlos E.: *Historia del Derecho de Minas Hispanoamericano y estado de la legislación de Minas y petróleo en México, Perú, Bolivia, Chile y la República Argentina,* Buenos Aires, L. J. Rosso y Cía. 1919.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Contribución a la historia del derecho minero, I: Fuentes y principios del derecho minero romano. *Revista de estudios histórico-jurídicos,* vol. XII (1987-1988), p. 13-47.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Contribución a la historia del derecho minero, II: Fuentes y principios del derecho minero español moderno y medieval. *Revista Chilena de Historia del Derecho,* vol. 15.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Contribución a la historia del derecho minero, III: Fuentes y principios del derecho minero indiano. *Anales de la Universidad de Chile. Homenaje al profesor Alamiro de Avila Martel*, en prensas.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Contribución a la historia del derecho minero, IV: Fuentes y principios del derecho minero chileno contemporáneo, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIII (1989-1990), p. 145-152.

WAGNER, Henry R.: *Early Silver Mining in New Spain*, en: "Revista de Historia de América", 14, (1942), p. 49-71.

3. DOMINIO MINERO

ABBATE, Giuseppe: *Beni minerari*, en: "Enciclopedia del Diritto", XXVI, Milán, Giuffré editore, 1976, p. 398-431.

ALVAREZ-GENDIN, Sabino: El dominio público de las minas. *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Barcelona, Bosch, casa Editorial, 1956, p. 169-198.

BRUNA VARGAS, Augusto: *Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971.

CHERCHI, Amisocora, "Ancora sulla proprietá mineraria", en: *Rivista di Diritto Civile*, Milán, vol. XX (1928), p. 356-362.

ENTRENA CUESTA, Rafael. *Naturaleza y régimen jurídico de las rocas*, "Revista de Administración Pública", Nº 30, (1959), p. 37-68.

ENTRENA CUESTA, Rafael. El dominio público de los hidrocarburos. *Rev. de Adm. Pública*, Nº 29, (1959), p. 329-376.

ESCALA BALTRA, Enrique: *El dominio del estado sobre las minas*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965.

FERNANDEZ-ESPINAR LOPEZ, Luis Carlos: *Naturaleza de los recursos de la sección A) de la Ley de Minas*, "Revista de Administración Pública", Nº 109 (1986), p. 255-281.

GARRIDO FALLA, Fernando: *Naturaleza y régimen de la propiedad de las aguas minero-medicinales*, "Revista de Administración Pública", Nº 42, (1963), p. 155-167.

GOMEZ MEANA, José Antonio. La reforma del reglamento general de minería sobre las minas y Zonas reservadas al Estado. *Rev. de Adm. Pública* Nº 59, (1969), p. 421-434.

GONZALEZ, Joaquín V. "La propiedad de las minas", en: *Obras completas*. Buenos Aires, Universidad Nacional de la Plata, 1935, vol. IV, p. 425-598.

GUTIERREZ CARRASCO, Octavio: *El régimen de la propiedad minera*, en: "Modificaciones legales del sexenio 1973-1979". T. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980, p. 465-468.

ORREGO VICUÑA, Francisco: *Some International Law problems posed by Nationalization of the Copper Industry by Chile*, "American Journal of International Law", vol. 67, (1973), p. 711-727.

ORTIZ LLORCA, José. "Propiedad Minera". *Rev. Gral. de Legisl. y Jurisp.* Tomo XLVII, (1875), p. 450-454.

PACINOTI, Giovanni. "Il 'regime demaniale' delle miniere", en: *Rivista di Diritto Agrario*, 1928, vol. VII, p. 23-32.

PRECHT P., J.E. "Dominio del Estado sobre las minas: análisis comparativo de los diversos proyectos y del texto de la Constitución de 1980". *Gaceta Jurídica*, 1983, 41, 9-15.

PRECHT PIZARRO, Jorge E.: *Naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas y de la concesión minera en la Constitución de 1980*, "Revista Chilena de Derecho", vol. 10 (1983).

RUIZ-BOURGEOIS, Julio: *Reflexiones sobre la propiedad minera*, "Revista de Derecho" (Concepción, Chile), (1962), p. 3-30 [también publicado en España, en: "Revista de Derecho Administrativo y Fiscal", Nº 12, (1965), p. 333-353].

STEFANO, Carlo Di: "Sulle proprietá delle miniere", en: *Rivista di Diritto Agrario*, 1926, Vol. V, p. 201-228; 384-397 y 513-545.

STERN, Samuel: *The judicial and administrative procedures involved in the chilean copper expropiations*, "Proc. American Journal of International Law", vol. 66 (1972), p. 205-213.

THÖL, Juan. "Organización del Régimen Jurídico de la Propiedad Minera", en: *Actas del Congreso Internacional de Juristas*. Lima, Editorial San Marcos, p. 687-689.

TRAVI, Aldo: Propietá e coltivazione della cave nella nuova legislazione regionale, *Foro Italiano*, 1976, V. p. 79-88.

VASALLI, Filippo. "Note critiche sul concetto di demanio minerario", en: *Rivista del Diritto Commerciale, diritto generale delle obbligazioni*, vol. XXV, (1927), 1, p. 493-506.

VERGARA BLANCO, A. "El dominio eminente y su aplicación en materia de minas". *Revista Chilena de Derecho*, 1988, XV, 1, 87-110.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Teoría del dominio público y afectación minera, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17, 1 (1990), p. 135-159.

VERGARA BLANCO, Alejandro. La teoría del dominio público: el estado de la cuestión, en: *Revista de Derecho Público*, (Madrid, 1989), Nº 114, p. 27-58, con bibliografía adicional.

VILLAR ESCURRA, José Luis: *Régimen jurídico de las aguas mineromedicinales*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1980.

VIVANCO, J.M. Propiedad y concesión en la legislación minera. VVAA. *Desarrollo minero. Evolución y desafíos para Chile*, cit., 155-79 [y comentarios de: J. Manterola, p. 180-4; y de C. Ruiz Bourgeois, p. 184-6].

4. CONCESION MINERA. PROCEDIMIENTO

ACEVEDO CRIADO, Ismael. "El registro de Concesiones Mineras en el nuevo Código de Minería del Perú", en: *Actas del Congreso Internacional de Juristas*, Lima, Editorial San Marcos, 1953, pp. 690-698.

FERNANDEZ Y FERNANDEZ CANSECO, Pedro. "Permisos de investigación. Recursos contra las operaciones de demarcación". *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, Nº 12 (1965), pp. 355-359.

FERNANDEZ-ESPINAR LOPEZ, Luis Carlos. "La valoración del justiprecio en la expropiación de concesiones mineras". *Poder Judicial*, Nº 2 (2ª época), junio, 1986, pp. 107-116.

VERGARA BLANCO, Alejandro. "Esquema del procedimiento concesional minero chileno". *Revista de Derecho*. XII (Universidad Católica de Valparaíso, 1988), pp. 245-273.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Esquema del procedimiento concesional minero español, en: *Revista de Derecho Público* (Madrid, 1990), Nº 118, pp. 29-76.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras, en: *Revista Chilena de Derecho*, 16, 1 (1989), pp. 777-796.

VILLAR PALASI, José Luis: *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, "Revista de Administración Pública", Nº 1 (1950), pp. 79-116.

5. DERECHOS MINEROS

ALVAREZ-GENDIN, Sabino. "Naturaleza pública del dominio minero (problemas jurídico-privados que plantea la transmisión de concesiones)", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo IV, 1948, pp. 407-446.

AMOROS RICA, Narciso y AMOROS DORDA, Narciso: *Fiscalidad de las actividades mineras*, en: "Comentarios a las leyes tributarias y financieras". T. XVIII, 1º: "Regímenes especiales", Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1983, 1-109.

CALLEGARI, Dante: *L'Ipoteca mineraria*, Padúa, Cedam, 1934.

CHAPARRIETA ORNSTEIN, Joaquín: *El canon de superficie minera y la Ley de utilidades*, en: "Revista de Derecho Mercantil", Nº 27 (1950), pp. 445-452.

CHARRIN, A.: *Consulta sobre la reclamación del canon de superficie y caducidad de las concesiones mineras*, en: "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", T. LXXIV (1889), pp. 86-96.

CUPIS, Adriano De. "L'acquisto dei frutti della miniera", *Rivista di diritto civile*, 1984, II, pp. 94-97.

FILIPPI, Piera: *Applicabilitá dell'imposta sul valore aggiunto alle concessioni di miniere*, en: "Diritto e Pratica Tributaria" (1985), II, pp. 101-104.

GARCIA AÑOVEROS, Jaime. *El régimen tributario de la investigación y explotación de hidrocarburos*, en: "Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública" (1960), pp. 759-829.

GOMEZ CALERO, Juan. "El contrato de arrendamiento de minas", *Rev. Gral. de Legisl. y Jurisprudencia*, CXX (1971), pp. 27-96.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. "Competencia para fijar la cantidad que por gastos de desagüe y daños y perjuicios deben abonar los concesionarios de una mina a los de las colindantes (Jurisprudencia administrativa)". *Rev. de Adm. Públ.* Nº 11 (1951), p. 179.

JUANES LAGOS, Ricardo: *Las cautelas del fisco en las explotaciones mineras*, en: "Crónica Tributaria", Nº 11 (1974), pp. 213-216.

LOPEZ GETA, J.A.: *Fiscalidad de la actividad minera*, en: "Impuestos", Nº 6 (1986), pp. 81-90.

MARQUEZ MARQUEZ, Antonio: *La Ley de hidrocarburos y la importación temporal*, en: "Crónica Tributaria", Nº 11 (1974), pp. 49-52.

MARTIN-RETORTILLO, Cirilo: *Las concesiones mineras y la transmisión de minas en relación con el impuesto de derechos reales*, en: "Revista de Derecho Privado", vol. XLI (1957), pp. 986-991.

MARTIN-RETORTILLO, Cirilo: *Naturaleza jurídico-fiscal del canon de superficie minera*, en: "Revista de Derecho Mercantil", Nº 86 (1962), pp. 433-448.

MARTIN-RETORTILLO, Cirilo: *Transmisión de minas. Necesidad de autorización administrativa*, en: "Anuario de Derecho Civil", T. XII (1959), pp. 235-268.

MARTINEZ, V.: *Derechos reales en la minería*, Buenos Aires, Depalma, 1982, 206 p.

PARDO, Nicanor: "Dictamen sobre derecho de investigaciones mineras". *Boletín del Il. Col. de Abog. de Madrid*, 1974, Nº 3, pp. 339-346.

PASTOR Y RODRIGUEZ, Julián y PASTOR Y RODRIGUEZ, Ramón: *Historia de los Impuestos mineros en España*, Madrid, Imprenta y Fundición de M. Tello, 1878.

POU VIVER, Tomás. "Investigaciones mineras", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Francisco Seix Editor, Tomo XIII, 1968, pp. 653-669.

POZUELO YVANCOS, Enrique: *La licencia fiscal de actividades extractivas: el 231.2, un epígrafe innecesario*, en: "Crónica Tributaria", Nº 54 (1985), p. 113.

SANCHEZ GONZALEZ, Jaime: *Aspectos fiscales de la nueva Ley de Hidrocarburos*, en: "Crónica Tributaria", Nº 9 (1974), pp. 107-121.

VERGARA BLANCO, Alejandro. "Los derechos mineros como derechos reales administrativos", en *Revista de Derecho Público* (Madrid, 1989), Nº 115, pp. 473-493.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Los derechos mineros ante la legislación española, en: *Revista de Derecho Público*, Nº 119 (Madrid, 1990), pp. 295-329.

VERGARA BLANCO, Alejandro. "Sobre los derechos mineros en Chile", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. XVI, Nº 1 (1989), pp. 43-65.

VERGARA BLANCO, Alejandro. *Los derechos reales administrativos: Un tipo de derecho público subjetivo necesitado de reconocimiento en Chile (con referencia especial a los derechos mineros)*, en *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1990), 2, p. 459-497.

6. INTERVENCION ADMINISTRATIVA MINERA

ANEESSI, Massimo. "L'ente autonomo di gestione per le aziende minerarie metallurgiche-EGAM", *Riv. trim. di dir. pubb.*, 1973, I, pp. 640-663.

BESSONE, Mario. "Propietá dei suoli ad uso di cava e pianificazione regionale delle attivitá estrattive", *Giur. italiana*, v. 128, 1976, IV, pp. 71-78.

BESSONNE, Mario. "Regime giuridico delle cave, autorizazione amministrativa della attivitá estrative e questioni di legittimitá costituzionale", *Giur. Italiana*, 1978, III, 1, pp. 411-414.

GARRIDO FALLA, Fernando: *Dictamen sobre si es procedente la exigencia de licencia urbanística, con el cobro de la correspondiente tasa, para los movimientos de tierra que requiere la explotación de una cantera*, en: "Revista de Derecho Urbanístico", Nº 55, XI (1977), pp. 101-109.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. "Conflicto de atribuciones entre los Ministerios de Industria y Comercio y de la Gobernación. Competencia para realizar funciones inspectoras en calderas y demás instalaciones simtlares de establecimientos mineros (Jurisprudencia administrativa)". *Rev. de Adm. Pública*, Nº 4 (1951), pp. 222-223.

GOTA LOSADA, Alfonso: *Subvenciones, exenciones y otros estímulos fiscales en el sector de la minería*, en: "XI Semana de Estudios de Derecho Financiero", vol. II, Madrid, EDERSA, 1964, pp. 701-739.

MARTINEZ USEROS, Enrique: "El intervencionismo estatal y las concesiones de minas". *Rev. Gen. de Legisl. y Jurisp.*, Tomo XV, 2ª época (1948), 2, pp. 633-664.

MOLINA RAVELLO, Enrique. "La autorización administrativa en los contratos (de venta de minas) y el reglamento hipotecario reformado". *Rev. Crít. de Derecho Inmob.*, 1960, pp. 697-702.

TROCCOLI, Antonio. "Amministrazione mineraria", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffré editore, 1976, t. XXVI, pp. 431-461.

7. DERECHO MINERO FRENTE A OTRAS DISCIPLINAS

AGUILAR Y GARCIA, Antonio. *Cuestiones de Derecho Civil Español Minero*. Madrid, s/ed., s/fecha (fines S. XIX).

ALONSO Y RODRIGUEZ-RIVAS, Daniel. "La responsabilidad civil por daños en minería", en: *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, Tomo II, vol. I, Madrid, Ministerio de Hacienda, 1962, pp. 13-116.

ARCENEGUI, Isidro Eugenio de. "La protección del medio ambiente a la luz de la legislación minera del Estado y de la Ley 12/81, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña". *Rev. de Adm. Pública*, Nºs. 100/102, vol. III (1983), pp. 2651-2689.

CANO TELLO, Celestino: *Algunos aspectos civiles de la nueva Ley de Minas*, en: "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Tejeira", T. I, Valencia, Facultad de Derecho, 1974, pp. 129-142.

CUTRERA, Achille. "Cave e acque pubbliche", *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Scritti di diritto amministrativo, Dott. A. Giuffré editore, Milano, 1982, pp. 151-175.

DELVECCHIO, Franco. "Responsabilitá per danni in materia mineraria", *Rivista di diritto civile*, 1956, V. I. p. 447.

DONADIO, Giuseppe. "Problematica de la procedura concorsuale, in reporto all'Attivo dell'imprenditore minerario", *Giur. Italiana*, 1973, I, 1, pp. 83-94.

F.S.M. "De las aguas saladas. Sobre si las aguas saladas pueden reputarse comprendidas dentro de las prescripciones de la ley de minería vigente, y ser objeto de concesión con arreglo a la misma". *Revista General de Legisl. y Jurisp.* Tomo XX (1862), pp. 195-200.

FERNANDEZ-ESPINAR Y LOPEZ, Luis Carlos: *El conflicto de intereses entre el medio ambiente y el sector económico minero*, en: "Revista de Administración Pública", Nº 111 (1986), pp. 237-273.

FORNER, Francisco. "Observaciones sobre las leyes de aguas y minería (bajo el epígrafe: Derecho Administrativo)". *Rev. Gral. de Legisl. y Jurisp.*, Tomo XLIV (1874), pp. 60-70.

G.-ARANGO Y CANGA, Ladislao: *Derecho hipotecario minero (notas sobre la transmisión y gravamen de la propiedad minera)*, en: "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", XXIX (1956), pp. 42-59.

GARRIDO-LESTACHE R., Juan: *El régimen jurídico de la investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales y su incidencia urbanística*, en: *"Revista de Derecho Urbanístico"*, Nº 58, XII (1978), pp. 87-93.

GONZALEZ GONZALEZ, José. "Derecho hipotecario minero": I) *Revista crítica de derecho inmobiliario*, tomo II, 1926, pp. 568-572. II) *Ibid.*, pp. 660-673. III) *Id.*, tomo VI, 1930, pp. 545-549.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo: *Explotación minera y licencia urbanística (Conflictos Jurisdiccionales)*, en: "Revista de Administración Pública", Nº 83 (1977), pp. 287-313.

PASTORA CHOROT, José Luis. "La minería, sus industrias derivadas y el urbanismo". *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1944, pp. 935-943.

QUINTANA LOPEZ, Tomás: *La distribución de competencias en la protección del medio ambiente. Referencia especial a las actividades mineras*, en: "Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica", Nºs. 235-236 (1987), pp. 533-572.

QUINTANA LOPEZ, Tomás: *La repercusión de las actividades mineras en el medio ambiente. Su tratamiento jurídico*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1987.

SAENZ-LOPEZ, José Antonio. "Contradicción entre la ley de aguas y la de minas: las salinas". *Rev. Gen. de Der.*, Valencia, 1956, pp. 453-455.

SIMONCELLI, Domenico. "Fallimento del Concessionario di miniere", en: *Rivista Italiana per la scienze giuridiche*, ser. III, VIII (1933), pp. 539-562.

SOSA WAGNER, Francisco y BOCANEGRA SIERRA, Raúl. "Explotación de una mina en un pantano; problemas jurídicos", en: *Rev. de Adm. Públ.* Nº 98 (1982), pp. 397-414.

TORDESILLAS, Angel. *El derecho minero y las inversiones extranjeras. (Minas. Canteras. Hidrocarburos)*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1964.

ZIGNONI, G.M. "L'ipoteca nella nuova legge mineraria", en: *Rivista di Diritto Civile*, XX (1928), pp. 580-590.

8. VARIOS

AGRIFOGLIO, Sergio. "Sui regime giuridico delle cabe e delle torbiere (aspetti amministrativi e costituzionali)", *Riv. trim. de dir. pubb.*, 1974, 2, pp. 1004-1021.

ALCANTARA SAMPELAYO, José. "El proyecto de nueva Ley de Minas". *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVIII (1944), p. 526-537.

ALESSI, Renato. "Ancora in tema di legittimitá costituzionale delle disposizione di cui all'art. 45, 2º comma, della legge minera in materia di cave", *Giur. Italiana*, 1968, IV, pp. 99-103.

ALVARADO, José. "La legislación minera". *Rev. Gral. de Legisl. y Jurisp.*, Tomo LXVI (1885), pp. 55-72; y Tomo LXVII (1885), pp. 5-26.

ARCENEGUI, Isidro E. de. "Régimen especial de los hidrocarburos". *Rev. Española de Derecho Adm.*, Nº 8, 1976, pp. 95-113.

ASIS ROIG, Agustín E. de: *Legislación de minas e hidrocarburos*, edición preparada por Agustín Asís (selección, prólogo, notas e índices), Madrid, Tecnos, 1987.

BALPARDA Y FERNANDEZ, Ricardo de: *El libro del minero. Compendio de la legislación de minas vigente en España*, Bilbao, Imprenta y litografía de Juan E. Delmas, 1875.

BASTERRA, Mario de: *Vizcaya minera. Su historia, legislación foral y Derecho vigente*, Bilbao, Imprenta de la casa de la Misericordia, 1894.

CANO, Guillermo J.: *Contribución al estudio de la reforma constitucional: federalismo, minas y aguas*, en: "Jurisprudencia Argentina", 1957, III, secc. Doctrina, p. 75.

CANO, Guillermo J.: *Estudios sobre derecho, política y administración mineros*, Buenos Aires, FEDYE, 1979.

CARBONELL, José: *Curso de economía minera*, 2ª parte: "Legislación de minas en España", T. II: "Historia de su legislación. Legislación moderna", Madrid, 1907.

CORSI, Furio. "Un venticinquennio di applicazione della legge mineraria. Orientamenti e prospettive", en: *Riv. trim. di dir. pubb.*, III (1953), pp. 1001-1063.

FERNANDEZ-ESPINAR Y LOPEZ, Luis C. "El régimen jurídico de la minería y la adhesión de España a las Comunidades Europeas", en: *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 14, Nº 1 (1987), pp. 139-159.

FERNANDEZ-ESPINAR Y LOPEZ, Luis Carlos: *Bases del Régimen Minero (Acotaciones al Anteproyecto de Ley de Regulación de las Bases del Régimen Minero)*, Revista Española de Derecho Administrativo (1986), pp. 397-424.

FERNANDEZ-ESPINAR, Luis Carlos: *Recensión*, en: "Revista de Derecho Administrativo", Nº 113 (1987), pp. 462-465.

GARCIA-MONTUFAR, Guillermo. "Líneas de evolución del derecho de minería peruano", *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagores Lazo (Uruguay)*. Tomo V, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, §155, pp. 267-283.

GHIGLIOTTO SALAS, Orlando. *Código de Minería anotado*. Santiago de Chile, Imprenta, litografía i encuadernación Barcelona, 1907, 135 p.

KROM, B.S. *Régimen jurídico de la minería y de los hidrocarburos en los Estados Unidos*. Buenos Aires: Depalma, 1970, 132 p.

LEGOUX, Pierre. "Legislaciones mineras de los estados miembros de la comunidad económica europea", en: *Rev. de Adm. Públ.*, Nº 113 (1987), pp. 365-398.

LIRA OVALLE, Samuel: *Industria Minera y Nueva Legislación*, "Revista Chilena de Derecho", vol. 10 (1983), pp. 247-257.

LUCAS FERNANDEZ, Francisco: *La nueva propiedad minera*, en: "Homenaje a De Castro", Madrid, EDERSA, 1972.

MAFFEI, Eugenio y RUA FIGUEROA, Ramón: *Apuntes para una biblioteca española de libros, folletos y artículos, impresos y manuscritos, relativos al conocimiento y explotación de las riquezas minerales y a las ciencias auxiliares*, Madrid, Imprenta de J.M. Lapuente, 1871.

MALO DE MOLINA, Manuel. *Manual del Minero Español*, Madrid, Imprenta de D.J. Morales y Rodríguez, 1863.

MALO DE MOLINA, Manuel. "Sobre sociedades mineras". *Rev. Gral. de legisl. y jurisp.*, Tomo XXIII (1863), pp. 126-136.

MANZA NEVO MATEOS, José Antonio. Voz: "Minería (Derecho Administrativo)", en: *Gran Enciclopedia RIALP*, Tomo XV, Ediciones Rialp. S.A., Madrid, 1973, pp. 859-860.

MAROI, Fulvio. "Miniera (Diritto)", en: *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1934, vol. XXIII, pp. 390-391.

MIQUEL Y RUBERT, I. "Una consulta sobre legislación de minas", *Rev. Gral. de legisl. y jurisp.*, Tomo VI (1855), pp. 297-304.

PALMA, Giuseppe. "Minerali e metalli", *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré editore, 1976, T. XXVI, pp. 371-398.

PIÑERA ECHENIQUE, José: *Legislación Minera. Fundamentos de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras*, preparación del mismo, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.

RABBI BALDI, Renato L.: *Exposición de motivos* a: "Proyecto de Código Procesal Minero para la provincia de Jujuy", del mismo. Jujuy (Argentina), Imprenta del Estado, 1950.

RODRIGUEZ, Gabriel: *Las minas y el fuero de Vizcaya*, en: "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", T. LX (1882), pp. 451-466.

RUGGIERI, A.G. *Derecho minero. Autoridad. Procedimiento. Código de Minería y legislación complementaria.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1981, 361 p.

RUIZ BOURGEOIS, Julio y DIAZ MIERES, Luis. *Orígenes y jurisprudencia del Código de Minería de 1932.* Santiago, Nascimento, 1940, 434 p.

SOLER HERRAIZ, *Legislación minera española,* Madrid, Imprenta de José Perales y Martínez, 1882.

URIBE HERRERA, Armando: *Reforma de la legislación minera chilena,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

VALLS, M.F. *Código de Minería de la República Argentina. Concordado. Anotado. Comentado.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, 312 p.

VERGARA BLANCO, Alejandro. "Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aporías del dominio eminente". *Revista de Estudios Políticos,* Nº 64 (Madrid, 1989), p. 337-346.

VERGARA BLANCO, Alejandro. "Líneas jurisprudenciales en derecho minero, I: El dominio público minero". *Revista de Derecho Público* Nº 116-117 (Madrid, 1989), pp. 845-892.

VERGARA BLANCO, Alejandro. "Líneas jurisprudenciales en derecho minero, II: El procedimiento concesional minero". *Revista de Derecho Público* Nº 118 (Madrid, 1990), pp. 203-239.

VERGARA BLANCO, Alejandro. "Líneas jurisprudenciales en derecho minero, y III: Los derechos mineros". *Revista de Derecho Público* Nº 119 (Madrid, 1990), pp. 457-501.

VERGARA-BLANCO, Alejandro. Bibliografía sobre derecho minero, en: *Revista de Derecho Público* Nº 115 (Madrid, 1989), pp. 593-604.

VVAA. *Desarrollo minero. Evolución y desafíos para Chile.* Santiago: Editorial Universitaria, 1986, 206 p.

VVAA. *El parlamento y el hecho mundial de la gran minería del cobre chileno.* Santiago: Editorial Andrés Bello, 1972, 756 p.

VVAA. *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas.* Código de Minería. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980, 201 p., Bibliog.: pp. 169-177.

INDICE DETALLADO

Presentación XV
Advertencia preliminar XXI

INTRODUCCION

I. LA INDUSTRIA MINERA 3
1. *En general* 3
2. *Su objeto* 4
3. *Su desarrollo histórico* 5
a) Antigüedad 5
b) Conquista romana 5
c) Edad Media 7
d) Las Indias 7
e) Epoca Contemporánea 8
4. *Actuales características* 8
5. *Su relación con los motivos para emprender este trabajo* 8

II. LA ACTUAL VISION DEL DERECHO MINERO: ESTADO DE LA CUESTION 11
1. *Los "sistemas" de régimen minero señalados habitualmente por la doctrina* 11
1º El "sistema fundiario" 12
2º El "sistema de las regalías" 13
3º El "sistema de las *res nullius*" 13
4º El "sistema de dominio público" 14
5º El "sistema de nacionalización" 14
2. *Nuestra disconformidad con dicho criterio. Razones* . . 14

III. HIPOTESIS DE TRABAJO 17
1. *La disciplina denominada derecho minero. Su autonomía* 17
2. *Formulación de hipótesis de trabajo* 19
1º Dominio público minero 21
2º Procedimiento concesional minero 21
3º Derechos mineros 21
4º Intervención administrativa minera 21

3. *El planteamiento de una reconstrucción del régimen jurídico de la minería* 22
4. *Sobre la aparente originalidad de esta formulación* . . . 23

IV. METODOLOGIA DE TRABAJO 25
1. *La historia como antecedente fundante* 25
2. *El recorrido histórico del derecho minero* 28
1º El derecho contemporáneo 28
2º El derecho indiano 28
3º El derecho español moderno y medieval 28
4º El derecho romano 28
3. *Precisiones dogmáticas previas* 29
A) La infiltración del derecho civil 29
a) La inutilidad de los principios puramente civiles . . 29
b) La exclusión de un instituto: la propiedad 32
B) La huida a la filosofía: un camino sin retorno . . . 34
C) La respuesta jurídica 38
4. *El ensayo de una nueva matriz disciplinar* 40
a) A partir de la epistemología científica 40
b) "Ciencia normal" y "matriz disciplinar" 41
c) Nuestro intento 42

PRIMERA PARTE

RECONSTRUCCION HISTORICA

CAPÍTULO I

LAS MINAS EN EL DERECHO CONTEMPORANEO

I. EL DERECHO VIGENTE 45
Grupo normativo 45

II. EL DERECHO HISTORICO 47
1. *Código de Minería de 1932* 47
2. *Código de Minería de 1888* 48
3. *Código de Minería de 1874* 50
4. *La pervivencia de ciertas normas coloniales* 50

CAPÍTULO II

LAS MINAS EN EL DERECHO INDIANO

I. PROEMIO 53
1. *Insuficiencia bibliográfica* 53
2. *Las fuentes jurídicas* 54

3. *Las ordenanzas indianas* 55
4. *Interés adicional de su estudio* 56

II. LOS GRANDES ORDENAMIENTOS 56
1. *Las Ordenanzas de Nueva España, de 1783* 57
a) El principio regalista 57
b) El procedimiento concesional 58
c) El "amparo" minero 59
d) La autoridad minera 60
2. *La Recopilación de las Indias, de 1680* 61
a) Una recopilación legal contradictoria 61
b) Los principios que se reflejan 62
c) Vigencia prioritaria de las ordenanzas locales 62
3. *Las Ordenanzas de Toledo, de 1574* 63
a) Principios generales 63
b) El registro 64
c) El trabajo efectivo 65
d) El alcalde mayor de minas 66

III. ORDENANZAS LOCALES 67
1. *Ordenanzas de Villagra, de 1561* 68
a) El procedimiento concesional 68
b) El trabajo efectivo 69
c) Los "quintos" 70
d) El alcalde de minas 70
2. *Ordenanzas del Cabildo de Santiago, de 1550* 70
a) Aspectos implícitos 71
b) Procedimiento concesional 71
c) El trabajo efectivo 72
d) El alcalde de minas 72
3. *Ordenanzas de Pedro de Valdivia, de 1546* 73
a) Aspecto implícito 73
b) Procedimiento concesional 73
c) Las obligaciones de los mineros 74
4. *Ordenanzas de Mendoza, de 1550* 75
a) Las minas eran del Real Patrimonio 76
b) Los tributos 76
c) Un nuevo procedimiento de "registro" y "licencia" . . 76
d) "Ahondar" y "poblar" las minas 78

IV. GENESIS DEL DERECHO MINERO INDIANO 80
1. *La configuración del derecho minero indiano* 80
2. *Las minas como* iura regalia 84

APENDICE BIBLIOGRAFICO 87

CAPÍTULO III

EL REGIMEN DE LA MINERIA EN EL DERECHO ESPAÑOL MODERNO Y MEDIEVAL

I. PROEMIO 91
1. *El concepto jurídico de regalía* 91
2. *Un alcance metodológico previo* 94

II. LEGISLACION MINERA DE LA EDAD MODERNA 95
1. *Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584* 95
a) Una aparente derogación orgánica 96
b) La obtención de los derechos mineros 98
c) La opinión de Gamboa 102
d) Tres obligaciones básicas 105
e) Una intensa intervención administrativa 107
2. *Pragmáticas de Madrid, de 1563* 110
a) La facultad de catar y cavar 111
b) El registro de las minas 111
c) El trabajo efectivo 112
d) Los tributos y su fiscalización 114
e) El Administrador General 114
3. *Ordenanzas Antiguas, de 1559* 115
a) La "incorporación de las minas" 115
b) La facultad de catar y cavar 116
c) El registro de las minas 117
d) El trabajo efectivo 118
e) Los tributos 119
f) Consideración final 119

III. LEGISLACION MEDIEVAL 119
1. *Las Ordenanzas de Bribiesca, de 1387* 120
a) Su texto 120
b) Su importancia 121
2. *Las Siete Partidas* 122
a) Partida 2. 15. 5 123
b) Partida 3. 28. 11 123
c) Las glosas de Gregorio López 124
d) Una antigua y una nueva controversia doctrinal . . . 126
1º Los escritores del derecho feudal 126
2º Doctrinas decimonónicas 128
e) Las notas de imprescriptibilidad e inalienabilidad . . 129
3. *Origen del régimen minero castellano: Cortes de Nájera, de 1138* 131

Capítulo IV

UNA REVISION ANTE EL DERECHO ROMANO

I. PROEMIO 135
1. *Explicación previa* 135
2. *Las limitaciones de este examen* 136
3. *La bibliografía* 137

II. LA MINERIA EN EL REGIMEN TARDO-ROMANO 138
1. *La consagración de nuevos principios* 139
2. *Las leyes del Teodosiano* 141
a) La explotación de los mármoles 141
b) La ley *"Perpensa deliberatione"* 142
c) La ley *"Cuncti"* 143
d) Otras leyes del Teodosiano 144
3. *El derecho minero justinianeo* 145

III. EL DERECHO MINERO PROVINCIAL ROMANO 145
1. *Las tablas de bronce de Vipasca* 146
2. *La* lex territorio metalli Vipascensis dicta 147
3. *La* lex metallis dicta 148
4. *El régimen jurídico* 149
A) La "propiedad" de las minas 149
B) El derecho a explotar minas 150
a) Adquisición del derecho a explotar. Requisitos . . 151
1º Trabajar el pozo 151
2º Pagar el precio 151
b) Condiciones de explotación: la caducidad 153
c) Naturaleza jurídica del derecho a explotar 153

IV. LA MINERIA EN EL DERECHO ROMANO CLASICO 155
1. *Una explicación previa* 155
2. *La minería en tierras privadas* 156
A) Los derechos sobre el subsuelo. Ulpianus, D. 8. 4. 13. 1 156
B) Canteras en un fundo dotal. Textos 159
a) Iauolenus, D. 23. 5. 18. pr 159
b) Ulpianus, D. 24. 3. 7. 13-14 160
c) Paulus, D. 24. 3. 8. pr 162
C) El usufructo y el derecho a abrir canteras o minas . . 162
a) Ulpianus, D. 7. 1. 9. 2-3 163
b) Ulpianus, D. 7. 1. 13. 5-6 164
3. *Régimen tributario* 166
4. *Los* metalla *públicos* 168

SEGUNDA PARTE

RECONSTRUCCION DOGMATICA

CAPÍTULO V

EL DOMINIO PUBLICO MINERO

I. EL VINCULO JURIDICO DEL ESTADO CON LAS MINAS 174
1. *Dos constataciones básicas* 174
a) Histórica 174
b) Actual 176
2. *Presupuesto de trabajo* 176

II. LA TEORIA DEL DOMINIO PUBLICO 177
1. *Justificación* 177
2. *El problema histórico* 178
3. *Su formulación doctrinal en España* 181
4. *La concepción "patrimonialista"* 183
a) A partir de Fernández de Velasco 183
b) La sistematización de Ballbé y el progreso que le siguió 184
1º Manuel Ballbé 184
2º Sabino Alvarez-Gendín 186
3º Enrique Martínez Useros 187
4º Aurelio Guaita 188

c) La influencia posterior . . . 189
5. *Dos criterios doctrinales* . . . 191
a) Bienes del dominio público por naturaleza . . . 191
b) La afectación: pieza clave . . . 193
6. *La concepción "funcionalista"* . . . 195
a) Un hito: la tesis de Villar Palasí . . . 196
b) Su desarrollo posterior . . . 197
1º Roberto Parejo Gamir y José María Rodríguez Oliver 197
2º Alfredo Gallego Anabitarte . . . 198
3º Luciano Parejo Alfonso . . . 199
4º Otros . . . 200
7. *Críticas formuladas a la teoría del dominio público como tal* 201
8. *Disección del dominio público: potestades de la Administración y derechos reales de aprovechamiento* . . . 202
9. *Apéndice bibliográfico* . . . 206

III. EL CASO CHILENO Y EL DOMINIO EMINENTE . . . 207
1. *Palabras previas* . . . 207
a) Razones del tratamiento especial . . . 207
b) Antecedentes generales . . . 208
2. *Primera base legislativa: el Código Civil* . . . 210
a) Exégesis legal . . . 210
b) Historia fidedigna y el pensamiento de Andrés Bello 214
3. *El concepto jurídico de dominio eminente* . . . 220
a) Un concepto jurídico creado por Grocio . . . 220
b) La doctrina iusnaturalista . . . 222
c) La "patrimonialización" del dominio eminente . . . 223
d) El pensamiento de Andrés Bello . . . 225
e) Una fuente doctrinal: Vattel . . . 227
f) Conclusión . . . 229
4. *La interpretación de la doctrina chilena* . . . 230
a) La tesis de Luis Claro Solar . . . 230
b) La doctrina civil y minera . . . 234
5. *La reforma constitucional de 1971* . . . 236
6. *El estado actual de la legislación y la doctrina* . . . 238
a) La Constitución de 1980 y su historia fidedigna . . . 238
b) El desarrollo legislativo posterior . . . 241
1º El trámite legislativo de la LOCCMi . . . 242
2º El trámite legislativo del CMi . . . 244
c) Consideración final . . . 247

IV. LA AFECTACION DE LAS MINAS AL DOMINIO PUBLICO 247
1. *La afectación minera* . . . 247
a) En general . . . 247
b) El dominio público de las minas . . . 250
2. *El contenido del dominio público minero* . . . 250
a) Arcillas superficiales . . . 251
b) Las demás sustancias minerales . . . 252
b') Sustancias concesibles . . . 253
1º Regla general . . . 253
2º Desmontes, escorias o relaves . . . 253
3º Minerales de valor estratégico . . . 253
b") Sustancias no concesibles . . . 254
1º Los hidrocarburos . . . 254
2º Yacimientos bajo las aguas marítimas . . . 255
3º En zonas de seguridad nacional . . . 255
4º Exclusión legal: el litio . . . 255

CAPÍTULO VI

EL PROCEDIMIENTO CONCESIONAL MINERO

I. PROEMIO . . . 258
1. *La concesión minera en la historia* . . . 258
2. *La concesión en el derecho minero* . . . 259

II. DE LAS CONCESIONES EN GENERAL Y DE LA CONCESION MINERA . . . 260
Introducción . . . 260
a) La concesión en el derecho administrativo . . . 260
b) Limitaciones de este estudio . . . 261
1. *Teoría de la concesión* . . . 261
A) La técnica concesional . . . 261
B) Naturaleza jurídica de la concesión administrativa . . . 264
a) Las teorías contractualistas . . . 265
aa) La concepción contractual originaria . . . 265
bb) Crítica y abandono de la concepción puramente contractual: el acto mixto . . . 266
b) La concesión como acto unilateral . . . 267
c) Cuatro ideas fundamentales son las que conforman el concepto de concesión . . . 271
1º La evolución histórica . . . 271
2º La búsqueda de un concepto unitario: la transmisión de funciones . . . 272
3º La concesión es un acto administrativo . . . 274
4º La relación jurídico-concesional . . . 275
C) Clasificaciones . . . 276
a) División según la existencia de interconexión entre concesiones . . . 276
b) Según la situación jurídica creada . . . 277
c) Concesiones constitutivas y traslativas . . . 279
D) La concesión y las figuras afines . . . 279
a) Confusión a consecuencia de una crisis conceptual . . . 280
b) Distinción con el género autorización . . . 280
2. *Caracterización de las concesiones mineras* . . . 283

III. EL PROCEDIMIENTO CONCESIONAL MINERO CHILENO . . . 285
1. *Aspectos generales* . . . 285
a) Aclaración previa . . . 285
b) Acepciones de concesión . . . 287
c) Formas de acceder a la explotación minera . . . 288
d) Objeto del derecho de aprovechamiento minero . . . 289
e) Forma, cabida y lados de la concesión . . . 291
2. *Procedimiento de constitución de las concesiones mineras* . . . 292
A) Características comunes . . . 292
a) Es un procedimiento no contencioso . . . 294
b) Papel del juez . . . 294
c) Publicidad . . . 295
d) Aspectos técnicos. Nociones de proyección geográfica . . . 295
e) Competencia . . . 297
f) Inicio . . . 297
B) Concesión de exploración . . . 298
a) El pedimento . . . 298
b) Solicitud de sentencia . . . 300

c) Sentencia constitutiva 303
C) Concesión de explotación 303
a) La manifestación 303
b) La solicitud de mensura 305
c) La operación de mensura 306
d) El acta y plano de mensura 307
e) Informe técnico 308
f) Sentencia constitutiva 309

CAPÍTULO VII

LOS DERECHOS MINEROS

I. PROEMIO 312
1. *Contenido* 312
2. *La aparición de los derechos mineros en la historia jurídica* 312
1º A través de la facultad para catar y cavar 313
2º A través de la concesión 314

II. LOS DERECHOS MINEROS Y LA TEORIA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS 315
1. *La teoría de los derechos reales administrativos* 315
A) Antecedentes doctrinales 315
a) Intuiciones en el siglo XIX 315
b) Hauriou: creador de la teoría 316
c) Su consagración a través de los trabajos de Rigaud 317
d) Estado de la cuestión en la doctrina 319
aa) Algunos contradictores 319
bb) En Francia, España y Argentina 320
cc) En Chile 323
B) Breve desarrollo de la teoría de los derechos reales administrativos 325
a) Su formulación 325
b) Interrogantes que suscita ante la dogmática . . . 325
1º El ámbito de la categoría jurídica "derecho real" 325
2º Su compatibilidad con la inalienabilidad del dominio público 326
3º La eficacia *erga omnes* 327
c) Definición y elementos 328
2. *Los derechos mineros como derechos reales administrativos* 328
A) Concurrencia de los elementos de todo derecho real administrativo respecto de los derechos mineros 328
a) Los derechos mineros son derechos subjetivos . . 328
b) Los derechos mineros son derechos reales . . . 329
c) Los derechos mineros tienen por objeto un bien de dominio público 329
d) Los derechos mineros nacen de una concesión . . 329
e) Conclusión 330
B) Concesión y derecho real: una confusión doctrinal . . 330
C) ¿Qué clase de derechos reales administrativos son los derechos mineros? 332
a) La improcedencia de aplicar un criterio civilista . . 332
b) Una polémica infructífera: la cuestión de los frutos de las minas 332
c) La respuesta del derecho minero 334

3. *Caracterización jurídica del derecho de aprovechamiento minero: una hipótesis* 334

III. LOS DERECHOS MINEROS EN CHILE 337
1. *De la facultad de catar y cavar* 338
a) Requisitos 338
1º Cesa ante la concesión ajena 338
2º En terrenos abiertos e incultos 339
3º En los demás terrenos: permisos 339
4º Permisos especiales 340
b) Contenido 342
2. *Derechos emanados de los pedimentos y manifestaciones* 342
A) Precisiones previas 343
B) Contenido de los derechos 344
a) Derechos que emanan del pedimento 345
aa) Alcance general 345
bb) Derechos específicos 345
b) Derechos que emanan de la manifestación 346
aa) Alcance general 346
bb) Derechos específicos 346
c) Una facultad común 348
3. *Contenido de las concesiones mineras* 349
A) Contenido de la concesión de exploración 349
a) Derechos exclusivos 350
1º Derecho exclusivo a explotar 350
2º Derecho de preferencia 350
b) Obligaciones 351
1º No explotar 351
2º Pago de patente 352
B) Contenido de la concesión de explotación 352
a) Derecho exclusivo a explotar 353
b) Obligaciones 354
1º Mantener hitos 354
2º Pago de patente 355
C) ¿Y "la actividad necesaria para satisfacer el interés público"? 355
4. *Efectos comunes a toda concesión* 359
a) El derecho de aprovechamiento de las aguas 359
b) Servidumbres sobre los predios o fincas 359
c) Servidumbres que se deben las concesiones mineras entre sí 360
1º Servidumbre general 360
2º Servidumbre de socavón 360
3º Uso de caminos para concesiones 360
d) Internaciones 361
5. *Preferencias y exclusividades* 361
a) Generalidades 361
b) La colisión con "toda persona" que haga uso de la facultad general de catar y cavar 362
1º Frente a los derechos de los concesionarios . . . 363
2º Frente a titulares de pedimento o manifestación 363
c) Las preferencias 364
d) Las colisiones de los pedimentos y manifestaciones . . 366
1º Frente a frente 366
2º Frente a un concesionario de exploración 367
3º Frente a un concesionario de explotación 367
e) El caso de la concesión de exploración 367
f) El concesionario de explotación 368
6. *Extinción de los derechos mineros. Causales. Crítica* . . . 368

CAPÍTULO VIII

LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA MINERA

I. PROEMIO 371
1. *La intervención administrativa en la historia de los textos jurídicos* 371
2. *La intervención administrativa como principio del derecho minero* 373

II. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y EN EL SECTOR MINERO 374
1. *La intervención administrativa en general* 374
a) Una justificación 374
b) Las técnicas de la intervención 375
2. *La intervención administrativa en el sector minero* . . . 376
a) Su explicación dogmática 376
b) Su actual concreción 378
1º La *publicatio* 378
2º El procedimiento concesional 378
3º Fiscalización y fomento 379

III. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA MINERA EN CHILE 379
1. *Generalidades* 379
2. *Intervención en la constitución de las concesiones mineras* 380
a) Informe favorable para el auxilio de la fuerza pública 380
b) Examen de aspectos técnicos en la tramitación de concesión de exploración 381
c) Informe de mensura en concesiones de explotación . . 381
d) Supervigilancia de la colocación y reposición de hitos 383
e) Información general de concesiones 383
f) Otros 384
3. *Intervención relativa a la seguridad minera* 384

CONCLUSIONES

A) CONCLUSIONES PARA UNA RECONSTRUCCION HISTORICA DEL DERECHO MINERO 389

I. *DERECHO MINERO ROMANO* 389
1. Derecho romano clásico: difusos gérmenes 389
2. Derecho provincial romano: génesis del derecho minero 390
3. Derecho romano postclásico: la *publicatio* de las minas y el desarrollo de unos principios 391

II. *DERECHO MINERO ESPAÑOL MEDIEVAL Y MODERNO* 392
1. Derecho español medieval: las minas como *iura regalia* y la continuidad de los principios romanos 392
2. Derecho español moderno: la riqueza reglamentaria . . 393

III. *DERECHO MINERO INDIANO* 393
1. Génesis del derecho indiano: los "quintos" reales . . . 393

2. Primeras ordenanzas locales: el acomodo de unos principios generales 394
3. Los grandes ordenamientos de Indias: la riqueza reglamentaria 395

IV. *DERECHO MINERO CONTEMPORANEO CHILENO* . . 395
Derecho histórico chileno contemporáneo: la continuidad y (parcial) dispersión de unos principios 395

V. *COROLARIO: el acervo histórico (y dogmático) de unos principios, de unas instituciones y de un sistema jurídico muy caracterizado a través de la historia: el derecho minero* 396

B) CONCLUSIONES PARA UNA RECONSTRUCCION DOGMATICA DEL DERECHO MINERO 397

I. *EL DOMINIO PUBLICO MINERO* 397
1. La teoría del dominio público: la armónica bipolaridad de potestad y función 397
2. El concepto jurídico de dominio eminente: el vaciamiento de un concepto jurídico 398
3. La afectación de las minas al dominio público: la *publicatio* de la riqueza minera 399

II. *EL PROCEDIMIENTO CONCESIONAL MINERO* 399
1. La teoría de la concesión: el concepto de concesión y la caracterización de las concesiones mineras 399
2. El procedimiento concesional chileno: la dialéctica concesión-propiedad 400

III. *LOS DERECHOS MINEROS* 400
1. La teoría de los derechos reales administrativos: la riqueza de un planteamiento 400
2. Los derechos mineros en Chile: concesiones para aprovechar y para "no aprovechar" 400

IV. *LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA MINERA* . . . 402
1. La intervención administrativa en general: *publicatio* 400
2. La intervención administrativa minera en Chile: amplias potestades 400

V. *COROLARIO: la compatibilización armoniosa de cuatro principios jurídicos conforman (dogmáticamente) el sistema de derecho minero* 401

C) CONCLUSION FINAL 401

El derecho minero como disciplina jurídica autónoma 401

BIBLIOGRAFIA 401