

CONSTITUCIÓN Y DOMINIO PÚBLICO ^(**) (DOMINIO PÚBLICO DE MINAS Y AGUAS TERRESTRES)

Francisco Zúñiga Urbina ^(*)

RESUMEN

El presente artículo trata del antiguo concepto en el derecho público de dominio público o demanio y su adecuación constitucional al art. 19 N° 24 de la Constitución. El artículo pone de relieve la adecuación o legitimidad constitucional de un proyecto de la regalía ad-valorem.

PALABRAS DESCRIPTORAS

Constitución, dominio público de minas y aguas y regalía ad- valorem.

ABSTRACT

The article examines the ancient concept of public property or demanio and acomodation constitutional at art. 19 N° 24 of Constitution. Throughout the article that acomodation or legitimes constitucional of an project of royalty ad-valorem. Constitution, public property of mines and water, royalty ad-valorem.

DESCRIPTORAS

Constitución, public dominion of mines and waters and regalia ad-valorem.

^{**} Ponencia a Seminario de Actualización en Derecho Minero, Instituto de Derecho de Minas, Aguas y Medio Ambiente.

^{*} Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central y Universidad Diego Portales, con la colaboración del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Central don Francisco Vega Méndez. Recibido 13 de junio de 2005. Aceptado 28 de julio de 2005, (zdc@zdcabogados.cl)

PROLEGÓMENOS

Con motivo de este Seminario de Actualización en Derecho Minero organizado por el Instituto de Derecho de Minas, Aguas y Medio Ambiente y con el pretexto de iniciativas legales que establecen una regalía ad-valorem para la minería metálica y no metálica, surge un reflexión más de fondo acerca de la «Constitución y Dominio Público.»

El tema «Constitución y Dominio Público» guarda estrecha relación con un viejo tema de la Teoría del Estado y las doctrinas relativas al vínculo jurídico que el Estado tiene con uno de sus elementos esenciales, el territorio o espacio. La moderna publicística siguiendo la tradición europeo continental ha desarrollado el concepto de dominio público, para encuadrar la naturaleza de bienes dominicales o demaniales y el uso y disfrute por personas naturales o jurídicas de derecho privado de tales bienes, que por definición no son susceptibles de apropiación.

De este modo el debate acerca de si el «Royalty» o regalía, anglicismo que importa el pago efectuado al dueño de un derecho o bien, es un tributo o canon, es a mi juicio un debate accesorio al tema de fondo que es precisamente el de la relación dominio público y Constitución, y en ultimo término el significado del sistema de propiedad minera.

Por otra parte, en el derecho Minero se ha sostenido tradicionalmente la distinción entre un sistema «regalista» o «patrimonial» y un sistema de «libertad de minas» (J. L. Ossa Bulnes y S. Lira Ovalle); estableciéndose una conexión directa entre estos sistemas y la cláusula constitucional del inciso sexto del N° 24 del art. 19 C.P.R. del dominio público minero. Parece un ejercicio de logomaquia jurídica reconocer constitucionalmente un sistema regalista o patrimonial, pero afirmar un sistema de libertad de minas en razón de la naturaleza del régimen concesional minero. Tal logomaquia jurídica ha calado hondo también en la publicística.

También, a nuestro juicio existe un cierto extravío en el debate cuando se confunde la patente minera con la regalía ad-valorem, para superar el encuadramiento de ésta como tributo y hacer frente a la garantía de invariabilidad tributaria establecida en los contratos leyes de inversión extranjera. La patente minera corresponde al amparo de la concesión, en cambio, la regalía ad-valorem es un canon por explotación minera.

En definitiva el dominio público minero, hídrico, entre otros, encuentra en los regímenes concesionales los mecanismos para permitir el uso especial y el disfrute (exploración, explotación y beneficio) de bienes dominicales o demaniales; y la garantía constitucional de derechos de contenido patrimonial dice relación con la protección de los derechos reales administrativos constituidos al amparo de dicho régimen concesional.

En suma, nuestro planteamiento es que la Constitución establece de modo directo e indirecto cláusulas de dominio público minero e hídrico para explicar el sistema de propiedad de minas y aguas terrestres y hacer posible por vía concesional el uso especial y disfrute de dichos bienes.

I. DOMINIO PÚBLICO MINERO.

1. DIFERENTES SISTEMAS DOCTRINARIOS QUE EXPLICAN EL ORIGEN DE LA PROPIEDAD MINERA.

De todas las riquezas naturales quizás ninguna ofrezca tantas dificultades para hallarle su dueño originario, como las riquezas mineras. El problema consiste en determinar a quién pertenecen primitivamente las minas, entendiendo por dominio originario aquel que pertenece desde su origen a una persona -Estado o particulares- y no reconoce titular anterior, a diferencia del dominio derivado, el cual reconoce la preexistencia de otro titular.¹

Se han elaborado diferentes sistemas que intentan explicar el dominio originario de las minas, a saber:

- 1° Sistema de la accesión.
- 2° Sistema de la ocupación.
- 3° Sistema de la res nullius.
- 4° Sistema regalista.
- 5° Sistema dominical (también llamado, «dominial» o «demanial»).
- 6° Sistema de libertad de minas.²

Es necesario advertir que los dos últimos sistemas enunciados corresponden a derivaciones del llamado sistema regalista, que, no obstante, han adquirido singulares matices en su desarrollo, que justifican un estudio especial de cada uno de ellos.³

El estudio de los diversos sistemas que explican el origen de la propiedad minera no sólo tiene importancia teórica, sino también práctica, ya que según el sistema que adopte cada legislación serán mayores o menores los derechos reconocidos a los particulares sobre las minas, y será también diferente la naturaleza de tales derechos, como la de los derechos que se atribuya al Estado sobre la riqueza minera, y será, en fin, distinto el grado de intervención del

¹ Catalano, Edmundo: «Curso de Derecho Minero», Impresora Oeste, Buenos Aires, Argentina, 1960, pág. 23.

² González Bertí, Luis. «Compendio de Derecho Minero Venezolano». Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 1969, Tomo I, págs. 129, 143, 162, 177, y 186.

³ González Bertí, Luis. Ob. cit., págs. 168 y 186.

Estado en la explotación y administración de dicha riqueza, como asimismo, según el sistema adoptado por la legislación, el Estado podrá velar con mayor o menor eficacia por el cumplimiento de la función social de la propiedad minera.

1.1. SISTEMA DE LA ACCESIÓN: Este sistema atribuye la propiedad de las minas al dueño del terreno superficial en que éstas se encuentren. Debe su nombre al hecho de considerar a las minas como accesorios del suelo superficial. Por tanto, el dominio de las minas queda radicado en el titular o dueño del suelo debido al principio jurídico de que lo accesorio sigue siempre la suerte de lo principal,⁴ lo cual se expresa en el aforismo romano «qui dominus soli, dominus est coeli et inferorum».

El sistema de la accesión lo encontramos primeramente en Roma: fue el sistema seguido durante la República y aún bajo el Imperio. Este principio mantuvo su influencia en la Edad Media, y en la Edad Moderna fue aceptado por la Escuela de los Fisiócratas, «los cuales considerando la tierra como fuente de toda riqueza, atribuíanle la suma de las ventajas y le imponían todas las cargas. Entre las ventajas contábase la propiedad de las minas»⁵

Actualmente, la tendencia en la doctrina y en el Derecho Comparado es la de rechazar el sistema de la accesión por considerar que constituye una traba para el desarrollo de la industria minera. En la actualidad este sistema ha quedado relegado casi exclusivamente para aquellas minas de piedras no preciosas y otras sustancias de menor importancia, como ha ocurrido en nuestro país. (Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, artículo 3°, inciso final; y Código de Minería de 1983, artículo 13).

1.2. SISTEMA DE LA OCUPACIÓN: Este sistema considera que las minas, antes de ser descubiertas, no pertenecen al dueño superficial ni al Estado, sino que son «res nullius», carecen de dueño originario. Atribuye entonces su dominio al primer ocupante, a quien las descubra y trabaje. A diferencia del sistema de la accesión éste considera a la propiedad minera como independiente de la superficie.

El sistema de la ocupación tuvo vigencia en los pueblos bárbaros, no sometidos al Imperio romano; pero en la medida en que éste fue extendiendo sus fronteras, llevando consigo el sistema de la accesión, fue relegando a la ocupación a un lugar muy secundario, hasta hacerlo casi desaparecer. Sin embargo, la ocupación como régimen organizador de la propiedad minera reaparece en Francia en el siglo XVIII, siendo entonces defendido por los enciclopedistas y, especialmente por el economista Turgot, quien replantea el

⁴ Uribe Herrera, Armando: «Manual de Derecho Minero», Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1968, pág. 18.

⁵ Catalano, Edmundo: Ob. cit., pág. 24.

principio en términos modernos, fundamentándolo en la actividad humana, en el trabajo del primer ocupante.⁶

La principal ventaja de este sistema consiste, según sus sostenedores, en fomentar el descubrimiento y trabajo de las minas. La doctrina, sin embargo, ha expresado muchas y graves críticas al sistema de la ocupación, entre éstas se ha cuestionado el fundamento mismo de él: «...el trabajo mal puede justificar la propiedad sobre las minas cuando muchas veces su descubrimiento obedece a la casualidad...»⁷ Se indica, además, que, de aplicarse este sistema como se lo ha concebido, sería una constante fuente de conflictos pues no permite establecer la extensión del derecho del descubridor, impidiendo, por el mismo motivo, la estabilidad de la propiedad minera. Si a lo anterior agregamos la circunstancia de prescindir del poder público en la constitución del dominio en este sistema, comprenderemos que la consecuencia lógica será el alejamiento de personas y capitales indispensables para el desarrollo de la actividad minera.

Actualmente la ocupación no tiene aplicación en las legislaciones contemporáneas como sistema organizador de la propiedad minera, pues la mayoría de ellas asigna al Estado un rol más importante en la constitución del dominio minero y en la tutela de la actividad minera, cuando no le entregan directamente la propiedad sobre la riqueza minera. Por su parte, la doctrina se ha pronunciado categóricamente en contra de este sistema, considerándolo incompatible con principios fundamentales de interés público que rigen especialmente respecto de la propiedad minera.⁸

1.3. SISTEMA DE RES NULLIUS: Este sistema considera las sustancias mineras como res nullius, cuya propiedad no pertenece a nadie, ni siquiera al Estado, y las cuales, por obra del descubrimiento, se transforman en bienes adquiribles por medio de una concesión que el Estado, como representante de los intereses generales, otorga a su elección a la persona que ofrezca mayores garantías y, en consecuencia, haga suponer un beneficio efectivo para la comunidad. El sistema de res nullius, aunque parte del mismo principio que el de la ocupación, se diferencia de éste en la participación que da al Estado en el otorgamiento de la concesión, a una persona que no va a ser necesariamente el descubridor, y en la vigilancia de las minas.

Uno de los sostenedores del sistema de res nullius, E. Dalloz, citado por Luis González B., lo ha fundamentado en su conformidad con la naturaleza de las cosas al estimar que las minas no pertenecen a nadie.⁹

⁶ González Bertí, Luis: Ob. cit., págs. 30 y 145.

⁷ Anríquez Bernal, Gastón: «Estudio Crítico del Código de Minería ante la Evolución del Derecho», Memoria de prueba, U. de Chile, Imprenta Royal, Valparaíso, 1950, pág. 20.

⁸ González Bertí, Luis: Ob. cit., págs. 149-152.

⁹ González Bertí, Luis: Ob. cit., pág. 181.

El sistema de *res nullius* ha sufrido también numerosas críticas de parte de la doctrina. Algunos autores, como González Berti., impugnan el fundamento del sistema: «...no se ve que en realidad sea muy conforme con la naturaleza de las cosas. lo natural, lo lógico según las modernas corrientes del Derecho es que todo aquello que se encuentre dentro del territorio de una Nación y no tenga un dueño determinado, pertenezca al Estado (...) como representante de la comunidad...».¹⁰ Por otra parte, la circunstancia de que en este sistema el descubridor no tenga una preferencia exclusiva para obtener el dominio de la mina, es un factor que desalienta el interés por los descubrimientos mineros. Además, en este sistema se niega absolutamente al Estado la posibilidad de que explote por sí mismo alguna substancia minera, sin que realice previamente la expropiación de los terrenos en que se encuentre la mina.

Actualmente, el sistema de *res nullius* goza de muy poca acogida en la doctrina y en las legislaciones modernas que, en su evolución histórica lo han ido dejando de lado para adoptar otros sistemas más acordes con el progreso, más justificables y concretos en su aplicación.¹¹

- 1.4. SISTEMA REGALISTA:** Este sistema, que en lo fundamental atribuye el dominio de la riqueza minera al Estado, y que tanta influencia ha tenido en las legislaciones mineras, no ha sido concebido de una misma manera por los tratadistas. En efecto, la doctrina discute aspectos tan importantes como su naturaleza misma y, en consecuencia, el alcance que este sistema otorga al dominio del Estado, e incluso su origen. Por su parte, las legislaciones que lo han adoptado lo han hecho con tales modalidades que es difícil hablar de él como de un sistema único. Sin embargo, para algunos autores el regalismo constituye un sistema único que admite diferencias de grado en su aplicación, como señala Ezequiel Monsalve C.: «Desde ahora rechazamos toda denominación distinta a la de regalía, para el sistema que nos ocupa. Por tanto, no acogemos la denominación «sistema dominial» por ser la palabra «dominial» extraña al léxico español y ser una creación innecesaria ya que bien expresado está el sistema bajo la denominación única, como único es el sistema, de regalista».¹² En cambio, la mayoría de los autores contemporáneos dividen este sistema en dos aspectos fundamentales, diferenciados en cuanto a la naturaleza e intensidad del dominio del Estado: Regalista propiamente tal, y Dominical, estudiándolos como sistemas autónomos. En este sentido se expresa E. Catalano: «El sistema dominial, que en nuestro entender es el que más se ajusta a la naturaleza de la propiedad minera, no debe confundirse con el sistema regalista: aquel se vincula a la propiedad; por ello es un concepto más bien jurisdiccional».¹³

¹⁰ González Berti, Luis: Ob. cit., pág. 182.

¹¹ Catalano, Edmundo: Ob. cit., pág. 31; González Berti, Luis: Ob. cit., pág. 185.

¹² citado en González B., Luis: Ob. cit., pág. 161.

¹³ Catalano, Edmundo. Ob. cit., pág. 28.

Es necesario advertir que, además, existe un problema de terminología que, de no aclararse, pueda traer confusión en el estudio de estos sistemas, ya que, como señalamos, la doctrina en Derecho Comparado distingue dos aspectos básicos en el regalismo: regalismo propiamente dicho y sistema dominical; pero en nuestro país los autores de Derecho Minero no hacen la diferencia en esos términos, sino que al referirse al sistema regalista le asignan la características que en Derecho Comparado la doctrina atribuye actualmente al sistema dominical, y para referirse a lo que los autores extranjeros denominan sistema regalista propiamente tal, en Chile se habla del sistema de libertad de minas, el cual en lo esencial, es muy similar al primero.

En consecuencia, para dar un concepto del sistema regalista nos apartaremos de las definiciones que tradicionalmente han dado de él los autores nacionales de Derecho de Minería,¹⁴ quienes, como ya lo señaláramos, lo configuran con las características que la doctrina en Derecho Comparado asigna hoy al sistema dominical o de dominio absoluto del Estado.

Francisco E. Padilla, define este sistema como «...aquel en que el dominio de las minas se atribuye al Estado como dueño originario, afirmación que surge en virtud de considerar al mismo Estado con carácter de tutor de la riqueza pública, y señalando además que dada la naturaleza sui generis del dominio, está impedido de explotarlas, debiendo concederlas a los particulares que las soliciten, bajo las condiciones y llenando los requisitos que la ley establezca».¹⁵

El dominio que este sistema otorga al Estado es de tal naturaleza que no sólo no confiere a su titular los atributos propios del dominio patrimonial, sino que además algunos autores llegan a considerar que en el regalismo el Estado no tiene el dominio originario de las minas, y estiman a éstas como res nullius, llegando el Estado a tener facultades sobre la riqueza minera sólo en virtud de un dominio derivado del concepto de soberanía. En este sentido E. Catalano señala: «El sistema regalista, como los de ocupación y de res nullius, parte también del principio que originariamente las minas no pertenecen a nadie, ni siquiera al Estado. Pero el Estado tiene, como poder soberano y sobre todas las cosas ubicadas dentro de su territorio, inclusive las minas, una especie de dominio que se ha dado en llamar eminente o radical y que por sus relaciones con la soberanía debe distinguirse cuidadosamente de su dominio patrimonial».¹⁶

Históricamente, algunos autores¹⁷ sitúan el origen del sistema regalista en tiempos

¹⁴ Uribe Herrera, Armando: Ob. cit., pág. 32; Ruiz Burgeois, Julio: «Instituciones de Derecho Minero Chileno», Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1949, Tomo I, pág. 30; Infante, Agustín. «Vinculaciones entre la Propiedad Minera Común y la Propiedad Superficial», Memoria de prueba, U. de Chile, Edit. Universitaria, Santiago, 1962, págs. 12 y 13; Ramírez W., Eduardo: «La Propiedad Minera, su Prescripción y Caducidad», Memoria de prueba, U. de Chile, Santiago, 1945, pág. 18.

¹⁵ citado en González Bertí, Luis: Ob. cit., pág. 162.

¹⁶ Catalano, Edmundo: Ob. cit., p. 31.

¹⁷ Uribe Herrera, Armando: Ob. cit., p. 32; León Burgeois, Enrique: «De Las Substancias Minerales Reservadas por la Ley al dueño del suelo», Memoria de Prueba, U. de Chile, Valparaíso, 1939, Sociedad Edit. Italiana, p. 18.

remotos, a fines del Imperio romano a través del Derecho Minero provincial, pero la generalidad de la doctrina indica que es realmente en la Edad Media donde llega a configurarse definitivamente: «La historia del derecho de minas germánico, no es sino el desarrollo de la doctrina regalista arrancada de la época feudal y que ha de tener, posteriormente, poderosa influencia en la legislación minera hispánica y colonial, afirmándose progresivamente en el Fuero Viejo de Castilla (siglo XI), Las Partidas (1.265), el Ordenamiento de Alcalá (1.348), Las Ordenanzas de Castilla (1.487), y del Nuevo Cuaderno (1.584), consagrándose definitivamente en la Recopilación de Indias (1.680) y en las Ordenanzas del Perú (1.683) y de Nueva España o Méjico (1.783)...».¹⁸

La doctrina ha asignado diversos fundamentos al sistema regalista para justificar su existencia y su vigencia en las legislaciones. Desde luego, se cita un fundamento histórico indiscutible para los países hispanoamericanos en la legislación española y colonial, especialmente en las Ordenanzas de Minería de Nueva España que rigieron en un comienzo sólo para México, pero que, con posterioridad, extendieron su aplicación a las demás colonias, rigiendo en ellas durante largo tiempo e influyendo poderosamente en las legislaciones mineras de las nuevas repúblicas, una vez emancipadas de la Corona española.¹⁹

Tradicionalmente se ha dado a este sistema un fundamento doctrinario, propuesto por M. Lehandi de Beaulieu, según el cual el «medio que da a una mina inexplorable su valor, procede del trabajo lento y sucesivo de la Nación entera durante numerosas generaciones. De ahí se deduce que el valor de las minas pertenece al que lo ha creado, o sea al Estado»²⁰ Este fundamento ha sido objeto de numerosas críticas, y los autores le niegan todo valor o sólo le conceden un valor relativo ya que, indican, las minas tienen un valor intrínseco independiente del medio que las rodea.

A pesar de ser éste uno de los sistemas de mayor vigencia en la actualidad, ha recibido en los últimos tiempos serias críticas, las cuales provienen fundamentalmente de la doctrina que admite la existencia y necesidad del sistema dominial, el cual lo ha ido desplazando en virtud de razones tanto políticas como económicas. De este modo, se critica en primer lugar la imposibilidad del Estado para negarse a otorgar la concesión a quienes la soliciten, aun cuando estos beneficiarios no representen la mejor garantía de una buena explotación, pues basta que el solicitante cumpla con los requisitos legales para que el Estado esté obligado a otorgar la concesión, de forma que el papel del Estado llega en realidad a anularse ante la norma legal que tiene que cumplir. Por otra parte, Luis González B., critica la inflexibilidad del sistema que en ocasiones se halla imposibilitado para resolver situaciones de emergencia, y agrega: «Las necesidades modernas requieren

¹⁸ Catalano, Edmundo: Ob. cit., p. 32.

¹⁹ González B., Luis: Ob. cit., p. 164.

²⁰ Infante, Agustín: Ob. cit., p. 13.

legislaciones amplias que puedan responder a una necesidad que surja en un momento determinado; hay productos por ejemplo que de acuerdo con razones de índole especial, el Estado no debe otorgar al primer solicitante, hay sustancias que representan algo vital para la colectividad y su control debe estar en manos del Estado. De ahí que el sistema dominial haya surgido como un remedio eficaz frente a esta rigidez inoperante del regalismo».²¹

En suma, el sistema regalista, que fue aceptado con agrado por las legislaciones y la doctrina que lo acogieron como una reacción contra otros sistemas que sólo permitían una intervención muy secundaria al Estado en la tutela y administración de la riqueza minera, ha ido siendo paulatinamente relegado de las legislaciones modernas y especialmente de algunas legislaciones hispanoamericanas, entre las cuales se cuenta la nuestra, en beneficio del sistema dominial o de dominio absoluto del Estado, como una manera de proteger determinadas sustancias que representan un valor estratégico o económico importante para la Nación en un momento determinado.

1.5. SISTEMA DOMINIAL O DE DOMINIO ABSOLUTO DEL ESTADO: Este sistema atribuye al Estado el dominio patrimonial, absoluto, exclusivo e inalienable de la riqueza minera. Se configura de este modo un dominio pleno para el Estado que le permite reservar para sí la explotación de determinadas sustancias, o explotar esta riqueza por medio de terceros a través de concesiones y, en suma, celebrar cualquier acto o contrato respecto de la riqueza minera; o como lo define Luis González B: «...el sistema en virtud del cual el Estado se comporta frente a la riqueza minera como frente a un bien particular, como verdadero dueño: por lo tanto, puede explotar por sí mismo esta riqueza o por medio de terceros, puede reservar la explotación y otorgarla facultativamente, sin que en ningún momento se desprenda de la propiedad de las minas, concediendo sólo la explotación de las mismas...».²²

Resulta difícil determinar el momento preciso en que este sistema va adquiriendo una configuración propia, diferente de la del sistema regalista. Sin embargo, en realidad se desenvuelve plenamente después de la primera guerra mundial, período en el cual se comprobó que ciertas sustancias minerales debían estar en manos del Estado para los altos fines de la defensa nacional, y no sometidos, en virtud de la legislación, al arbitrio de los particulares.²³

La doctrina ofrece diversos fundamentos para este sistema, pero todos ellos apuntan a una idea de interés público que orienta a la actividad minera en nuestro tiempo. «Para nosotros el fundamento de este sistema es la alta misión que compete al Estado en la

²¹ González Berti, Luis: Ob. cit., pp. 166-167.

²² González Berti, L.: Ob. cit., p. 168.

²³ González B., Luis: Ob. cit., p. 169.

consecución del bien común, a través del aprovechamiento de determinadas sustancias que no pueden estar sometidas al arbitrio de los particulares, por el papel importantísimo que pueden jugar en un momento determinado, no sólo en el campo de la defensa de la nacionalidad, sino en cuanto a la economía misma».²⁴

Las críticas que ha recibido el sistema dominical, que son muchas y variadas, pueden resumirse en tres fundamentales: 1º. Priva de estímulo a la investigación de nuevas minas, cuando es deber del Estado alentarla. Esta crítica ha sido rechazada por los defensores del sistema porque, en él, el Estado hace concesiones a los particulares, aunque naturalmente ejerciendo un control sobre éstas para evitar que el interés particular se oponga al de la colectividad; 2º. Establece un monopolio en favor del Estado, marginando a los particulares de esta actividad. Esta crítica tiene un valor relativo para los partidarios del sistema, pues todo va a depender en definitiva de la aplicación que se haga de él: cuando se aplica a determinadas sustancias y fines legítimos para la comunidad, el sistema no ofrece los inconvenientes que se le señalan; 3º. Finalmente, se critica este sistema diciendo que la experiencia enseña que el Estado no debe ser empresario, ya que siempre ha sido funesta la explotación de las minas por él.

En la actualidad, el sistema dominical ha sido aceptado, en mayor o menor grado, por algunas legislaciones especialmente hispanoamericanas, como una manera eficaz de proteger su riqueza minera -es el caso de Venezuela en materia de hidrocarburos-, tal es así que en algunos Estados, entre ellos el nuestro, el sistema dominical ha sido consagrado al más alto nivel legislativo, a través de normas de rango constitucional. (Constitución Política de 1980, artículo 19, N° 24, inciso 6º). «La mayoría de las críticas que se le hacen, actúan en un terreno preferentemente teórico, pues en la práctica las legislaciones más adelantadas y más celosas de sus derechos, lo acogen como una cosa necesaria aún cuando no sin ciertas reservas, dictando normas cónsonas con la misión específica del Estado».²⁵

- 1.6. SISTEMA DE LIBERTAD DE MINAS:** Este sistema, llamado también español o ecléctico, es considerado por ciertos autores ²⁶ como una modalidad del sistema regalista, en el cual el Estado tiene un dominio sui generis, llamado por la doctrina dominio eminente, el cual sólo lo faculta para conceder las minas a los particulares que cumplan con los requisitos legales, para que dispongan de ellas como dueños (Uribe Herrera, Armando: Ob. cit., pp. 34-36). El dominio que se atribuye al Estado en este sistema no es un dominio de carácter patrimonial, sino sólo una expresión de su soberanía. «La propiedad o dominio eminente del Estado sobre las minas y demás bienes existentes en su territorio

²⁴ González B., Luis: Ob. cit., p. 170.

²⁵ González B., Luis: Ob. cit., p. 173.

²⁶ González B., Luis: Ob. cit., p. 186; Anríquez, Gastón: Ob. cit., p. 25.

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».²⁷

Por otra parte, el dominio que el Estado concede a los particulares no es tampoco un dominio absoluto, sino condicional. El sistema de libertad de minas es, en realidad, un sistema ecléctico, que pretende tomar las ventajas de los demás sistemas y evitar los inconvenientes que se atribuyen al sistema de dominio absoluto del Estado. En efecto, se asemeja al sistema de la ocupación en la circunstancia de que en ambos se conceden las minas, por el Estado, al descubridor; y tiene semejanza con el sistema de *res nullius* por la circunstancia de que antes de descubierta la mina, se considera que ésta no pertenece a nadie.²⁸

Además, como es fácil apreciar, el concepto que los autores nacionales ofrecen para el sistema de libertad de minas es, en esencia, muy similar al que la doctrina en Derecho Comparado da actualmente para el sistema regalista.²⁹ Nosotros, sin embargo, le damos un tratamiento especial por la significación que ha tenido en nuestro país, ya que tradicionalmente la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional ha considerado que éste ha sido el sistema establecido por nuestra legislación, y porque en su aplicación concreta en nuestro país, ha adquirido características y matices propios.

En la doctrina no hay acuerdo para situar el origen histórico de este sistema. Para la mayoría de los autores,³⁰ su origen se encuentra en la legislación dictada por la Corona española, la cual pasó posteriormente a Hispanoamérica mediante la legislación dada por la Metrópoli para sus colonias, especialmente a través de las Ordenanzas de Nueva España, y finalmente, habría encontrado su reafirmación en la legislación nacional, particularmente en el Decreto de 1833 -que expresamente declaró la vigencia de las mencionadas Ordenanzas para nuestro país-, en el artículo 591 del Código Civil y en las disposiciones de los sucesivos Códigos de Minería nacionales. Sin embargo, para otros autores el origen del sistema es alemán.³¹

Las críticas que se han formulado a este sistema se dirigen fundamentalmente a la circunstancia de que el Estado no interviene en la explotación de las minas, ni participa de un modo directo en los beneficios de la industria minera. Así se critica concretamente el hecho de que las minas podrían quedar en manos de personas carentes de espíritu empresarial, o bien que este interés particular llegue en un momento determinado a oponerse al interés público sin que el Estado pueda hacer nada dentro de este sistema; y se critica en segundo lugar la absoluta prescindencia del Estado en la planificación del

²⁷ Ruiz Burgeois, Julio: Ob. cit., p. 30.

²⁸ Uribe Herrera, Armando: Ob. cit., pp. 31-32; González B., Luis: Ob. cit., p. 186.

²⁹ Ruiz Burgeois, Julio: Ob. cit., p. 32; Uribe Herrera, Armando: Ob. cit., pp. 31-32.

³⁰ Uribe Herrera, Armando: Ob. cit., p. 33; Claro Solar, Luis: «Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado», Santiago, 1930, Tomo VI, pp. 551-552.

³¹ José Isaac del Corral: «Derecho Minero Cubano», citado por González B., Luis: Ob. cit., p. 186.

desarrollo de la industria minera. Los sostenedores del sistema han señalado que la primera crítica pierde validez en la medida en que se establezca un adecuado sistema de amparo, y que la segunda también desaparecería con una buena política económica general que desarrolle el Estado y con un buen sistema de fomento minero.

Este es el sistema que tradicionalmente la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia nacional entendió era el establecido en nuestro Derecho positivo.³² La polémica se prolongó por largo tiempo hasta la fecha de la Reforma de la Ley N° 17.450, de 16 de julio de 1971, que modificó el N° 10 del artículo 10 de la Constitución Política de 1925, donde se consagró claramente el dominio absoluto del Estado sobre todas las minas, precepto que se ha mantenido en la Constitución actual. En consecuencia, el sistema de libertad de minas ha sido relegado de nuestra legislación, siguiéndose así la tendencia ya generalizada en todos los países de proteger su riqueza minera a través del establecimiento del sistema dominical o de dominio absoluto del Estado como sistema organizador de la propiedad minera.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

2.1. LEGISLACIÓN PENINSULAR: En España la incorporación de la riqueza minera a la Corona fue establecida tempranamente, a fines del siglo XI, época en que se dictó el Fuero Viejo de Castilla en el cual encontramos por primera vez una declaración del dominio del monarca sobre la riqueza minera.³³ Esta declaración de la incorporación de la riqueza minera a la Corona, aparece desde entonces reiterada constantemente en forma más o menos explícita en todos los cuerpos legales que, con posterioridad regularon asuntos mineros: Las Siete Partidas, 1276; El Ordenamiento de Alcalá de 1348; las Ordenanzas de Birbiesca, también llamadas Leyes de Don Juan I, de 1387; las Leyes de doña Juana, también llamadas Ordenanzas Antiguas, de 1559; la Pragmática de Madrid, de 1563. Sin embargo, el texto legal más importante de la época, por la influencia que habría de tener en América hispana, ya que rigió supletoriamente para Indias a partir del año 1602, manteniéndose vigente en algunas colonias hasta 1825, fue la Ordenanza del Nuevo Cuaderno, dictada por Felipe II el año 1584, documento en el cual se reitera el dominio de la Corona sobre las sustancias mineras; pero al mismo tiempo se concede a los súbditos la posesión y propiedad de las minas, o según el tenor literal del Capítulo II, se permite a

³² Uribe Herrera, Armando: Ob. cit., p. 33; Ruiz Burgeois, Julio: Ob. cit., p.34; León B., Enrique: Ob. cit., pp. 20-22; Infante, Agustín: Ob. cit., p. 21. Había, sin embargo, una minoría que sostenía que el sistema establecido en nuestra legislación era el de dominio absoluto del Estado sobre las minas (Unda D., O. «Elementos para una Nacionalización de la Pertenencia Minera», 1955, citado por Uribe Arce, Armando, en «Dominio Minero», Revista de Derecho y Jurisprudencia y C.C.S.S., Tomo LXIII, 1966, p. 46).

³³ Puyuelo, Carlos: «Derecho de Minería», citado por Enrique Escala B: «El Dominio del Estado sobre las minas», Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, pág. 23.

ellos «...que las hagan suyas y propias en posesión y propiedad y que puedan hacer y hagan de ellas como de cosa propia suya...».³⁴ Aparece entonces una superposición de propiedades: por una parte la de la Corona; y por la otra, la de los súbditos sobre las minas. No parece satisfactoria la interpretación que tradicionalmente ha dado la mayoría de la doctrina nacional en el sentido de explicar este doble régimen de dominio a través de la concepción del dominio eminente del Estado.³⁵

Por ello es que pensamos, siguiendo en este punto a A. Bruna V., que para determinar la naturaleza de estos derechos es necesario considerar el contexto histórico, especialmente jurídico y político en el cual estas Ordenanzas rigieron, y por tanto, el concepto de dominio público sobre las minas que existía en la legislación española propiamente tal y en la colonial, es distinto en su esencia de la concepción que ha predominado en Chile desde la dictación de los primeros Códigos de Minería nacionales.³⁶

2.2. LEGISLACIÓN INDIANA: Entre la legislación previa a la dictación de las Ordenanzas de Nueva España, encontramos diversos cuerpos legales que no agregan nada nuevo en materia de dominio minero en relación a la legislación española vigente entonces, y que trataban aspectos administrativos, tributarios procesales, etc. Mencionaremos entre ellos a las Ordenanzas de Toledo, dictadas para ser aplicadas en Perú y Chile, las Ordenanzas del Perú de 1683, y las Ordenanzas de Huidobro dictadas para ser aplicadas en Chile.³⁷

Las Ordenanzas de Nueva España constituyen el texto legal más importante de aquellos dictados por la Corona española para ser aplicados en América hispana. Comienzan a regir el año 1783, en Chile desde 1785 hasta la dictación del primer Código de Minería nacional el año 1874.³⁸ En el Título V de estas Ordenanzas se determina el dominio de la Corona sobre la riqueza minera indicándose que «Las minas son de mi Real Corona, así por su naturaleza y origen, como por su reunión dispuesta en la Ley IV, Título XIII, Libro VI de la Nueva Recopilación. Sin separarlas de mi Real Patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión...». Se mantiene así la coexistencia del dominio de la Corona con el de los súbditos sobre las minas. En el estudio de la legislación española, colonial y nacional asistiremos a la continuación de la polémica en relación a este doble régimen de propiedad minera. Señalamos ya, al referirnos al régimen de propiedad minera establecido en las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, que la posición de la mayoría de la doctrina nacional al respecto era la de explicar este doble régimen de dominio de acuerdo con el concepto de dominio eminente del Estado, considerando que estas Ordenanzas

³⁴ Bruna V., Augusto: Ob. cit., pág. 18.

³⁵ Uribe Herrera, Armando: Ob. cit., pág. 33; Ruiz Burgeois, Julio: Ob. cit., pág. 37; Claro Solar, Luis: Ob. cit., pp. 551-552; León B., Enrique: Ob. cit., pp. 20-22.

³⁶ Bruna Vargas, A: Ob. cit., pp. 18-20.

³⁷ Bruna V., A: Ob. cit., p. 24.

³⁸ Escala B., Enrique: Ob. cit., p. 31.

establecían para la Corona un dominio radical o eminente, desprovisto de los atributos de la propiedad civil, el cual coexistía con un dominio patrimonial que detentaban los súbditos, equivalente a la propiedad civil. En este sentido Luis Claro Solar expresa: «El dominio radical de las minas, (...) está en la Corona: en ella tiene la propiedad minera sus raíces. Este dominio radical no es una propiedad patrimonial, una propiedad privada de la Corona, personificación del Estado moderno, no es otra cosa que lo que llamamos dominio eminente, el mismo que el Estado como persona de derecho internacional tiene sobre todo el territorio de la Nación.³⁹

Sin embargo, algunos autores no están de acuerdo con la doctrina que atribuye a la Corona, actualmente al Estado, el dominio eminente de las minas y a los particulares el dominio patrimonial de éstas. En este sentido A. Bruna V., expresa «Creemos que el elemento que ciertamente nos permite considerar a las minas como parte inseparable del Real Patrimonio es uno que no aparece expresado en ningún texto legal por la muy simple razón de que no había necesidad alguna de ello y él no es otro que el régimen político absolutista que predominaba en España y en casi toda Europa en el momento de dictarse las Ordenanzas.⁴⁰

2.3. LEGISLACIÓN NACIONAL: Una vez alcanzada nuestra independencia política la legislación española en general, y las Ordenanzas de Nueva España en particular, se mantuvieron vigentes en nuestro país, e incluso frente a las dudas que se suscitaron entonces respecto de la aplicación de estas Ordenanzas se las declara, por expresa disposición del decreto supremo de 11 de Junio de 1833, vigentes como leyes de la República, rigiendo hasta la dictación del primer Código de Minería el año 1874. Por otra parte, las Constituciones Políticas no contenían precepto alguno relativo al dominio minero, situación que se mantiene en la Constitución Política de 1833 y, posteriormente en la de 1925.

El Código Civil de 1855 estableció, en cambio, algunas disposiciones aisladas que se refieren al dominio minero, de las cuales la más importante es el 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». El Código Civil no modificó el régimen legal en materia de dominio minero. La mayoría de los autores nacionales⁴¹ consideran que el artículo

³⁹ Claro Solar, Luis: Ob. cit., Tomo VI, p. 550.

⁴⁰ Bruna V., A: Ob. cit., pp. 31-32.

⁴¹ Uribe Herrera, A: Ob. cit., p. 33; Ruiz Burgeois, J: Ob. cit., p. 37; Escala B., E: Ob. cit., p. 40; Claro Solar, Luis: Ob. cit., Tomo VI, p. 550.

591 del Código Civil no es más que la ratificación de los principios que, en lo fundamental señalan para la Corona, hoy el Estado, un dominio *sui generis*, llamado radical o eminente, que sólo le permitía conceder la propiedad de las minas a los particulares que las solicitaren cumpliendo con los requisitos legales, y que se traducía en una potestad, en una simple tutela destinada a velar por el cumplimiento de las condiciones exigidas para la vigencia de la concesión. El Estado carecía de un dominio patrimonial sobre las minas, en cambio, el derecho del particular, aunque sujeto al cumplimiento de obligaciones, se consideraba como un dominio perfecto. Por nuestra parte, pensamos que este tipo de interpretación no se justifica, por cuanto desconoce el desarrollo histórico de las instituciones de Derecho Minero, lo cual lleva a explicarlas a través de conceptos y principios ajenos a esta rama del Derecho. Como señala Armando Uribe Arce se trata de un concepto que no estaba en la tradición estricta del Derecho Minero español: el de que se concedía o reconocía al particular un derecho de propiedad cada vez más completo, cada vez más parecido al dominio sobre los bienes civiles.⁴²

El concepto de dominio eminente es, en efecto, un concepto ajeno al Derecho Minero, extraído del ámbito del Derecho Internacional Público, concepto que en su origen se atribuye a Grocio, y que Andrés Bello define en su obra de Derecho Internacional, como «la facultad de disponer (el soberano) de cualquier cosa contenida en el Estado». (Bello, Andrés: «Principios de Derecho Internacional», Tomo X, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, 1886, Capítulo IV, pág. 77). Es, por tanto, un concepto que se traduce más en una potestad que en un dominio.

El primer Código de Minería nacional dictado el año 1874, que vino a reemplazar a las Ordenanzas de Nueva España, tampoco trajo consigo un cambio fundamental en el régimen legal de la propiedad minera. En su artículo 1º enumeró taxativamente las sustancias mineras a las cuales se aplicaba el Código de Minería, representando de este modo un cambio en relación a la libertad para investigar y constituir propiedad minera sobre todas las sustancias minerales establecida en las Ordenanzas de Nueva España; en cambio, el Código de 1874 limitó así en gran medida dicha libertad y el ámbito de aplicación del mismo, ya que las sustancias mineras que, como el carbón, quedaban excluidas de la enumeración taxativa del inciso 1º del artículo 1º, cedían al dueño del suelo, quien sólo quedaba obligado a dar aviso de ella a la autoridad administrativa. La enumeración taxativa de las sustancias mineras sobre las cuales se podía constituir propiedad minera, la aplicación del Derecho Civil a todas las demás sustancias no comprendidas dicha enumeración, llevó a la doctrina a asimilar aún más el concepto de propiedad minera al de la propiedad privada regida por el Derecho Civil.

El Código de Minería de 1888 tampoco vino a significar una alteración de la natura-

⁴² Uribe Arce, A: Ob. cit., p. 12.

leza jurídica de la propiedad minera, ya que reproduce en su artículo 1º el artículo 591 del Código Civil, corroborando así la opinión de quienes pensaron que dicha norma siguió rigiendo después de la dictación del Código de Minería de 1874, interpretación según la cual se concedía la explotación de aquellas sustancias que el Código de Minería de 1874 cedía al dueño del suelo, pero no el dominio mismo de ellas, el cual continuaba radicado en el Estado, precisamente por la vigencia del artículo 591 del Código Civil que así lo declara.⁴³

El Código de Minería de 1888 enunció taxativamente en su artículo 2º las sustancias mineras que podían ser objeto de libre adquisición por los particulares, aumentando notoriamente el número de éstas en relación a aquellas comprendidas en el Código de 1874. Por otra parte, se mantuvo la norma que cedía al dueño del suelo la explotación del carbón y demás fósiles, pero ahora con la obligación de constituir propiedad minera sobre dichas sustancias de acuerdo con las diligencias que prescribía el mismo Código en su artículo 2º.

Sin embargo, la modificación más importante que trajo el Código de Minería de 1888 en relación a la legislación anterior fue el cambio del régimen de amparo del pueble por el del pago de una patente anual. El artículo 13 consagraba este régimen de la siguiente manera: «La lei concede la propiedad perpetua de las minas a los particulares bajo la condición de pagar anualmente una patente por cada hectárea de extensión superficial que comprendan i sólo se entiende perdida esa propiedad y devuelta al Estado, por la falta de cumplimiento de aquella condición i previos los trámites espresamente prevenidos en este Código». Observamos en esta disposición, una vez más, el deseo del legislador de la época de asimilar el concepto de propiedad minera al de la propiedad civil, desconociendo así, a nuestro juicio, la naturaleza jurídica de esta institución que ya hemos señalado en su desarrollo histórico.

Las ideas liberales individualistas vigentes en la época ejercieron una poderosa influencia en los autores nacionales para que comenzaran a buscar una identificación entre los conceptos de propiedad minera del particular y el de propiedad civil.⁴⁴ De este modo, para mantener vigente la propiedad minera bastaba el simple pago de la patente una vez al año, como destaca Armando Uribe Arce, se hacía de esta forma de amparo una pura ficción, ya no sólo del trabajo, que podía o no efectuarse, sino incluso del reconocimiento al Estado de algún interés en la explotación de las minas.⁴⁵

⁴³ J. Joaquín Larraín, citado por Armando Uribe Arce: Ob. cit., p. 30.

⁴⁴ Claro Solar, Luis: Ob. cit., Tomo VI, p. 551; León B., Enrique: Ob. cit., pp. 20-21; Vergara Cruz, R: «De la quiebra del minero». Memoria de prueba, U. de Chile, 1936, p. 12; Kern Carrasco H: «Derechos del descubridor e incapacidades para adquirir pertenencias mineras». Memoria de prueba, U. de Chile, 1942, pp. 10-11-18 y 19; entre otros.

⁴⁵ Uribe Arce Armando: Ob. cit., p. 38.

El Código de Minería de 1930 aumentó considerablemente el número de sustancias de libre denunciabilidad (artículo 3º) y, finalmente el Código de Minería de 1932 transformó estas sustancias en la regla general (artículo 3º), con la sola excepción de las rocas, arenas y demás elementos que el dueño del suelo superficial aplique directamente a la construcción, volviéndose a la regla general cuando el dueño del suelo las destine a un fin diverso.

Como expresión de las ideas de la época, se dictaron el año 1967 las leyes 16.515 y 16.624; la primera de ellas modificó el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925, estableciendo que «Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá nacionalizar o reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país» y finalmente la Ley N° 16.624 permitió la celebración de algunos convenios con las compañías que explotaban los yacimientos de la Gran Minería del Cobre.

La reforma constitucional del artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925, efectuada el año 1971, vino a poner término a la larga polémica acerca de la naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas en nuestra legislación. En efecto, la reforma constitucional, aprobada en el Congreso por unanimidad, estableció el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre todas las minas, siendo en consecuencia los derechos de los particulares sobre ellas los de un concesionario, dejándose su protección a la regulación legal.

2.4. ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA ACTUAL NORMATIVA: El año 1973 fue designada una Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política -CENC- (Decreto Supremo N° 1064, de 25 de octubre de 1973, del Ministerio de Justicia, la cual contribuyó a elaborar las Actas Constitucionales que fueron dictadas el año 1976 con carácter provisional. En el Acta Constitucional N° 3, se señalaba que un estatuto especial regularía todo lo concerniente a la propiedad minera, y en su artículo 4º transitorio mantuvo la vigencia de las disposiciones de los incisos 4º, 5º, 6º y 10º del N° 10º del artículo 10 de la Constitución de 1925. Se rechazaba de este modo, por la Junta de Gobierno en el ejercicio de la potestad constituyente, el anteproyecto propuesto por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, el cual calificaba de eminente el dominio del Estado sobre las minas y, en consecuencia, se mantenía vigente el dominio absoluto del Estado consagrado por la reforma constitucional realizada a través de la Ley N° 17.450 de 16 de Julio de 1971.

La Comisión de Estudios había iniciado el debate del tema de la propiedad minera el 27 de noviembre de 1975, en la Sesión N° 171. El análisis de la propiedad minera lo efectuó la Comisión de Estudio sobre la base de un informe elaborado por la Subcomisión de Derecho de Propiedad. En dicho informe la Subcomisión, recogiendo las dos interpretaciones que tradicionalmente se habían opuesto sobre la naturaleza de la propie-

dad minera en nuestro país, presentó a la Comisión central dos textos alternativos, correspondiendo éstos a las tesis del dominio eminente y a la del dominio absoluto del Estado sobre las minas (Actas Oficiales de la CENC. Sesión N° 170, págs. 2, 3, y 4).

Los principales argumentos expuestos en el seno de la Comisión por los defensores de la tesis del dominio eminente son los siguientes:

- El carácter aleatorio de la industria minera que, por lo tanto, requiere ser rodeada de una mayor seguridad jurídica (Lira Ovalle, Samuel, Actas Oficiales de la Comisión, Sesión N° 171, pág. 8).
- La concepción de un dominio absoluto del Estado implica otorgar al particular una concesión de tipo administrativo, temporal, revocable, otorgada por vía de la autoridad administrativa y esencialmente precaria y discrecional, características que no se avienen en absoluto con el rasgo de aleatoriedad de la industria minera (Lira O., S: Actas Oficiales de la Comisión, Sesión N° 171, pág. 7).
- La necesidad de atraer capital para el desarrollo de la industria minera. (Diez U., Sergio: Actas Oficiales de la Comisión, Sesión N° 174, pág. 10).

Por su parte, los miembros de la Comisión que sostenían la conveniencia de mantener el precepto constitucional que establecía el dominio absoluto del Estado sobre las minas invocaban, principalmente, las razones siguientes:

- En el proyecto de dominio eminente se establece que el particular se hace dueño de las minas que descubre, lo cual acarrea gravísimas consecuencias por cuanto en caso de expropiación la indemnización debe cubrir el valor total del yacimiento minero; en cambio, la mantención del precepto constitucional hace posible al Estado expropiar pagando una indemnización adecuada, de acuerdo con principios internacionalmente aceptados.⁴⁶
- La base histórica de la interpretación que otorga un dominio eminente al Estado sobre las minas es discutible, por cuanto las Ordenanzas de Nueva España, que es el texto que dió origen en Chile a dicha interpretación, en otras naciones hispanoamericanas fue considerado como expresión de un dominio absoluto del Estado, como es el caso de Colombia y de Venezuela.⁴⁷
- Finalmente, se adujo una razón política, por cuanto no parecía conveniente ni oportuno aparecer ante la imagen internacional dando un paso atrás en esta materia, en circunstancias que en otros países se va precisamente hacia lo que Chile logró -con la declaración de dominio absoluto del Estado sobre las minas- en 1971, como es el caso de Venezuela respecto del petróleo, que lo estaba nacionalizando en esos momentos.⁴⁸

⁴⁶ Evans de la Cuadra, Enrique: Actas Oficiales de la Comisión, Sesión N° 171, págs. 13-15.

⁴⁷ Ruiz B., Carlos: Actas Oficiales de la Comisión, Sesión N° 175, pág. 9.

⁴⁸ Ruiz B., Carlos: Actas Oficiales de la Comisión: Sesión N° 171, pág. 3.

El Anteproyecto así elaborado, fue entregado al Presidente de la República, quien, con fecha 31 de octubre de 1978, solicitó al Consejo de Estado su opinión sobre él. El organismo requerido evacuó su informe por oficio (C.P.R. N° 13), de fecha 1° de julio de 1980. En él, dicho órgano ratifica, en lo que a preceptos mineros se refiere, en casi su totalidad el Anteproyecto de la Comisión de Estudios, limitándose a establecer al final del inciso 8° del artículo 23 del Anteproyecto: «Con todo, se reserva al Estado el dominio absoluto de los hidrocarburos líquidos y gaseosos, sin perjuicio de los contratos de operación que se celebren en conformidad a la ley». El Consejo de Estado no alteró, en consecuencia, el régimen de propiedad minera propuesto por la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución.

El proyecto aprobado fue remitido a la Junta de Gobierno, donde, en lo relativo a materias mineras, experimentó un cambio sustancial, por cuanto se modificaron las normas pertinentes propuestas en el Anteproyecto de la Comisión de Estudios y en el anteproyecto del Consejo de Estado, las cuales atribuían un dominio eminente al Estado, estableciéndose, en cambio, el dominio absoluto del Estado sobre las minas. Se conservó de este modo el precepto constitucional vigente sobre la propiedad minera desde la reforma constitucional promulgada mediante la Ley N° 17.450 de 16 de julio de 1971.

3. BASES CONSTITUCIONALES DE LA PROPIEDAD MINERA.

La Constitución Política de 1980 ratifica el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre las minas en su artículo 19 N° 24, inciso 6°. De este modo se establece por tercera vez en nuestro ordenamiento jurídico a nivel constitucional el sistema dominical (Ley N° 17.450, Acta Constitucional N° 3, y Constitución Política de 1980).

La propiedad minera fue regulada minuciosamente por el constituyente de 1980, restringiendo de este modo la libertad del legislador y estableciendo los siguientes puntos precisos como normas constitucionales:

- Elevó a nivel constitucional las obligaciones y limitaciones a que los predios superficiales están sujetos con el fin de facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de las minas. (Inciso 6°, N° 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).
- Dio carácter de ley orgánica constitucional a la ley que determinaría las sustancias concesibles, otorgaría los derechos e impondría las obligaciones a los titulares de concesiones mineras de exploración y de explotación, conservando a nivel de norma constitucional la prohibición de otorgar concesiones sobre los hidrocarburos líquidos y gaseosos. (Inciso 7°, N° 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).
- Dio competencia exclusiva a los tribunales ordinarios de justicia para declarar la extinción, la caducidad de las concesiones y la subsistencia del derecho del concesionario sobre ellas. (Inciso 8°, N° 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).
- Estableció la constitución de las concesiones a través de resolución judicial. (Inciso 7°, N° 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).

- Determinó la irretroactividad de las causales de caducidad y de simple extinción del dominio sobre las concesiones. (Inciso 7º, N° 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).
- Estableció la existencia de concesiones mineras de exploración, de explotación y de concesiones administrativas y contratos de operación. (Inciso 7º, N° 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).
- Otorgó la garantía constitucional al dominio del titular sobre su concesión minera. (Inciso 9º, N° 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).
- Señala para el titular de la concesión minera la obligación de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento, y le indicó al legislador que el régimen de amparo de la propiedad Minera debería tender directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de dicha obligación. (Inciso 7º, N° 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).

Al analizar el inciso 6º, del N° 24, del artículo 19, de la Constitución Política actual hemos señalado que atribuye al dominio del Estado sobre las minas diversas características esenciales que lo configuran. En efecto, establece la Constitución que el dominio del Estado es un dominio absoluto, es decir se trata de un derecho que el Estado ejerce sobre todas las minas excluyendo toda relación o dependencia. Es un dominio exclusivo, por cuanto lo detenta sólo el Estado, sin que coexista o se comparta con otro titular, excluyendo por lo tanto a cualquier otra persona inclusive al dueño del suelo en el cual las minas se encuentren. Es también un dominio inalienable, y ello significa en primer lugar que el Estado lo conserva en forma permanente, pero también implica una limitación al Estado por cuanto éste no puede desprenderse de él en ningún momento, no puede enajenarlo. Y es, finalmente un dominio imprescriptible porque el Estado no pierde este derecho, ni los particulares lo adquieren por la posesión continuada durante un cierto lapso de tiempo.

Anteriormente hemos tenido oportunidad de observar cómo durante la gestación del texto constitucional vigente, a través de los proyectos de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y del Consejo de Estado, se propuso modificar el precepto constitucional que establecía el dominio absoluto del Estado sobre las minas, estableciendo, en cambio, una especie de potestad general del Estado sobre las minas, a la cual se denominaba dominio eminente. Sin embargo, como señaláramos, la Junta de Gobierno al conocer y despachar el proyecto definitivo del texto constitucional, modificó radicalmente el criterio sustentado en los referidos proyectos, ratificando en definitiva el dominio absoluto del Estado. De tal manera, la naturaleza del dominio del Estado sobre las minas está, a nuestro juicio, claramente establecida en la Constitución actual.

Sin embargo, ha existido una tendencia que pretende desconocer la naturaleza del dominio del Estado sobre las minas, atribuyendo a este dominio absoluto del Estado las características que corresponden a la concepción del dominio eminente, a pesar de los

términos categóricos del precepto constitucional que regula esta materia.⁴⁹

En el informe técnico elaborado por el ex Ministro de Minería José Piñera E., se indica que «El Estado tiene un «dominio subsidiario» sobre las minas, el cual le permite mantener una tuición general sobre los derechos mineros y reconocer a los particulares facultades con validez y sin vinculaciones a otros titulares».⁵⁰

Esta interpretación ha sido criticada con justicia por cuanto el concepto de dominio que la Constitución atribuye al Estado es claramente un concepto de dominio público y es también indiscutible que, en consecuencia, los derechos de los particulares van a ser aquellos emanados de una concesión. Ambos conceptos de Derecho Público, configuran, aunque con matices especiales, el régimen constitucional de dominio público minero en nuestro país. En este sentido, se ha señalado que el informe técnico citado no aclara cuál es el dominio principal y cuál es el subsidiario, y ante la imposibilidad de concluir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional que el dominio principal radica en los particulares, «debemos forzosamente concluir que el dominio subsidiario del Estado no pasa de ser una figura literaria y que la tesis del dominio subsidiario del Estado no aclara la naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas en el régimen de la Constitución de 1980».⁵¹ En suma, pensamos que interpretaciones como la descrita en el informe técnico referido desvirtúan la naturaleza pública del dominio del Estado sobre las minas establecido en la Constitución de 1980.

Como consecuencia del carácter de dominio público del Estado sobre las minas establecido en el inciso 6° del N° 19 del artículo 24 de la Constitución de Política de 1980, el inciso 7° de dicha disposición constitucional indica que el acto en virtud del cual se otorgan los derechos mineros a los particulares es la concesión, que crea y radica en ellos, derechos de que antes carecían. Dicho precepto señala que corresponde a la ley, de carácter orgánica constitucional, determinar sobre cuáles sustancias se pueden otorgar concesiones de exploración o de explotación, señalar su duración temporal, establecer los derechos que conferirán y las obligaciones que impondrán, y el régimen de amparo al que estarán sometidas, el cual deberá tender a obtener el cumplimiento de la obligación del titular de la concesión relativa a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento.

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustan-

⁴⁹ Piñera E., José: «Fundamentos de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras», Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pág. 37.

⁵⁰ Piñera E., José: Ob. cit., págs. 35-38.

⁵¹ Precht Pizarro, Jorge: «Crítica de las Interpretaciones de la Constitución de 1980 en lo referente al Dominio del Estado sobre las Minas y la Concesión Minera», en Gaceta Jurídica N° 42, diciembre de 1983, págs. 4-5.

cias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación (Inciso 10º, Nº 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).

Con fecha 21 de enero de 1982 fue promulgada la Ley Nº 18.097, orgánica constitucional sobre concesiones mineras. Por otra parte, el 26 de septiembre de 1983 fue promulgado el Código de Minería (publicado en el Diario Oficial Nº 31.694, el 14 de octubre de 1984).

Al analizar la naturaleza de los derechos mineros de los particulares de acuerdo con la actual normativa a nivel constitucional, orgánico constitucional y simplemente legal, constatamos que, como consecuencia del dominio público que la Constitución atribuye al Estado sobre las minas, los derechos que la Carta Fundamental reconoce a los particulares sobre éstas se expresan a través de una concesión (Incisos 6º y 7º, Nº 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).

Cabe destacar que desde la época de vigencia de las Ordenanzas de Minería de Nueva España hasta la actual Constitución Política, la legislación minera en nuestro país ha configurado los derechos de los particulares sobre las minas en la forma de una concesión.

Para Otto Mayer la concesión es un acto jurídico de Derecho Público, en virtud del cual se crean derechos y deberes, se configura como un acto administrativo cuyo contenido consiste en que por él se dé al súbdito un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública, constituyendo un elemento de la esencia de la concesión la creación de derechos públicos subjetivos.⁵²

La legislación actual ha dado a las concesiones mineras las siguientes características:

- Su origen constitucional. Las concesiones mineras están consagradas en la Constitución Política del Estado desde la dictación de la ley Nº 17.450, de 16 de Julio de 1971, y actualmente en los incisos 7º y siguientes, Nº 24, del artículo 19 de la Constitución Política de 1980).
- La Constitución entrega la regulación de algunos aspectos esenciales de las concesiones mineras a una ley de carácter orgánica constitucional, para darles de este modo una mayor estabilidad. (Inciso 7º, Nº 24, artículo 19 de la Constitución Política de 1980).

⁵² (Otto Mayer: «Derecho Administrativo Alemán», -trad. esp., Buenos Aires, Edit. De Palma, 1951, p. 162 y 245, Idem Vergara Blanco, Alejandro: «Principios y Sistema del Derecho Minero. Estudio Histórico- Dogmático», Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 270).

- El interés público que fundamenta su otorgamiento. En efecto, la Constitución establece en el inciso 7º, N° 24, del artículo 19, que «las concesiones mineras obligan al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento». De este modo se impone a los concesionarios la obligación de explorar o de explotar, según el caso, y se agrega que el régimen de amparo deberá tender directa o indirectamente al cumplimiento de esta obligación.
- El carácter judicial de su otorgamiento. Las concesiones mineras se constituyen en virtud de resolución judicial, quitándole así toda ingerencia al poder administrativo en su constitución. (Inciso 7º, N° 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).
- La irretroactividad de las causales de caducidad y extinción del dominio del titular de la concesión. En efecto, en el inciso 7º, N° 24, del artículo 19, la Constitución establece que las causales de caducidad que la ley contemple para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión deben estar establecidas al momento de otorgarse ésta.
- La competencia judicial en materia de declaración de extinción de las concesiones mineras y respecto de las controversias relativas a su caducidad o extinción del dominio sobre ellas. Esta característica reafirma la configuración especial de las concesiones mineras en nuestro país, por cuanto se excluye absolutamente la competencia de la autoridad administrativa para ponerles término. (Inciso 8º, N° 24, artículo 19, Constitución Política de 1980).

Para precisar la naturaleza y alcance de los derechos que la concesión minera otorga a los particulares, señalaremos las siguientes características legales de estos derechos:

- Son derechos reales (derechos reales administrativos), que el Estado otorga a los titulares de las concesiones para explotar las sustancias mineras, para disponer libremente de ellas, y que se ejercen sin respecto a determinada persona, siendo oponibles incluso al Estado. (Artículo 2º, ley N° 18.097);
- Son derechos inmuebles, por cuanto recaen, se poseen y se ejercen sobre un bien inmueble, y que se rigen por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, con la sola salvedad de las disposiciones de la ley orgánica constitucional y del Código de Minería. (Artículo 2º, ley N° 18.097);
- Son derechos que se poseen en forma independiente y distinta al dominio del suelo superficial, aunque ambos tengan un mismo dueño. (Artículo 2º, ley N° 18.097);
- Son derechos susceptibles de transferencia por acto entre vivos y de transmisión por causa de muerte. (Artículo 2º, ley N° 18.097);
- Son derechos susceptibles de hipoteca y de cualquier otro derecho real y en general de cualquier otro acto o contrato civil o mercantil, (artículo 2º, Ley N° 18.097);

- El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional del N° 24, artículo 19, de la Constitución Política actual);
- En el caso de la concesión minera de explotación, el titular tiene respecto de ella un derecho de duración indefinida. La concesión minera de exploración, en cambio, no puede durar más de cuatro años (Artículo 17, Ley N° 18.097).

Finalmente, cabe destacar que la doctrina se ha inclinado por caracterizar los derechos mineros de los particulares como derechos reales administrativos, es decir, como «aquellos derechos que, nacidos de una concesión, tienen por objeto una dependencia del dominio público».⁵³ En este sentido, los derechos mineros reúnen las siguientes características:

- a) Son derechos subjetivos públicos;
- b) Son derechos reales administrativos. Concretamente, los derechos mineros constituyen una clase especial de derechos reales administrativos, denominados «derechos de aprovechamiento minero»;
- c) Tienen por objeto un bien de dominio público;
- d) Nacen de una concesión.⁵⁴

La ley 18.097, en su artículo 2°, caracteriza a las concesiones mineras como derechos reales incurriendo en una confusión en cuanto a la naturaleza jurídica de ambos institutos. Frente a ello es preciso insistir en que la concesión es un acto administrativo que sirve de título, de instrumento para la creación de un derecho real. De manera que no cabe confundir los términos *concesión* y *derecho real*. En efecto, la concesión es el acto por el cual se crea el derecho real, de modo que constituyen los efectos de las concesiones mineras, esto es, los derechos y obligaciones que para los particulares surgen de aquéllas.⁵⁵

En consecuencia, siguiendo en este punto a A. Vergara B., estimamos que, efectivamente, el Derecho Minero se yergue como una disciplina autónoma en la medida en que se encuentra informada por principios propios que la configuran y distinguen, a saber: dominio público minero, procedimiento concesional minero, derechos de aprovechamiento minero, e intervención administrativa minera.⁵⁶

⁵³ Vergara B., A: ob. cit., p. 328.

⁵⁴ Vergara B., A: ob. cit., p. 328.

⁵⁵ Vergara B., A: ob. cit., p. 330 y 337.

⁵⁶ Vergara B., A.: ob. cit., p. 405.

II.

DOMINIO PÚBLICO HÍDRICO.

1. DOMINIO PÚBLICO: AGUAS TERRESTRES.

El dominio público hídrico en la Constitución es un sistema de recepción implícita ya que el inciso final del N° 24 del art. 19 CPR reconoce la propiedad sobre los «derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos o constituidos en conformidad a la ley», por lo que las aguas terrestres son bienes dominicales cuyo uso especial, disfrute y provecho lo otorga el Estado por vía concesional usualmente.

Al abordar este Capítulo, es pertinente de modo preliminar tener presente que, de conformidad con el Código Civil, las cosas o bienes pueden pertenecer a diversas categorías:

- a) En primer lugar, están las cosas comunes o que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y que, por tanto, escapan al dominio de los particulares y el Estado.
- b) En segundo término, están las res nullius, es decir, las cosas que no pertenecen a nadie y que no son susceptibles de ocupación.
- c) En tercer lugar están los bienes susceptibles de propiedad privada.
- d) Finalmente, se encuentran los bienes nacionales.⁵⁷

Los bienes nacionales son, de acuerdo con el inciso primero del artículo 589 del Código Civil, «aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda» y «si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de las calles, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman **bienes nacionales de uso público**», según lo que agrega el inciso segundo de la misma regla. El inciso final del artículo 589 declara que «los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales».

En cuanto a los caracteres de los bienes nacionales de uso público, y en su condición de tales, las **aguas terrestres** participan de las notas rectoras de los bienes nacionales de uso público, es decir, **son imprescriptibles, inenajenables, inembargables y no susceptibles de hipotecas y otros gravámenes propios del derecho común**, tal como lo han reconocido la jurisprudencia y la doctrina nacional y se explicará más adelante. Las normas a que están sometidos corresponden, en tal virtud, a la esfera del Derecho Público.⁵⁸

⁵⁷ Alessandri R. A. y Somarriva U. M.: «Curso de Derecho Civil. De los Bienes» Edit, Nascimento, 1957, Pág. 102 y ss.

⁵⁸ Garrido Falla F.: «Tratado de Derecho Administrativo», Edit. CEC., Madrid 1986, Vol. II, Pág. 493.

Se discute si estos bienes son, en estricto rigor, susceptibles de un derecho de dominio por parte del Estado, a diferencia de los bienes fiscales o patrimoniales cuyo uso no pertenece a la nación toda. Para algunos iuspublicistas ellos solamente son administrados por el Estado, a través de los distintos organismos encargados de esta función, que comprende su tuición, cuidado y la facultad de otorgar las concesiones y permisos de que pueden ser objeto estos bienes, a despecho que su uso corresponda generalmente a todos los habitantes y que se rigen por disposiciones propias del Derecho Público, aún cuando los concesionarios adquieran un derecho de índole pecuniaria en su explotación.

La idea que respecto de los bienes nacionales de uso público, no existe dominio sino potestades de administración de parte del Estado, es sostenida, entre otros, autores nacionales por el mismo Enrique Silva Cimma⁵⁹, rebatiendo la teoría de la propiedad pública sobre esos bienes, que sustentó Jorge Reyes Riveros.⁶⁰

Para otros tratadistas en una orientación mayoritaria, entre el Estado y esos bienes existe lo que se conoce como «**dominio público**», concepto propio de la dogmática francesa, pero que universaliza el administrativista germano Otto Mayer; y que constituye una categoría relacional especial y característica de Derecho Público. La forma usual para entender la relación entre un bien y la Administración ha sido el derecho de propiedad. En este concepto, el vínculo que se produce entre el Estado y los bienes que posee, es, así, la propiedad. Mayer señala que para hablar de dominio público («cosas públicas») se requiere de una persona moral de Derecho Público, idea reconducida al Estado, superando la vieja doctrina de la doble personalidad jurídica del Estado, y aceptar que ésta nueva categoría pertenece al Derecho Administrativo moderno; aunque el maestro germano reconoce antecedentes romanistas citando a Mommsen, de suerte que tal dominio sería manifestación final de un poder soberano, y por tanto colocada en el ámbito del Derecho Público.⁶¹

En la doctrina publicística francesa decimonónica la categoría de dominio público («*domaine public*») está plenamente consolidada. Así los tratadistas L. Cabantous y J. Liégeois estructuran el dominio nacional en dos formas o modos: el dominio público y el dominio del Estado propiamente dicho, distingo construido a partir del Code de Napoleón. El dominio público es la reunión de bienes del Estado, que están afectados a un servicio público, que no son susceptibles de propiedad exclusiva y privada; y comprende dos tipos de bienes los que

⁵⁹ Enrique Silva Cimma: «Derecho Administrativo Chileno y Comparado» y Ariel González Vergara («La concesión, acto administrativo creador de derechos»; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, pág. 100 y siguientes).

⁶⁰ Jorge Reyes Riveros: en su tesis de licenciado sobre «Naturaleza Jurídica del Permiso y la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público», (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960).

⁶¹ O. Mayer: «Derecho Administrativo Alemán», 4 vol., Edit. Depalma, Buenos Aires, Tomo III, 1951, pág. 92 y ss.

«por su naturaleza» no pueden ser comerciables y los que «por su destinación» no pueden ser comerciables. En suma el dominio público como propiedad de Derecho Público está referida a bienes inkomerciables, inalienables e imprescriptibles según lo disponen los artículos 1.598 y 2.226 del Code.⁶²

De acuerdo con esta doctrina del dominio público, todas las posibilidades de calificación jurídica de la relación primaria titular-bien deben conducirse a través de la noción de propiedad. De ahí que la titularidad de los bienes pasa a ser sinónima de propiedad y su influencia es tan plena que se la instituye como un supraconcepto, con vigencia en todo el orden jurídico y, por supuesto, sobre la relación entre el Estado y sus bienes.⁶³

Con todo, esta teoría ha sido cuestionada, porque **no puede comprender ciertas particularidades específicas del dominio público, que no se avienen con el derecho de propiedad:**

- a) En primer lugar, el derecho de propiedad, concebido como la suma de una serie de facultades susceptibles de ejercitarse respecto de un bien, no condice con la relación del Estado con sus bienes, ya que en ella, como dice un autor, «la facultad de disposición queda absorbida, eclipsada por el uso..... específicamente determinado por la afectación».⁶⁴
- b) Por otro lado, y en consonancia con lo anterior, los poderes que entrega el dominio que son consustanciales a él, como los de transformar la cosa, aprovecharla, gravarla, transmitirla, destruirla, abandonarla, etc., no son aplicables a la Administración. Esta no cuenta con esas facultades y ellas no armonizan con la utilización de los bienes públicos dirigida a satisfacer los «intereses generales». ⁶⁵ Esta teoría, descendiente del Derecho Romano del dominio sin límites, ha sido concebida para un titular distinto del Estado de Derecho moderno, que no goza arbitraria y singularmente de los bienes, sino postula a distribuirlos o Administrar su uso con equidad.

La segunda manera de entender el dominio público y el rol que juega el Estado, lo vincula con la «afectación» (Hauriou) de los bienes, más que con su naturaleza (Ducroq y Berthelemy). Lo que define al denominado «demanio» o «dominio» (entendiendo por tal el «conjunto de bienes, sometido a un régimen jurídico definido y vinculado, con una vinculación real, a una

⁶² «Repetitions Ecrites sur le Droit Administratif», Librairie A. Marescq Ainé, 1882. Pág. 570 y ss.

⁶³ Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio; «Dominio Público», Ed. Trivium, Madrid, 1992, p. 19 y 20; Vergara Blanco, Alejandro: «La Teoría del Dominio Público. El estado de la cuestión», Revista de Derecho Público, Vol. I, N° 114, Madrid, Enero-Marzo, 1989, p. 32 y ss.

⁶⁴ Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio; Ob. cit., p. 33.

⁶⁵ Parejo Gamir, Roberto y Rodríguez Olivier, José M^a; «Lecciones de Dominio Público», Ed. ICAI, Madrid, 1975, p. 6.

finalidad precisa», ⁶⁶ no es la naturaleza de los bienes sometidos o vinculados al poder del Estado o ni siquiera que se hallen vinculados a la «propiedad» del Estado o la Nación, por más sean distintos los bienes comunes y los bienes públicos, sino **su destinación a una finalidad especial y que es lo que denomina «afectación»**.

En tal virtud, las dependencias del dominio público están sometidas a un régimen jurídico diverso esencialmente a la propiedad y que se caracteriza por notas diversas.

El punto clave en esta concepción es la **«afectación»**, esto es, la decisión de autoridad de destinar un bien a las finalidades peculiares del demanio e integrarlo, en consecuencia, al mismo; sus finalidades serán el uso general o común, el uso público, la defensa, el fomento de la riqueza nacional o cualquier otro fin determinado «ex lege».⁶⁷

La vinculación de los bienes no se efectúa a partir de la propiedad, sino desde la concepción de que la atribución del demanio a la Administración se realiza aprovechando las características propias de ésta como aglutinadora de potestades. **En este sentido, la relación se forma porque el Estado debe cumplir con objetivos e imperativos y satisfacer necesidades públicas o generales.** Para ello requiere contar con un cierto número de bienes o, en el caso de los bienes nacionales de uso público, debe disciplinar las conductas de las personas que los utilizan. Como dice Villar Palasí, si el Estado incorpora dominios a su acervo, no lo hace con el propósito de incrementar el patrimonio fiscal, sino de sustraerlo del ámbito del dominio privado, sometiéndolos al poder y no al dominio de la Administración.⁶⁸ Y esta enunciación no es, en modo alguno, irrelevante, ya que el Estado debe ejercer la titularidad de los bienes públicos o defender el acceso a los bienes comunes, no como «titular» de bienes sino, porque cumple con una «función pública».

El administrativista F. Garrido Falla, siguiendo a M. Ballbé, señala como elementos del dominio público: **un elemento subjetivo** que concierne a las entidades de Derecho Público que son titulares del dominio; **un elemento objetivo** que concierne a las cosas públicas susceptibles de dominio público; **un elemento teleológico** que concierne a la afectación de bienes como criterio necesario, pero no suficiente del dominio público, y **un elemento normativo** que se refiere al régimen jurídico especial del dominio público, que tiene como notas relevantes: **a)** inenajenabilidad (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad), **b)** publicidad posesoria; **c)** facultad de deslinde; **d)** facultad de recuperación de oficio; y **e)** potestad sancionadora.⁶⁹

⁶⁶ Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio; Ob. cit., p. 32.

⁶⁷ Parejo Gamir, R. y Rodríguez Olivier, José María; Ob. cit., p. 19.

⁶⁸ Vergara Blanco, Alejandro; Ob. cit. p. 49.

⁶⁹ Ob. cit., idem M. S. Marienhoff.

En relación con lo antes señalado, cabe señalar los caracteres distintivos del dominio público y que lo hacen incompatible con la noción de propiedad privada:

- a) En primer lugar, como se ha apuntado, el dominio público se define porque la **titularidad es atribuida usualmente a la Administración**. La vinculación no corresponde a los parámetros de la propiedad, sino que consiste en una «atracción» de los bienes a la esfera de organización y potestades inherentes a la Administración.
- b) En segundo término, el demanio es **«indisponible»**, es decir, se impide como imposible ab initio que los bienes integrados en el dominio público puedan convertirse en objeto de la autonomía de la libertad en el campo contractual. Se fundamenta esta prohibición en la ya referida conexión existente entre la cosa y las finalidades o destinos a los cuales sirve, que es tan intensa que éstas no son posibles sin aquél.
- c) En un tercer plano, el dominio público es **inalienable**, ya que existe una prohibición absoluta y total de enajenar una pertenencia del mismo, abarcando tal interdicción todos los actos que pretendan ese resultado. En este sentido, la inalienabilidad se confunde, en términos gruesos, con la indisponibilidad por tener un fundamento común.⁷⁰
- d) Finalmente, el demanio es **imprescriptible**, lo que significa que los bienes demaniales no pueden ser adquiridos por el transcurso del tiempo utilizando las reglas de la prescripción adquisitiva, ni el Estado puede correlativamente perderlos por esta vía.

Aunque el Código Civil Chileno no recoge explícitamente la expresión **«dominio público»**, en nuestro ordenamiento jurídico hay elementos suficientes que acercan las consideraciones expuestas en torno a los bienes pertenecientes al dominio público a los bienes llamados **«nacionales de uso público»**. Para ello, es dable mencionar los siguientes elementos de juicio:

- Los bienes nacionales de uso público presentan los caracteres distintivos de los bienes del dominio público.
- Entre otros, las aguas terrestres reguladas por el Código de Aguas son bienes nacionales de uso público y asumen esa condición.

Los bienes nacionales de uso público poseen características peculiares que los hacen diferentes a los bienes de dominio privado o a los bienes fiscales. Algunas de ellas son:

- a) El dominio pertenece a la Nación toda, lo que es compartido por los bienes fiscales (Rozas Vial, Fernando; «Los Bienes», Ed. Universitaria, 1985, p. 76).
- b) **Nadie puede disponer de ellos**, ni gravarlos, a menos que hayan sido desafectados

⁷⁰ Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio; Ob. cit., p. 88 y ss.

de su fin público. Los bienes inmuebles de uso público pueden desafectarse, por razones fundadas, por medio de un decreto firmado por los Ministros de Bienes Nacionales y de Vivienda y Urbanismo u Obras Públicas, según corresponda (artículo 64 inciso 2º D.L. 1939).

- c) **Su uso corresponde en forma general y continua a todos los habitantes de la República**, lo que se desprenda del propio artículo 589 del Código Civil. El uso dice relación con la facultad inherente al derecho real de dominio, según la cual su titular puede servirse de la cosa de acuerdo a su naturaleza.⁷¹ En «Cisternas Ulloa, Alejandro con Servicio Nacional de Obras Sanitarias y/o Municipalidad de Puerto Montt y/o Servicio Regional de Vivienda y Urbanismo X Región, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Recurso de Protección, 6 de noviembre de 1987, confirmado por la Corte Suprema el 26.11.87, Rol Nº 11.599, RDJ, T. 84, 1987, Secc. 5ª, p. 318, considerando 10º, se dice que los bienes nacionales de uso público «son usados indistintamente por todos los habitantes, sin que puedan atribuirse los beneficios que ellos reportan a nadie en particular, sino a toda la comunidad». Ello guarda relación con el interés público envuelto en todo bien perteneciente al «dominio público».
- d) **Están fuera del comercio humano**. A pesar de que no existe una norma expresa que les atribuya este carácter, hay un número de disposiciones de las cuales se desprende inequívocamente tal calidad. Así, los artículos 1105, 1464 Nº 1, 1810 y 2498 del Código Civil, marcan el rumbo de esta doctrina. Además, existe jurisprudencia que así lo ha declarado (C.S. RDJ. T. 36, 1939, secc. 1ª, p. 52).
- e) **Los bienes nacionales de uso público permiten su utilización privada**. El artículo 598 del Código Civil autoriza el uso y goce de ellos para objetos lícitos de los particulares, sujetándose a las disposiciones del Código y a las ordenanzas generales y locales sobre la materia. Verbigratia el artículo 599 posibilita la construcción en ellos con permiso de la autoridad competente» y el artículo 602 explicita que el «permiso de la autoridad competente» para construir en los bienes nacionales de uso público da el uso y el goce de las obras pero no la propiedad del suelo, a menos que ésta sea expresamente concedida por el Estado. Con todo, el uso especial de bienes dominicales se confiere mediante concesión administrativa, punto al que nos referimos en el Capítulo 2 de este apartado.

A mayor abundamiento **la categoría de dominio público tiene soporte constitucional, sea explícito como ocurre con el dominio público minero o implícito como ocurre con el dominio público de aguas terrestres, y consagra como nota axial de los bienes dominica-**

⁷¹ Alessandri R., Arturo y Somarriva U., Manuel; «Curso de Derecho Civil», T. II, Ed. Nascimento, p. 234.

les la inapropiabilidad (art. 19 N° 23 de la Constitución Política de la República), es decir in comerciabilidad, inajenabilidad e imprescriptibilidad de este tipo de bienes, y por cierto su reserva legal (art. 60 N°10 C.P.R.).

Las actividades de uso especial y cualificado del demanio (utilización privada) se configuran sobre la base de concesiones y permisos, acerca de los cuales la doctrina nacional ha debatido si se trata de fuente de genuinos derechos reales,⁷² o si son derechos de naturaleza sui generis, ya que los derechos reales son contrarios a la naturaleza de los bienes nacionales de uso público.⁷³

2. CONCESIÓN: DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.

Aunque en un principio se sostuvo que la concesión se produce en virtud de una suerte de contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, especialmente en atención al precio o tarifa que éste último debe generalmente pagar por ese concepto, actualmente la mayoría de los autores postula que se trata de un acto unilateral y potestativo de la autoridad pública que no posee origen ni naturaleza convencionales.⁷⁴

La concesión es, por otra parte, un acto creador de derechos para el concesionario, sea que se trate de concesiones traslativas o constitutivas, según en ellas exista o no traspaso de poderes propios del concedente o éstos nazcan precisamente para el particular en virtud de la concesión, sin que la autoridad se desprenda de facultad alguna.

Un administrativista clásico como Mayer define la concesión como un acto administrativo cuyo contenido es que «por él se dé al súbdito un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración pública»;⁷⁵ siendo una modalidad de ésta la concesión de un «derecho de uso especial sobre una cosa pública». Es de la esencia de la concesión sobre bienes o «cosas públicas» crear un «derecho público subjetivo» (Mayer), que es la posesión de la parte de la

⁷² Urrutia, Leopoldo; «Carácter y Extensión del Derecho de Uso que se tiene en Bienes Nacionales de Uso Público», RDJ., año XII, N° 7, septiembre de 1915, p. 146; Alessandri R., Arturo y Somarriva U., Manuel; Ob. cit., p. 214; Vergara Blanco, Alejandro; «Los Derechos Reales Administrativos. Un tipo de Derecho Público subjetivo, necesidad del reconocimiento en Chile», XX Jornadas de Derecho Público, Edeval, Tomo II, 1990, p. 491 y ss.

⁷³ Claro Solar, Luis; Ob. cit., p. 241 y Silva Cimma.

⁷⁴ Entre otros, Guido Zanobini «Curso de Derecho Administrativo», Tomo I, pág. 301; Librería Editorial Depalma, Buenos Aires, 1954. Manuel María Díez «El Acto Administrativo», pág. 96, Tipográfica Editorial; Buenos Aires, 1961), Ariel González Obra citada pág. 125 y siguientes y Enrique Silva C. (Obra citada pág. 254 y siguientes). Por otra parte, la doctrina francesa actual se inclina por una posición intermedia en cuanto a las concesiones (acto unilateral-contrato), en especial en las concesiones de servicios (Ducos y Auby-Ader, Rivero).

⁷⁵ Ob. cit. pág. 245.

cosa pública con el fin de hacer uso de ella conforme a la concesión.

El tratadista Miguel S. Marienhoff señala que el uso especial, al contrario de lo que ocurre con el uso común, como es el caso de la concesión dominical o demanial, «no tiene por objeto principal e inmediato satisfacer necesidades físicas indispensables para la vida misma ni permitir el desarrollo de la personalidad humana con referencia al ámbito de la libertad, sino aumentar la esfera de acción y el poderío económico del individuo».⁷⁶ Tal uso especial tiene su origen en un «acto expreso del Estado», como son permiso y concesión; pero para que se pueda hablar de concesión, y no de un mero permiso, es necesario que el acto pertinente tenga por objeto crear un «derecho subjetivo sobre la dependencia dominical a favor de la persona a cuyo nombre aparece otorgado el acto».⁷⁷ La regla en las concesiones de uso es que no son traslativas de dominio, no confieren dominio o propiedad sobre el bien dominical en que recae la concesión.

Con esta naturaleza, las concesiones tienen, en general, las siguientes características que les atribuye la doctrina y que son aplicables a las que recaen sobre los bienes nacionales de uso público que forman parte de dominio público de aguas terrestres: aparte de nacer de un acto unilateral del poder público y generar derechos, en ellas la Administración siempre se reserva implícitamente el ejercicio de ciertas facultades: de reglamentación, modificación, fiscalización, sanción e incluso de sustitución del concesionario. Las concesiones son, además, generalmente precarias y temporales, en la medida que pueden extinguirse en cualquier momento por decisión de la autoridad y, en todo caso, están sujetas a plazos en su duración, sin perjuicio de la posibilidad de renovarse.

En doctrina existen dudas acerca de la calificación jurídica del derecho de aprovechamiento de aguas terrestres que nace de un acto administrativo de tipo concesional.

La vieja doctrina del Derecho administrativo reconocía que las leyes tienden a favorecer el aprovechamiento económico de las aguas de dominio público (F. Fleiner), con la limitante de que tal aprovechamiento no debe resultar perjudicial o anular su uso público.⁷⁸ Fleiner junto con reconocer la potestad de policía de las aguas de dominio público, reconoce entidad a los «derechos de aprovechamientos especiales sobre cosas de uso público», entidad derivada de las antiguas iura regalia o simplemente de leyes de dominio público. «El derecho especial -concluye Fleiner- se otorga por la autoridad a cuyo cargo se haya la policía de uso público, mediante un acto administrativo unilateral de soberanía» Tal derecho de aprovechamiento

⁷⁶ «Tratado del Dominio Público», Edit TEA, Buenos Aires, 1960, pág. 319.

⁷⁷ obs. cit. pág. 345.

⁷⁸ «Instituciones de Derecho Administrativo», Edit. Labor S.A., Barcelona, 1933, Pág. 299) (P. 304-305).

para Fleiner es una verdadera concesión que confiere al particular un derecho público subjetivo, sujeto a plazo sobre la cosa pública, sin que origine derecho real.

Un paso en adelante para explicar la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de aguas es la **doctrina de los derechos reales administrativos** variante de la doctrina de los derechos públicos subjetivos, brillantemente expuesta por el administrativista clásico francés M. Hauriou.⁷⁹ Ciertamente, no es este el lugar para verificar una completa exposición de esta teoría, sólo una descripción sumaria acerca de su adecuación científica para definir la naturaleza del derecho de aprovechamiento que nace del acto concesional de autoridad: la Dirección General de Aguas, en nuestro ordenamiento, omitiendo en este apartado los alcances de la garantía constitucional del derecho de propiedad del inciso final del N° 24 del art. 19 de la Constitución Política de la República.

Los derechos reales administrativos pueden ser para Garrido Falla **derechos reales de la Administración** de carácter administrativo (dominio público, servidumbres a favor del dominio público, tanteos y retractos administrativos) y de carácter civil (dominio patrimonial de la Administración, servidumbres a favor del dominio patrimonial, tanteos y retractos), y también, **derechos reales administrativos de los particulares** (concesiones sobre dominio público, tanteos y retractos).⁸⁰

Este concepto de **derechos reales administrativos**, en particular los derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público, tienen en su estructura conceptual los elementos siguientes: **a) derecho subjetivo** poder jurídico concreto reconocido a un sujeto, con un doble valor de la titularidad: poder sobre una situación jurídica (facultad de disposición) y por ser lícitos sus actos dentro de la esfera concedida (ámbito de lo lícito); lo que permite diferenciar el derecho subjetivo que confiere un uso o goce especial exclusivo del bien nacional de uso público del uso ordinario o común por parte de los administrados; **b) derecho real**, ius in rem referido a «cosas» (bienes corporales), lo que permite excluir de esta categoría los derechos subjetivos frente a la Administración; **c) sobre un bien de dominio público**, incluyéndose dentro de esta categoría a los bienes nacionales de uso público.⁸¹

Los derechos reales administrativos tienen su origen en ley, concesión administrativa y prescripción (González Pérez), teniendo especial importancia la **concesión administrativa**,

⁷⁹ M. Hauriou. «Notes d' arrêts sur décisions du Conseil d' Etat et du Tribunal de Conflicts, publiés en Recueil Sirey de 1892 à 1929», Sirey, Paris, 1929, Vol. III, pág. 280-281.

⁸⁰ Ob. cit. pág. 482-483.

⁸¹ Jesús González Pérez: «Los derechos reales administrativos», Edit. Civitas S.A., 2ª ed., Madrid, 1989, p. 33-36.

ya que es el acto de Derecho Público de que se sirve la Administración del Estado para transferir un «poder» jurídico, en la especie sobre aguas terrestres, siendo posible distinguir entre el acto genético (concesión) del órgano administrativo competente (Dirección General de Aguas) y su contenido: el derecho real administrativo o derecho de aprovechamiento. El derecho real administrativo que ha nacido al mundo del Derecho se incorpora al comercio jurídico, en la especie a un verdadero mercado de derechos de aprovechamiento de aguas. Del acto concesional que autoriza un «uso especial» nace un «derecho perfecto, patrimonial» (Marienhoff), un derecho público subjetivo del concesionario que integra el concepto de propiedad (ob. cit. 360-362).

Para cerrar esta referencia a la naturaleza jurídica de los derechos públicos subjetivos, cuando tienen su origen en acto concesionales de bienes dominicales, un matiz diverso a la debatida doctrina de los derechos reales administrativos, es la formulación del administrativista español Eduardo García de Enterría, quien define estos derechos como «derechos privados de explotación de una actividad mediante la técnica concesional»; concepción aplicada a las minas y aguas. En este orden de ideas la atribución de derechos es una forma de delimitación administrativa de derechos privados propia de las intervenciones administrativas; caso en el cual la libertad económica es sustituida por la concesión administrativa, que configura derechos para los administrados-concesionarios.⁸²

Finalmente, cabe agregar que la definición de las aguas terrestres como bienes dominicales se remonta a la reforma constitucional de 1967, que dispuso en lo atinente: art. 10 N° 10 «La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular...».⁸³ En virtud de la reforma constitucional de 1967 la Ley N° 16.640 de Reforma Agraria declaró que todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público (artículo 94) y para el sólo efecto de incorporarlas al dominio público dispuso la utilidad pública de tal recurso, y expropió todas las aguas que a la fecha de vigencia de esa ley eran de dominio particular, disponiendo además que sus dueños continuarían usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento (artículo 95). A este respecto el Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución señala: «Con anterioridad a este régimen estaban vigentes las disposiciones del Código Civil y del Código de Aguas primitivo, que reconocían al propietario un verdadero derecho real de aprovechamiento que se inscribía en el Registro de Propiedad de aguas del Conservador de Bienes Raíces y que tenía las características del dominio. Además las aguas que nacían y morían en una misma heredad y los lagos

⁸² «Curso de Derecho Administrativo» edit. Civitas S.A, Madrid, 1992, vol. II, pag.148-150.

⁸³ E. Evans de la Cuadra: «Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile» Edit. Jurídica, Stgo. 1967, pág. 376 y ss..

navegables por buques de menos de 100 toneladas eran de dominio privado, con lo cual los embalses que se construían dentro de un predio pasaban también a tener este carácter».⁸⁴

El actual Código de Aguas, anclado en un regla constitucional implícita, declara que las aguas terrestres son bienes dominicales, asigna a éstas la calidad («afectación») de «bienes nacionales de uso público», es decir, dominio público a partir del cual se confiere a particulares un uso y goce especial mediante concesión acto genético del derecho de aprovechamiento de aguas (art. 5º).

III. CONCLUSIONES.

El tratamiento recogido en esta ponencia acerca del tema central Constitución y dominio público, con especial referencia al dominio público minero e hídrico, nos permite allegar a algunas conclusiones, a saber:

1. La Constitución opta por un sistema regalista o patrimonial o más propiamente denominado de dominio público para las minas y aguas terrestres. Fija para el dominio público minero las características de tal dominio especial como absoluto, exclusivo, inalienable, e imprescriptible de todas las minas; sin perjuicio de la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas dichas minas. Es un dominio de Derecho Público, no de Derecho Privado, que reconstruido dogmáticamente como dominio público, da cuenta del poder de imperio (soberanía) del Estado en su territorio.
2. El régimen concesional, en que la actividad estatal se verifica o por tribunales ordinarios de justicia (en la medida que pedimento y manifestación son procedimientos concesionales administrativos, y no jurisdiccionales) o por la Administración, es simplemente el régimen que permite el uso especial y disfrute de bienes dominicales o demaniales (exploración, explotación y disfrute), así como el provecho y apropiación privada de la riqueza minera.
3. El dominio público, merced del régimen concesional concede al titular de la concesión derechos reales administrativos, protegidos por la garantía constitucional de la propiedad.
4. Las concesiones (de sustancias concesibles y no concesibles) se someten a un régimen legal, que para la minería tiene reserva de ley orgánica constitucional y de ley ordinaria.

⁸⁴ «Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos», Edit. Jurídica, pág. 139.

Las concesiones mineras de sustancias concesibles tienen reserva legal orgánica, que permite regular derechos y obligaciones de las concesiones, interés público y régimen de caducidad y extinción del dominio sobre la concesión. La garantía constitucional extiende al régimen concesional las garantías de función social de la propiedad y de expropiación. Las concesiones de sustancias no concesibles permiten la exploración, explotación y beneficios de los yacimientos, sea con una habilitación constitucional de Estado Empresario o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación.

5. Particularmente esclarecedor acerca del alcance del dominio público minero tiene la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la ley orgánica del rubro que con motivo de la duración indefinida de las concesiones mineras sostuvo: «...por otra parte, el dominio del Estado sobre las minas no cambia por el hecho de que la concesión sea a plazo o de duración indefinida. La única alteración a los atributos del dominio, descrito en el inciso sexto, se efectúa por el otorgamiento de las concesiones mineras. Pero esta alteración, por estar consagrada en la propia Constitución, no corresponde objetarla»... «se afirma, para fundamentar la impugnación a la norma, que una concesión de explotación de duración indefinida, al extenderse hasta el posible agotamiento del mineral, equivaldría a transferir el dominio de la mina. Esto no es exacto, pues si bien la Constitución Política ha consagrado el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre las minas, al mismo tiempo ha establecido el sistema de concesiones sujetas a la obligación impuesta al dueño de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento y bajo un régimen de amparo con la consiguiente caducidad, todo lo cual indica claramente que la duración indefinida no implica, en caso alguno, transferencia por parte del Estado de su dominio sobre las respectivas minas»... «el hecho de que la concesión de explotación minera pueda tener una duración indefinida, no significa que ella carezca de término. El propio proyecto de ley señala causales de terminación como ser: la caducidad, la renuncia y la expropiación.» (STC Rol N°5 de 1981, cons 10°. 11ª y 12°).
6. En consecuencia, el dominio público con bases en la Constitución le confiere al Estado un dominio no virtual, teórico e incompleto, sobre bienes dominicales o demaniales, sino un dominio pleno que le confiere un amplio rango de títulos de intervención, con sujeción a legalidad. No cabe confundir entonces, el régimen concesional y la garantía constitucional de las concesiones mineras, con la pérdida o desaparición de la cláusula constitucional de dominio público.
7. Finalmente, el estudio sumario del origen histórico fidedigno de la cláusula dominio público minero del inciso sexto, N° 24, art. 19 C.P.R., debe ser hecha con extremo cuidado, ya que los órganos que colaboraron con el poder constituyente originario de la época

(CENC y Consejo de Estado) recepcionaron un sistema de «libertad de minas» con dominio eminente; en cambio, el real constituyente (Junta de Gobierno y su Grupo de Trabajo) recepcionó un sistema «regalista» o «patrimonial», o mejor dicho de dominio público. Luego sería una grave inconsistencia, por lo demás, contraria al principio de supremacía constitucional sostener que el legislador orgánico desdibujó o devaluó la cláusula constitucional de dominio público.

En suma, resulta necesario no incurrir en logomaquia jurídica o en yerros conceptuales para, en definitiva, establecer que la Constitución de modo explícito o implícito recepciona una cláusula de dominio público para las minas y aguas terrestres, respectivamente; reservando al legislador orgánico u ordinario, según sea el caso, el régimen concesional, es decir, el uso, disfrute y beneficio de los bienes dominicales o demaniales, todo con garantía constitucional de los derechos reales administrativos que surgen de tal régimen concesional. El marco constitucional admite plenamente, merced reserva legal establecer condiciones, obligaciones, amparo, limitaciones en tales regímenes concesionales, lo que es congruente con las finalidades de interés público comprometidos en el régimen concesional y con la garantía constitucional, en particular, con la garantía de la función social del derecho de propiedad.

Nuestro país, tiene un «destino minero» evocando la afirmación del profesor D. Carlos Ruiz B., por lo que éste tema exige ser abordado, sin ideologismos, con seriedad y en una perspectiva constitucionalmente adecuada.

