

# ANÁLISIS DEL SISTEMA DE AMPARO DE LA PROPIEDAD MINERA

*Carlos Claussen Calvo*

Abogado, candidato a Magister Derecho de Minería,  
U. de Atacama - U. de Chile

## I. INTRODUCCIÓN

1. El régimen de propiedad de las minas en nuestro país es y ha sido una excepción al tratamiento ordinario que sobre los demás bienes ha establecido el legislador.

Desde luego, numerosos e indesmentibles argumentos han llevado a que éste haya otorgado, invariablemente a lo largo de nuestra historia, la propiedad de las minas (o yacimientos) al Estado, a quien se ha considerado como el titular más adecuado para tal derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador ha reconocido asimismo a los particulares una especial manera de acceder a la actividad minera, por ser ellos los principales motores de su desarrollo. Esta es la "concesión" que el Estado les otorga, y que se denomina de igual manera "pertenencia" o "propiedad minera".

Así las cosas, el asunto que por antonomasia le corresponde abordar al derecho de minería es la conjugación del dominio estatal sobre las minas con las justificadas pretensiones de los particulares por participar en el área.

Sea cual fuere el sistema de propiedad adoptado por el legislador, esto es, que al concesionario minero se le considere dueño de la mina (adquirida del Estado) o de sólo los productos que de ella extraiga, lo cierto es que dicha "concesión" goza de características peculiares que la distinguen de los demás derechos.

Una de las características más propias y principales de la concesión es su "condicionalidad", consistente en que ésta se encuentra sujeta al cumplimiento de condiciones específicas, de carácter resolutorio, y que extinguen el derecho del minero en el evento de cumplirse.

La determinación de la forma y naturaleza de esta condición resolutoria ha conformado lo que en nuestro país, con acepción especial en el diccionario, se ha denominado sistema de amparo.

Una pertenencia se encontrará "amparada" mientras su titular cumpla con las exigencias impuestas en la ley y, por el contrario, estará "desamparada" cuando la condición resolutoria opere, producto de no haberse cumplido las mismas. El "desamparo" de una mina variará, por lo tanto, según el sistema de amparo que se haya establecido, sin perjuicio de lo cual en todos ellos la consecuencia será la misma: la caducidad.

"Ella consiste —al decir de Arturo Marín— en una forma de extinguir el dominio que está preestablecida por el legislador, o sea, que es una amenaza

que existe antes o al momento de adquirirse el derecho porque está incorporada al título adquisitivo por causas originarias”<sup>1</sup>.

Puede decirse, entonces, que amparo y caducidad no son más que caras de una misma medalla.

2. En cuanto a los sistemas de amparo, se ha dicho que éstos se reducen básicamente a dos: el sistema de amparo por el trabajo y el sistema de amparo por canon o patente anual. De la combinación de ambos surge el sistema mixto, como así también del sistema por el trabajo derivan diversas variedades (por número de trabajadores, por inversión mínima, por producción mínima, etc.).

La implementación de uno u otro dependerá exclusivamente de cuál sea el interés jurídico que pretenda asegurarse con mayor relevancia en un momento determinado. Si al legislador le interesa por sobre todo otorgar seguridad jurídica al minero o inversionista, establecerá un sistema de amparo basado en el pago de una patente o canon. Si, por el contrario, su interés se centra en la efectiva explotación de los yacimientos mineros, implantará un sistema de amparo basado en el trabajo, o en alguna de sus variantes. De esta suerte es fácil concluir que la instauración de cualesquiera de los sistemas de amparo señalados conlleva el detrimento, en alguna medida, de uno u otro interés jurídico. “Todos los sistemas de amparo —señala Juan Luis Ossa— imponen condiciones en alguna medida arbitrarias, no obstante que unos lo sean menos que otros”<sup>2</sup>.

“Por un lado se tiene el propósito y, más que eso, la decisión de proteger al minero y, por otro, está el propósito de dar a las instituciones de la minería la celeridad y el estímulo que precisan para el desarrollo efectivo de esta importante y fundamental industria de Chile”. “Ambas posiciones tienen muy buenos fundamentos, pero ambas también son peligrosas”<sup>3</sup>.

3. Con la dictación de la Constitución Política de 1980, los conceptos antes señalados se plasmaron definitivamente al más alto nivel, indicándose, en el art. 19 N° 24, inc. 7° que “La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo —señala— será establecido por dicha ley (Orgánica Constitucional), tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión”.

Así, el constituyente encomendó al legislador la determinación de los sistemas de amparo de la propiedad minera, otorgándole la más amplia facultad para decidir entre uno u otro.

En cumplimiento de tal mandato se dictó con fecha 21 de enero de 1982 la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras N° 18.097, la que en su art. 12 y siguientes establece derechamente el sistema de amparo por patente anual, continuando de este modo una tradición legislativa que data desde 1888.

Con posterioridad, el Código de Minería vino a determinar la forma y el monto de la patente así establecida, por expreso mandato y remisión de la Ley Orgánica.

<sup>1</sup> Arturo MARÍN V. “Propiedad Minera: Pasado y Presente”, Revista Centro de Estudios Públicos, N° 16, año 1984, página 180.

<sup>2</sup> Juan Luis OSSA BULNES, sesión 180, Comisión Constituyente, pág. 21.

<sup>3</sup> Jorge OVALLE QUIROZ, Comisión Constituyente, sesión 181, pág. 13.

La consagración legislativa inclinó de este modo definitivamente la balanza en favor de la "seguridad jurídica" del minero, en este ya tradicional conflicto de intereses públicos y privados.

4. Sin desconocer en modo alguno el éxito alcanzado en el desarrollo del objetivo antedicho, el presente trabajo pretende demostrar que el sistema adoptado no se ajusta al mandato constitucional y que, por demasía, presenta reparos de índole conceptual y práctico que hacen aconsejable su modificación.

En el desarrollo del presente informe se tratan tres diferentes aspectos. En primer lugar se realiza un estudio acerca de las consideraciones de hecho y de derecho que tuvo presente el legislador al establecer el actual sistema de amparo basado en la patente.

En segundo término, se realiza un análisis crítico del mismo, tanto desde un punto de vista estrictamente jurídico como también conceptual y práctico.

Finalmente, se intenta enunciar ciertas ideas que pudieran servir en el futuro como base de una modificación de la actual legislación.

## II. FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE AMPARO VICENTE

5. El sistema de amparo actualmente vigente en nuestra legislación consiste —como se dijo— en el pago anual y anticipado de una patente a beneficio fiscal, cuya forma y monto está determinado por el Código de Minería (art. 12, Ley 18.097).

A pesar que para ciertos autores el sistema adoptado es de aquellos que hemos denominado "mixtos", por el hecho que lo pagado por patente en una concesión de explotación se puede deducir del impuesto a la renta respectivo, lo cierto es que su naturaleza corresponde —en nuestro concepto— sólo a una variante del sistema puro de amparo por patente. Esto porque la deducción antedicha sólo incentiva de manera más intensa, pero en la misma forma "indirecta" que lo hace la aplicación pura y simple del canon o patente, sin exigir en modo alguno otra "actividad" que no sea aquélla.

Variadas razones indujeron al legislador a consagrar este sistema por sobre uno basado en el trabajo o sus variantes, y aún, sobre uno mixto.

Intentaremos describir y analizar someramente estas razones, a saber:

i) En primer lugar, la Ley Orgánica Constitucional fundó su decisión en la facultad que para ello le otorgó la Constitución Política, facultad amplia en lo que se refiere al establecimiento del sistema de amparo, limitada sólo en cuanto debe tender directa o indirectamente a que el titular de la concesión desarrolle la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento.

Al análisis gramatical del art. 19 N° 24, inc. séptimo, debe sumarse —sostienen— la historia fidedigna del establecimiento de las normas constitucionales.

En el seno de la comisión constituyente se dejó expresa constancia —observan los defensores del actual sistema— que "las palabras 'directa' o 'indirectamente' se justifican por el problema de la patente, pues ésta tiende, directa o indirectamente, a asegurar la función social"<sup>4</sup>.

Señalaba el comisionado Sr. Ruiz: "La patente —y de ello quiero dejar expreso testimonio— es un sistema que, indirectamente, tiende a esa actividad.

<sup>4</sup> Enrique EVANS DE LA CUADRA, Comisión Constituyente, sesión 182, pág. 4.

Lo que se quiere significar es una cosa: no es lícito el 'no hacer' en este tipo de propiedad. Es decir, puede que el dueño en algunas circunstancias esté obligado a 'no hacer', pero lo ideal es que 'haga', que trate de desarrollar la actividad' <sup>5</sup>.

"El señor Ortúzar (Presidente) señala que no cabe duda alguna que el legislador podrá establecer la patente, ya que constituye una de las formas de asegurar el cumplimiento de esa función" <sup>6</sup>.

En consecuencia, parece lógico y congruente que el legislador, teniendo amplia facultad para establecer el sistema de amparo de la propiedad minera, optara por la instauración del que, a su juicio, reuniera las mayores ventajas.

ii) La segunda razón que llevó al legislador a optar por el sistema vigente es de orden histórico.

Desde las Ordenanzas de nueva España hasta el Código de 1874, inclusive, se aplicó en nuestro país un sistema de amparo por el trabajo basado en la ocupación de un número mínimo de obreros durante un tiempo determinado en el año.

Este sistema fue duramente criticado por la inestabilidad e incertidumbre que llevó a la minería, pues su estructura se prestaba para originar múltiples dificultades.

"La seguridad en la inversión no podía existir ya que el corolario de tal sistema era el gran número de pleitos, muchas veces fundados en hechos falsos, por las que se pretendía obtener la caducidad de la propiedad arguyendo 'despueble', o sea, falta de trabajo del número mínimo de obreros y por el tiempo que fijaba la ley, todo lo que se probaba por testigos, por el medio en que hay menos certidumbre para el establecimiento de la verdad" <sup>7</sup>.

Como reacción al sistema por el trabajo se instauró el sistema de amparo por la patente, el cual ha venido rigiendo desde 1888.

"El cambio de sistema —el de amparo por el trabajo por el de amparo por la patente— se debió justamente... a la inseguridad que se produjo respecto del cumplimiento de las obligaciones de amparo por el trabajo" <sup>8</sup>.

El legislador —en consecuencia— no hizo más que recoger una tradición centenaria en nuestra legislación, estableciendo un sistema de amparo por patente, que si bien no es exactamente igual al sistema aplicado en dicho período, conservó sus líneas generales.

En general, el sistema de amparo por el trabajo es considerada una situación "superada" hace muchos años.

iii) En tercer lugar, la instauración legislativa del sistema de amparo obedece a lo que se estima una razón lógica: "Se ha resuelto así la discusión acerca de la mejor forma de optimizar el desarrollo del sector minero. En primer lugar, se descarta el amparo denominado 'por el trabajo', ya que implica imponer reglamentos de difícil determinación y control técnico, que importarían señalar idealmente particularidades para cada concesionario y para todas las variables en que éste se encuentre. Además, no se considera conveniente este sistema, ya que no satisface el interés público al obligar a mantener cons-

<sup>5</sup> Carlos RUIZ BOURGEOIS, Comisión Constituyente, sesión 181, pág. 3.

<sup>6</sup> Comisión Constituyente, sesión 182, pág. 4.

<sup>7</sup> Julio RUIZ BOURGEOIS, "Instituciones de Derecho de Minería Chileno", Editorial Nascimento, 1942, Santiago, Tomo I, pág. 376.

<sup>8</sup> Samuel LIRA OVALLE, Comisión Constituyente, sesión 181, pág. 6.

tantemente en operación un yacimiento, incluso en circunstancias económicas desfavorables”.

“Por último, el amparo por trabajo casi ineludiblemente implica un grado de discrecionalidad administrativa, lo que provoca inseguridad al concesionario, campo para la politización y, en general, posibilita que se incurra en irregularidades por parte de los funcionarios”<sup>9</sup>.

Del párrafo transcrito, se colige que estas razones de orden lógico se reducen a las siguientes:

a) Subjetividad de las condiciones impuestas en un sistema de amparo por el trabajo: el establecimiento de cualquier exigencia que implique explotación efectiva involucraría ineludiblemente —se estima— una apreciación subjetiva de su cumplimiento e incumplimiento.

Así, debería calificarse si los trabajadores hicieron trabajos efectivamente conducentes al laboreo de la mina o no lo hicieron; si determinadas destinaciones de capital son o no inversión; o si la producción mínima corresponde o no a las características propias de cada mina, para dar algunos ejemplos.

Frente a lo anterior, el sistema de patente se presenta como un mecanismo objetivo y fácil de verificar, que consagra definitivamente el anhelo legislativo de otorgar “seguridad jurídica” al minero.

“La verdad es que nuestra legislación minera establece el régimen de amparo por el pago de una patente, porque es un sistema muy simple de cumplir”<sup>10</sup>.

b) Ineficacia del sistema de amparo por el trabajo para satisfacer el interés público.

Aun cuando la doctrina ha atribuido a este sistema casi con exclusividad la capacidad para cumplir con el interés de la colectividad de que se exploten las minas, el legislador estimó que —por el contrario— el amparo por el trabajo deprimía tal objetivo.

En primer lugar —se asegura— la inestabilidad originada por un sistema de esta naturaleza produce un desincentivo para la actividad minera, lo que significa ineludiblemente un perjuicio para la nación toda, en especial en países subdesarrollados como el nuestro.

Por otra parte, se estima que un sistema de amparo que obligue a su titular a desarrollar actividades de explotación en circunstancias económicas desfavorables lesiona, igualmente, el interés público que legítimamente se tiene en el área.

c) Discrecionalidad administrativa inherente al sistema de amparo por trabajo:

Se estimó que, siendo las condiciones de amparo por trabajo de carácter subjetivo, inevitablemente ello conllevaba una injerencia de la administración en el proceso de calificación de cumplimiento o incumplimiento de las mismas.

Corroboración esta impresión la experiencia histórica obtenida con ocasión de la existencia de las concesiones carboníferas. Este tipo de concesiones se otorga-

<sup>9</sup> Informe técnico de la ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras, elaborado por el entonces Ministro de Minería don José PIÑERA ECHENIQUE, capítulo 3, párrafo 3.5.1., publicado por Editorial Jurídica de Chile, año 1987, págs. 62 y 63.

<sup>10</sup> Samuel LIRA OVALLE, Comisión Constituyente, sesión 181, pág. 6.

ban en el Código anterior por medio del Presidente de la República y en la extensión conveniente, a los interesados que tuvieran recursos para el desarrollo adecuado de la concesión respectiva. Su amparo estaba basado en el trabajo efectivo de los yacimientos.

Si bien es cierto la intención del legislador fue facilitar la forma de constitución de la concesión carbonífera, la decadencia en el uso del carbón produjo correlativamente el desuso de las disposiciones legales que la reglamentaban. Lo anterior, añadido al hecho que el Servicio de Minas del Estado no pudo cumplir las atribuciones que le fueron conferidas, produjo que la discrecionalidad del Estado se transformara en una "verdadera pantomima"<sup>11</sup>, en una farsa en la cual la concesión se otorgaba mediante argucias que eran del conocimiento público.

Por tal razón, el informe técnico de la Ley Orgánica Constitucional señaló, que el amparo por el trabajo provoca inseguridad al concesionario, campo para la politización y que, en general, posibilita que se incurra en irregularidades por parte de los funcionarios.

iv) Por último, suele señalarse que la implementación del sistema de amparo actual sigue la legislación comparada que al respecto existe en los demás países latinoamericanos.

Así, el art. 269 del Código de Minería argentino establece: "Las minas son concedidas a los particulares mediante un canon anual por pertenencia que será fijado periódicamente por ley nacional y que el concesionario abonará al Gobierno de la Nación o de las Provincias...".

Las legislaciones boliviana y colombiana contemplan asimismo el amparo por la patente.

De esta suerte, el legislador chileno no quiso separarse de la doctrina imperante en estos países, estableciendo en definitiva un sistema similar.

6. Los argumentos expuestos en el número anterior no sólo llevaron al legislador a establecer un sistema de amparo por la patente en la Ley Orgánica Constitucional, sino que, además, lo indujeron a rechazar cualquier modalidad que, siquiera remotamente, se asemejara a un sistema basado en el trabajo, o aún a uno "mixto".

Así, al discutirse en la Comisión Conjunta, encargada de la elaboración del nuevo Código de Minería, la posibilidad de aplicar una patente progresiva se estableció que "el sistema lleva a una especie de amparo por el trabajo, pues el aumento del monto está en función de una inexploración, controlada por un funcionario que será en definitiva quien fije el valor de la patente con criterio sub'etivo"<sup>12</sup>.

Tal es el absoluto rechazo del legislador al sistema basado en el trabajo, considerado conceptualmente como un mecanismo de suyo desincentivador de la minería.

Esta apreciación se enmarca dentro del esquema de economía social de mercado que alumbró tanto a la Ley Orgánica Constitucional como al Código de Minería, y cuya principal finalidad es obtener un desarrollo acelerado de los recursos mineros, para lo cual se consagra la actividad privada como principal motor.

<sup>11</sup> Samuel LIRA OVALLE, sesión 180, Comisión Constituyente, pág. 11.

<sup>12</sup> Samuel LIRA OVALLE, Actas Comisión Conjunta del Código de Minería, sesión del día 13 de julio de 1983, pág. 118.

## III. CRÍTICAS AL SISTEMA DE AMPARO VIGENTE

7. La política minera implementada por el legislador en orden a otorgar seguridad jurídica al inversionista o minero se ha logrado —indudablemente— durante el curso de su aplicación.

Ello no significa, sin embargo, que su estructura sea inobjetable y, mucho menos, que las críticas que a ella se le hagan persigan anular el positivo efecto logrado.

Se ha dicho que todos los sistemas de amparo imponen condiciones que en alguna medida son arbitrarias, ya que, como se explicó, la consagración del bien "seguridad jurídica" lleva casi indefectiblemente el detrimento del bien "explotación efectiva de los yacimientos mineros".

La labor del legislador debe ser, en consecuencia, el establecer los mecanismos jurídicos que permitan disminuir al mínimo posible estas arbitrariedades, conjugando de manera armónica estos dos bienes jurídicos descritos, siempre conservando el más absoluto apego al mandato constitucional.

En ese orden de ideas, creemos que el sistema establecido por la Ley 18.097 Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras adolece de errores jurídicos y conceptuales cuya proyección lleva a elevar en tal medida sólo uno de los bienes jurídicos ya señalados, que el interés correlativo contrario prácticamente se anula, independientemente si tal hecho ha ocurrido en la actualidad.

8. Los principales reparos de orden jurídico en que esta legislación incurre son, en nuestro concepto, los siguientes:

i) En primer lugar, es necesario destacar que del texto de la Constitución se colige indubitadamente la conclusión que ningún sistema de amparo ha sido excluido del espectro de posibilidades legislativas.

En efecto, la Constitución en su art. 19 N° 24 señala que corresponde a ley el establecimiento del sistema de amparo de la propiedad minera, sistema que puede tender en forma directa o indirecta al cumplimiento de la obligación del concesionario de desarrollar la "actividad necesaria".

Por lo demás, de tal propósito se dejó expresa constancia en las actas de la Comisión Constituyente.

"Debe dejarse cierta latitud al legislador para el establecimiento de los sistemas de amparo adecuados, inclusive a las distintas categorías o clases de minas, pues no se puede pretender, en la Constitución, consignar un sistema rígido de amparo"<sup>13</sup>.

"No quisiera limitar al legislador en el establecimiento de formas de amparo como el de actividad, porque puede haber explotaciones mineras en que la forma de amparo deba ser la producción mínima; puede haber otras en que... el sistema de amparo sea por actividad, y puede haber alguna en que por su escasa significación baste con que la actividad se traduzca en el pago de una patente"<sup>14</sup>.

"La expresión actividad... incluye también una variada gama de posibilidades de sistemas de amparo; no está excluyendo eventualmente un sistema de amparo por el pago de una patente, como tampoco está excluyendo el sistema de amparo por el trabajo"<sup>15</sup>.

Es indudable, a la luz de estas constancias, que el legislador no puede dese-

<sup>13</sup> Jorge OVALLE QUIROZ, Comisión Constituyente, sesión 180, pág. 22.

<sup>14</sup> EVANS DE LA CUADRA, Comisión Constituyente, sesión 180, pág. 23.

<sup>15</sup> Juan Luis OSSA BULNES, Comisión Constituyente, sesión 180, pág. 26.

char de plano un sistema de amparo basado en el trabajo (o con elementos de él) ni mucho menos desestimar las opiniones divergentes al sistema en actual aplicación, sin antes desvirtuar el sentido del mandato constitucional que rige la materia.

ii) En segundo lugar, una interpretación estrictamente gramatical de la norma constitucional conduce, incluso, a la conclusión que el sistema de amparo vigente contenido en la Ley Orgánica y en el Código no se ajustan derechamente al ordenamiento constitucional.

En efecto, es necesario advertir que la Constitución, tras señalar que el sistema de amparo tenderá directa o indirectamente al cumplimiento de la obligación del concesionario, expresa a renglón seguido "... contemplará causales de caducidad o de simple extinción del dominio sobre la concesión".

Hemos dicho ya que "amparo" y "caducidad" no son más que caras de una misma medalla. Aquélla significa la implementación de las condiciones que permiten al concesionario disfrutar de su concesión, mientras que la última involucra la sanción en caso de incumplimiento de las mismas.

Aun cuando la Constitución establece una diferencia entre la caducidad y simple extinción del dominio, estimamos que aquel concepto subsume a éste, siendo, en definitiva, un concepto genérico de "desamparo".

Del texto de la norma se concluye que el pago de patente, la producción mínima, la inversión mínima, u otra cualquiera actividad, debe necesariamente imponerse por la ley conjuntamente con otra, ya que el hablarse de "causales de caducidad" (en plural) se está exigiendo, a contrario sensu, "obligaciones" (igualmente en plural) a cuyos efectivos cumplimientos esté supeditado el amparo.

En consecuencia, si bien la Constitución admite la posibilidad del amparo por patente, ésta no puede ser establecida por la ley como única forma de amparo, debiendo siempre acompañarse copulativamente con otra actividad, de cualquier naturaleza que sea.

Aun cuando la Comisión Constituyente no se planteó derechamente que el régimen de amparo debía estar constituido por más de una actividad por parte del titular, así se trasunta de todo el debate sostenido, en donde todos y cada uno de los comisionados se refirieron a "obligaciones" o "condiciones".

Por otra parte, la comisión se refirió en concreto, en el debate relativo al amparo, a la doble distinción que existía en el sistema de amparo vigente a esa fecha, esto es, distinguiendo entre caducidad ipso jure y a la declarada, según se tratara de la propiedad minera carbonífera (sistema de amparo por trabajo) o de la propiedad minera genérica (sistema de amparo por patente), ambas coexistentes en la legislación. Por lo anterior, si bien la Comisión Constituyente admitió el establecimiento del pago de patente como amparo de la propiedad minera, debe siempre tenerse en cuenta que tal sistema o cualquier otro, debe contemplar varias condiciones a la vez, o bien que deben hacerse distinciones entre distintas sustancias minerales, de tal manera que pudieran aplicarse varios sistemas de amparo, según la sustancia de que se trate.

No debe olvidarse, asimismo, que tanto el proyecto de la comisión como el del Consejo de Estado señalaban que el legislador "podría" contemplar causales de caducidad, siendo facultativo para él contemplar una, varias o ninguna de ellas. Por el contrario, el texto definitivo modificó radicalmente tal planteamiento, estableciendo que la ley las "contemplará", de manera imperativa, siendo una exigencia de validez la inclusión de más de una causal y, consecuentemente, de más de una condición resolutoria (amparo).



Siguiendo ese raciocinio, se concluyó en la sesión N° 180 de la Comisión Constituyente que la idea de asimilar la exigencia de "actividad necesaria" al desarrollo de una actividad objetiva "por sí sola", como sistema de amparo a la mina, debía ser excluida, porque en todo caso la obligación del minero sería desarrollar la actividad "necesaria". Si bien es cierto tal aserción fue hecha para rechazar expresamente el sistema de producción mínima de mineral como amparo único de la concesión, no deja por ello de tener aplicación a otras actividades objetivas "por sí solas", tales como la patente.

iii) El análisis de la expresión "actividad necesaria" utilizada por el legislador es igualmente ilustrativo para la solución del asunto, por estar inserta en una norma programática que orienta todo el sistema de la propiedad minera.

Desde luego, es necesario acotar que dicha expresión, como así también toda la norma que la contiene, se encuentra en una relación directa con el sistema de amparo, en términos tales que "no podría haber otras obligaciones que no sean las provenientes del régimen de amparo establecidas en la Ley Orgánica Constitucional"<sup>16</sup>.

Lo cierto es que en la Comisión Constituyente se dejó constancia que al dueño de la propiedad minera le correspondía desarrollar una actividad necesaria para satisfacer la función social del dominio, sin que ello implicara que dicha actividad sea necesariamente desarrollar su mina.

Modificó de esta manera la comisión el rumbo ideológico que había tratado de imponerse en la reforma de 1971, de corte netamente socializante. En la redacción del proyecto se evita la utilización de términos imperativos o de aquellos que denoten exigencia de una actividad.

"Es evidente que el anteproyecto cambia el sentido y la gravedad de la norma, ya que en 1971 se vinculaba abiertamente el otorgamiento y la caducidad de la concesión a una actividad minera determinada por la ley, es decir, al sistema de amparo por el trabajo"<sup>17</sup>.

Prueba de este cambio es la opinión del integrante de la Comisión Constituyente Sr. Ovalle: "No le agrada tampoco seguir en la línea que caracterizó a todo el proceso jurídico chileno desde el año 1970 en adelante..."<sup>18</sup>.

Lo anterior es reforzado con la inclusión de los términos "directa o indirectamente" al tratar el régimen de amparo, dejando claro que con ello se desligaba de la intencionalidad del constituyente de 1971.

Al pasar el anteproyecto de la comisión a la revisión por parte del Consejo de Estado, la nueva orientación ideológica se reforzó aún más.

Sin embargo, es sabido que la Junta de Gobierno, al fijar el texto definitivo de la Constitución, desestimó tal planteamiento ideológico, al menos en esta materia.

"La vertiente filosófica e ideológica de donde proceden estos cambios (—de los incisos referentes al dominio del Estado sobre las minas y a los derechos del particular como propietario—) se emparenta más con los de la reforma de 1971 que con los proyectos presentados"<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Comisionado Sr. CRUZ-COKE, Comisión Conjunta redactora del nuevo Código de Minería, sesión del 13 de julio de 1983, pág. 128.

<sup>17</sup> Jorge PRECHT PIZARRO, "Naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas y de la concesión minera en la Constitución de 1980", Revista Chilena de Derecho, vol. 10 N° 3, año 1983, pág. 731.

<sup>18</sup> Jorge OVALLE Q., Comisión Constituyente, sesión 172, pág. 9.

<sup>19</sup> Jorge PRECHT P., obra citada, pág. 734.

En consecuencia, la intencionalidad del término "actividad necesaria" contenida en el art. 19 N° 24, inc. 7°, de la Constitución del año 1970, no debe buscarse en las actas de la Comisión Constituyente respectiva sino, más bien, en los mismos antecedentes que tuvo presentes el constituyente de 1971 al establecer que la ley "determinará . . . la actividad que los concesionarios deberán desarrollar en interés de la colectividad para merecer amparo y garantías legales".

Esta intencionalidad se ve claramente reflejada en el mensaje con que se inicia el proyecto de reforma constitucional: "Naturalmente, esta declaración acerca del dominio perfecto del Estado sobre las minas no impide la posibilidad de que el Estado conceda a los particulares derechos para explorar y explotar los yacimientos, pero la nueva ley que regule la forma de esas concesiones se trazará en criterios distintos a los actuales, especialmente en cuanto se refiere a las condiciones para conservar la pertenencia minera y merecer amparo legal"<sup>20</sup>.

El precepto constitucional transcrito tiene su origen, a su vez, en un proyecto presentado el año 1967, cuando se discutía la modificación del derecho de propiedad para hacer posible la ley de reforma agraria. En dicho proyecto se proponía la modificación del sistema de amparo por patente por uno basado en la producción proporcional a la importancia del yacimiento. Sin embargo, debido a que la ubicación de los yacimientos es muy cara se prefirió emplear en el texto del proyecto la expresión "actividad en beneficio colectivo", sin perder de vista la idea de producción.

"Ese término apunta a esta última, pero es, como quien dice, un eufemismo, porque no se quiso emplear directamente esa palabra y se prefirió hablar de una actividad que, en definitiva, llevara a eso, como por ejemplo inversión, inversión por hectárea, número de trabajadores que se tenga u otro sistema de esa índole"<sup>21</sup>.

Todos los hechos señalados apuntan a que si bien es cierto la Constitución vigente contiene normas programáticas que iluminan todas sus disposiciones con una concepción ideológico-económica determinada, en materia minera presenta una gran y clara excepción. Las normas que la abordan responden a otra orientación doctrinal y, se quiera o no, el intérprete debe recurrir a ella para determinar el correcto sentido y alcance del texto: "Un político puede lamentar o aplaudir estas disposiciones; un ideólogo puede descalificarlas, ensalzarlas o esconderlas, pero un jurista debe interpretarlas, insertándolas armónicamente en el conjunto"<sup>22</sup>.

En consecuencia, al establecer la Constitución que la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento hizo suya en igual forma la intención del constituyente de 1971, indicando sutil, pero inequívocamente, que el régimen de amparo más apropiado debía tender directamente (por explotación efectiva) al cumplimiento de esa obligación.

iv) No debe olvidarse, por otra parte, que los proyectos de la Comisión Constituyente y del Consejo de Estado consagraban el dominio eminente del

<sup>20</sup> Mensaje del Ejecutivo en proyecto de reforma constitucional que modifica el art. 10 N° 10 de la Constitución Política del año 1925, Diario de Sesiones del Senado, sesiones extraordinarias 1970-71, vol. I, anexo, pág. 788.

<sup>21</sup> Carlos Ruz B., Comisión Constituyente, sesión 180, pág. 23.

<sup>22</sup> Jorge PNECHT P., obra citada, pág. 739.

Estado sobre la propiedad minera, y que con el texto definitivo modificó diametralmente dicha intención, estableciendo derechamente el dominio patrimonial del Estado.

Lo anterior es de vital importancia para la interpretación lógica y sistemática de la norma constitucional relativa al amparo, toda vez que, como es sabido, los sistemas de amparo están íntimamente ligados al sistema de propiedad minera.

La clasificación de la tendencia que una legislación minera tenga en un momento determinado "dependerá de si el sistema adoptado por ésta es el regalista, o el de libertad de minas u otro, resultando así en cierto modo secundaria el atender a su sistema de amparo"<sup>23</sup>.

Estableciéndose por parte del legislador un dominio eminente del Estado sobre las minas, los particulares pasan a ser, otorgada la concesión, dueños del yacimiento y, por lo tanto, la intervención que pueda tener aquél en la fiscalización del cumplimiento del interés público se ve seriamente disminuida.

Tanto es así que en el anteproyecto de la comisión (que establecía un dominio eminente) era facultativo para el legislador establecer causales de caducidad y de simple extinción del dominio. "Ello es perfectamente lógico porque el explotador es un propietario y no necesariamente el no cumplimiento de una de esas obligaciones, que derivan de hacer compatible el ejercicio de la propiedad con la función social, debe traer consigo una caducidad o simple extinción del dominio"<sup>24</sup>.

En un sistema de dominio eminente es más consecuente expropiar el yacimiento no explotado que esperar la caducidad de la concesión.

El interés público en este sistema se salvaguardaría a través de la expropiación, pues de lo contrario la seguridad jurídica del minero se vería seriamente disminuida. El interés público sería, además, una causal de expropiación general: "No me cabe la menor duda de que el concepto de "interés nacional" debe entenderse involucrado entre las causales de expropiación"<sup>25</sup>.

El sistema de pago de patente, en consecuencia, se aviene y subsiste en mejor medida dentro de un sistema de dominio eminente, ya que al conferir el Estado la propiedad sobre las minas a los particulares, se produce un virtual desasimiento, no siendo congruente que acto seguido pasara el mismo Estado a fiscalizar o inmiscuirse directamente en el cumplimiento de las obligaciones de explotación del titular en función del interés público.

Por el contrario, en un sistema de dominio patrimonial del Estado sobre las minas los concesionarios están obligados a explotar efectivamente la mina, ya que ellos sólo se hacen dueños de los productos que de ella extraigan, y en la medida que éstos no existan, el amparo de la concesión carecerá de objeto.

Siendo el Estado el dueño de las minas, la fiscalización de los procesos de explotación en la que los particulares intervengan debe ser mucho mayor, ya que éste debe velar por el cumplimiento efectivo de la actividad necesaria que satisfaga el interés público depositado en la concesión.

Un sistema de amparo de la propiedad minera fundado en el trabajo efectivo de los yacimientos parece concordar, con mayor precisión, con un sistema de dominio patrimonial.

<sup>23</sup> Armando URIBE H., "Manual de Derecho de Minería", edición 1968, pág. 280.

<sup>24</sup> Jorge FRECHT P., obra citada, pág. 731.

<sup>25</sup> JAIME GUZMÁN E., Comisión Constituyente, sesión 170, pág. 11.

v) Por último, no debe desestimarse el hecho de que una de las acepciones del término "actividad" que fue considerada por la Comisión Constituyente como la más adecuada para los fines perseguidos es aquella que la define como "conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad".

Es obvio que tal comisión, consciente de que "la actividad del minero es desarrollar su mina"<sup>26</sup>, quiso dar mayor latitud al legislador para establecer el sistema de amparo que estime adecuado, tratando de conciliar tal expresión con el espíritu del régimen de propiedad establecido.

Sin embargo, una vez establecido definitivamente el régimen de dominio patrimonial, la aceptación del término "actividad" transcrita recobra con toda su intensidad su verdadero significado.

9. Una vez analizados los antecedentes de derecho que sirven de fundamento a la crítica del sistema de amparo vigente, corresponde desarrollar una breve explicación sobre los reparos conceptuales que se observan en el mismo.

Es necesario dejar presente que con ello no se pretende desconocer o desestimar los importantes logros que el sistema de amparo vigente ha obtenido, como así tampoco propugnar una concepción ideológica probadamente fracasada.

Es un hecho claro que el bien jurídico "seguridad del concesionario" se ha visto fortalecido de una manera significativa, lo que ha originado, a contrario sensu, el descuido de la intervención estatal en el área.

Nuestra Constitución, como se ha dicho, contiene una orientación económica definida, un "orden público económico", que en nuestro concepto corresponde a la de un sistema de economía social de mercado. En concordancia con esto se puede decir que este nuevo orden público económico combina y armoniza los intereses económicos individuales con los globales.

Sin embargo, en las disposiciones relativas a la propiedad minera en general nuestra Constitución ha establecido una orientación doctrinal diferente, excepcional en relación a las demás normas, y que un autor califica de "nacionalista", pero que más corresponde a la concepción socialista.

Es en este sentido que deberán estimarse las normas constitucionales que sobre la propiedad minera contempla nuestra actual Constitución, sin pretender "acomodar" su alcance y significación a otros fines, y sin por ello caer en una apología reivindicacionista de ideología alguna.

Por ello sostenemos, sin temor a equivocarnos, que la Ley Orgánica Constitucional se apartó de la verdadera intención del constituyente, en un afán por extremar el sistema económico consagrado por éste. Las normas constitucionales sobre propiedad minera han sido "olvidadas o minimizadas como allegados indeseables"<sup>27</sup>, sin reparar que no son más que la consagración del sistema económico erigido.

Existen numerosos argumentos que desmienten los supuestos fundamentos del sistema de amparo vigente, expuestos en el capítulo II de este trabajo, y que puntualmente se pueden agrupar de la manera siguiente:

<sup>26</sup> Juan Luis Ossa B., Comisión Constituyente, sesión 180, pág. 25.

<sup>27</sup> Jorge PRECHT P., "Dominio del Estado sobre las minas y concesión minera: Análisis comparativo de los diversos proyectos y del texto de la Constitución de 1980", artículo sin clasificar, pág. 14.

i) En primer lugar, es necesario decir que la descalificación hecha al sistema de amparo por el trabajo, efectuada a raíz de una interpretación histórica de la legislación, es errónea y parte de premisas falsas.

Efectivamente, el sistema colonial del "pueblo y despueblo" produjo incertidumbre e inseguridad en el área minera, lo que hizo aconsejable su modificación.

Sin embargo, es preciso decir que el sistema adoptado en su reemplazo no fue siempre igual al que hoy existe.

El Código de Minería de 1930 como así también el de 1932 establecieron un sistema en que coexistían un amparo basado en la patente (propiedad minera común) y otro basado en el trabajo (propiedad carbonífera).

Por otra parte, es importante destacar que la idea del amparo por el trabajo nunca estuvo completamente olvidada por parte del legislador. Así, en el año 1911 fue presentado un proyecto de Código de Minería redactado por don Alejandro Lira, el que, en su art. 156, señalaba que "la pertenencia debe ser amparada, ya mediante el trabajo, ya mediante el pago de una patente".

Por último, ya vimos que tanto el proyecto de reforma del año 1967 como así también la reforma constitucional de 1971 estaban inspirados, en lo que a sistemas de amparo se refiere, en la necesidad de que los yacimientos mineros se explotaran efectivamente.

ii) En segundo lugar, la afirmación de que el sistema de amparo por el trabajo acarrea el establecimiento de condiciones subjetivas, efectuada en el informe técnico de la Ley Orgánica, no es necesariamente cierta ni indubitable.

En efecto, si bien es cierto que los requisitos de amparo basados en el trabajo conllevan la existencia de un órgano que aprecie su cumplimiento o incumplimiento, no es menos cierto que lo mismo ocurre en un sistema basado en la patente. El pago de ella debe hacerse ante un organismo público, quien califica su integridad y oportunidad. Asimismo, el procedimiento para declarar la caducidad o simple extinción se lleva ante otro órgano, quien es el único facultado para ello.

Las exigencias tradicionales de amparo por trabajo no tienen la subjetividad que comúnmente se les atribuye si se aplican racionalmente.

Así, en un sistema de amparo basado en la producción mínima, tan resistido en la Comisión Constituyente "porque puede dar lugar a arbitrariedades insalvables"<sup>28</sup>, basta con aplicar este requisito de amparo sólo a las concesiones de explotación, dejando subsistente el sistema de amparo por patente a las concesiones de exploración. De este modo, se daría plena aplicación a todas las instituciones creadas por la Ley Orgánica y el Código, y permitiría que los concesionarios hicieran las investigaciones y cubicaciones que sean necesarias para determinar si el mineral es o no explotable de una manera rentable, y cuál puede ser una producción mínima del mineral, antes de proceder a solicitar la concesión de explotación efectiva de acuerdo con la producción mínima estimada. Nada obsta para que sean los propios Tribunales Ordinarios de Justicia quienes determinen lo anterior, como tampoco a que tengan la facultad de reducir dicha exigencia mínima en caso de que la legislación no contemplara un sistema alternativo de amparo.

<sup>28</sup> Jorge OVALLE QUIROZ, actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 180, pág. 24.

Por otra parte, el sistema de inversión mínima fue incluso defendido en la propia Comisión Constituyente: "La subcomisión estaba consciente de la dificultad que significa la circunstancia a que se refería el señor Lira (—condiciones poco objetivas del régimen de amparo por trabajo—), que cuando se habló de la posibilidad de un régimen de amparo que significara una cierta inversión —por ejemplo, una unidad tributaria por cada hectárea concedida— se pensó en un sistema parecido al de la declaración de renta: una persona al hacer la declaración presentaría comprobantes de inversión por una determinada extensión de hectáreas y, entonces, el funcionario declararía amparada la propiedad para los doce meses siguientes. Como se había invertido en los doce meses pasados el mínimo que la ley señala se declararía amparado el dominio para los doce meses venideros, lo que tiene la ventaja de que el amparo no sólo tiene efectos hacia el pasado, sino también hacia el futuro"<sup>29</sup>.

Por último, es preciso señalar que aun el sistema de amparo basado en el mantenimiento de un mínimo de trabajadores podría ser aplicable con pleno éxito en la actualidad, contribuyendo de manera más directa a satisfacer el interés público que existe en la explotación de las minas.

En efecto, no se trata ya de mantener un mínimo de "cuatro operarios rayados", como ordenaban las Ordenanzas de Nueva España, sino de pagar y mantener al día las imposiciones previsionales de un número determinado de trabajadores, con lo cual el cumplimiento de la función social se hace más que evidente.

De más está decir, por último, que si existe una condición de amparo cuya subjetividad sea manifiesta, esa es precisamente la patente. ¿Cómo saber si el monto fijado por patente tiende directa o indirectamente al cumplimiento de la obligación de desarrollar y explotar la mina?

"No resulta fácil afirmar si el monto de la patente consagrado en el proyecto es suficiente para cumplir con el mandato constitucional, pues se trata de un juicio de carácter subjetivo, difícil de ponderar"<sup>30</sup>.

iii) En cuanto a si el sistema de amparo por el trabajo es o no eficaz para satisfacer el interés público, es imperioso precisar ciertos conceptos.

Es efectivo que un sistema como de "pueblo" o "despueblo" acarrea un grado de incertidumbre e inestabilidad que hace desincentivar al minero e inversionista para producir, con el consecuente perjuicio para la nación toda. Sin embargo, tal aplicación del principio de explotación efectiva está hoy francamente superada.

No debe olvidarse que los requisitos de amparo y caducidad deben estar, por mandato constitucional, establecidos al momento de otorgarse la concesión, por lo que el interesado en constituir una de ellas sabrá en todo caso cuáles son las exigencias que se le imponen, lo que determina en definitiva la seguridad necesaria para el minero, siempre que las condiciones impuestas no sean de suyo indeterminables.

Por lo demás, es necesario advertir que la expresión "función social" está íntimamente ligada a la expresión "interés público" que utiliza el constituyente, en términos que pueden estimarse como equivalentes.

<sup>29</sup> Carlos RUIZ BOURGEOIS, actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 181, pág. 7.

<sup>30</sup> Samuel LIRA OVALLE, Actas de Comisión Conjunta redactora del nuevo Código de Minería, sesión del día 13 de julio de 1983, pág. 116.

Como es sabido, la primera de ellas fue utilizada en los proyectos constitucionales elaborados por la Comisión Constituyente y por el Consejo de Estado, siendo reemplazada por el segundo en el seno de la unta de Gobierno. Las causas de esta modificación no se conocen, sin embargo, lo cual puede decirse que más bien corresponden a una razón antes nominal que efectiva. Ambas expresiones apuntan en un mismo sentido: el interés global de la colectividad.

En los antecedentes conocidos del establecimiento de la ley (actas de la Comisión Constituyente) aparece constantemente la idea de que la explotación efectiva de los minerales es lo único que satisface este interés de la colectividad.

Así lo estiman, entre otros, el comisionado Lira ("el dominio está sujeto a una serie de obligaciones . . . que están precisamente encaminadas a promover el cumplimiento de la función social"<sup>31</sup>); el comisionado Sr. Evans ("nada se saca con quedarse por siglos con una riqueza en Chile que nadie va a explotar"<sup>32</sup>); el comisionado Sr. Ovalle ("descubierta la mina y otorgadas las necesarias garantías, (se debe) buscar, a su vez, las garantías que la comunidad debe adoptar para que la mina . . . produzca los bienes, los frutos, las rentas, los beneficios, que la comunidad debe esperar . . ."<sup>33</sup>); el asesor Sr. Ossa ("la sociedad que represento (SONAMI) no sólo concuerda con dicha función social de la propiedad minera, sino que aplaude que ella se establezca en la Constitución"<sup>34</sup>); el comisionado Sr. Diez ("una persona no puede descubrir una mina, quedarse sentado en el descubrimiento, decir "ésto es mío", y no trabajarla "por sécula"<sup>35</sup>); el comisionado Sr. Ruiz ("es evidente que el texto de la Constitución, si se aprueba éste, debería apuntar a la idea de producción"<sup>36</sup>).

Es obvio, a la luz de estos antecedentes, que el sistema de amparo por el trabajo es reconocido como el más apropiado para cumplir con el interés público de la colectividad, de tal suerte que la imputación contraria efectuada en el informe técnico de la Ley Orgánica se manifiesta sin asidero alguno.

La posible consecuencia que acarrearía este sistema, en orden a obligar a desarrollar actividades de explotación en circunstancias económicas desfavorables, se obviaría contemplando un sistema de substitución temporal de las condiciones de amparo, similar al contemplado en el Código de Minería de 1874. Así se manifestó, a mayor abundamiento, en la Comisión Constituyente: "Me parece, por otra parte, que es evidente que la ley tendrá que considerar excepciones, y al efecto recuerdo que ya el Código de 1874 consagraba como sistema de amparo al trabajo, pero hacía una serie de excepciones, y podría reemplazarse esa actividad (necesaria) por el pago de una patente . . ."<sup>37</sup>.

La idea de fondo del sistema de amparo por trabajo es el exigir el desarrollo de la actividad necesaria cuando ésta sea posible, y el concesionario no la realice sin causa justificada. "Entiendo que esta protección mediante el trabajo debe estar concebida de tal manera que sólo se estime no amparada la mina cuando ella no se trabaje y sea económicamente rentable su trabajo"<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> Comisión Constituyente, sesión 171, pág. 9.

<sup>32</sup> Ibidem, pág. 16.

<sup>33</sup> Ibidem, pág. 19.

<sup>34</sup> Comisión Constituyente, sesión 173, pág. 7.

<sup>35</sup> Comisión Constituyente, sesión 180, pág. 10.

<sup>36</sup> Comisión Constituyente, sesión 175, pág. 7.

<sup>37</sup> Carlos RUIZ BOURGEOIS, Comisión Constituyente, sesión 180, pág. 23.

<sup>38</sup> Jorge OVALLE QUIROZ, Comisión Constituyente, sesión 175, pág. 14.

De esta forma, el régimen de amparo por el trabajo se adaptaría, sin necesidad de modificación legislativa, a las numerosas variables que afectan la explotación de los yacimientos mineros.

En el otro sentido, cabe preguntarse si el sistema de amparo por la patente cumple o no con el interés público, atendida su flexibilidad para no obligar a desarrollar actividades de explotación en circunstancias económicas desfavorables.

Es preciso recordar que para que la patente obligue a desarrollar la actividad necesaria debe ser de un monto significativo, ya que, como se dijo en la comisión redactora del Código a propósito del monto de la patente, "hay dos maneras de transgredir la Constitución: no establecer régimen de amparo o establecer uno de tal manera insuficiente que sea en esencia sólo una apariencia de régimen de amparo"<sup>39</sup>.

Siendo, o al menos debiendo ser, el monto de la patente inductiva del trabajo efectivo de las minas, puede suceder que la explotación de la mina se vuelva poco rentable, antieconómica (por broceo, por baja en los precios internacionales, por inundación, por derrumbe, etc.), y en tal caso, ¿la legislación actual contempla un sistema alternativo de amparo, para no obligar a producir en condiciones desfavorables?

La respuesta a esta interrogante es conocidamente negativa, por lo que el argumento planteado en el informe técnico analizado se vuelve en contra de quienes lo formularon.

A pesar de que el informe técnico dice que la patente es una herramienta del Estado para cumplir su rol de resguardo del interés nacional, su poca flexibilidad para acomodarse a la aleatoriedad de la actividad minera, según su propia definición, la hace insuficiente para alcanzar tal objetivo.

Si el monto de la patente sólo puede cambiarse por ley común, dependiendo de las circunstancias, lo mismo puede hacerse con un sistema que establezca condiciones de amparo basadas en el trabajo efectivo. Sin embargo, éste puede contener mecanismos alternativos sin necesidad de modificación legislativa, aumentando de esta forma su capacidad para satisfacer el interés público.

iv) En el mismo orden de ideas, puede sostenerse que la "discrecionalidad consustancial atribuida por el informe técnico de la Ley Orgánica al sistema de amparo por trabajo es injustificada y sin asidero alguno.

Hemos visto ya que con una racional aplicación de las condiciones de amparo basadas en el trabajo esta discrecionalidad puede ser excluida en el mismo grado que lo hace el sistema de amparo por patente.

En efecto, es un hecho conocido que la discrecionalidad no es un elemento por entero ajeno al sistema de amparo por patente, tal como lo demuestra el art. 54 del reglamento del Código de Minería, el cual encomienda a SERNA-GEOMIN la determinación del monto de las patentes, según estime si una pertenencia contiene sustancias metálicas o no metálicas.

La calificación funcionaria que implica tal hecho fue reconocida incluso en la propia comisión redactora del nuevo Código: "El Sr. Ossa advierte que, si bien existe una calificación funcionaria, ella no reviste la gravedad que tendría si fuera de carácter general..."<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Comisionado Sr. ARANEDA, actas Comisión Conjunta redactora del nuevo Código de Minería, sesión del día 13 de julio de 1983, pág. 114.

<sup>40</sup> Actas de Comisión Conjunta redactora del nuevo Código de Minería, sesión del día 13 de julio de 1983, pág. 134.



De llegar a establecerse condiciones de amparo por trabajo es claro que, al igual que ocurre con el sistema actual, no puede ser la autoridad administrativa el único órgano que señale el incumplimiento de estas condiciones. Esto, por lo demás, quedó expresamente señalado en las actas de la Comisión Constituyente: "... De modo que, en este caso particular (propiedad minera), estos derechos tienen la misma garantía que todas las propiedades, las cuales sí pueden ser limitadas, pero por la ley, ya que no pueden serlo por la autoridad administrativa, ni por la vía del reglamento, ni mucho menos por la del decreto" <sup>41</sup>.

v) La legislación comparada, contrariamente a la que se pretende, presenta una clara tendencia en orden a otorgar al Estado una mayor y más destacada participación en el área minera.

Esto se observa tanto en el orden legislativo interno de los países como así también en el área del derecho internacional.

Se explica lo anterior en la medida que las concepciones doctrinales que han pretendido otorgar primacía a los derechos particulares por sobre los colectivos en el área específicamente minera se han mostrado en la práctica como insuficientes para contribuir a sacar del subdesarrollo a los países que, teniendo recursos naturales en cantidad suficiente, no han podido lograr tal objetivo.

Así lo han entendido la mayor parte de los autores: "Las enormes proyecciones que la riqueza minera tiene en la economía de un país obligan al legislador a imponer condiciones a la vigencia del dominio, pues no es aceptable que una riqueza de esta trascendencia perdure en poder de una persona que no tiene espíritu de empresa, ni medios para transformarla en fuente de producción" <sup>42</sup>. "No se puede desconocer que los recursos naturales con que una nación cuenta, y su administración, condicionan claramente su futuro, especialmente tratándose de países subdesarrollados como el nuestro, de forma tal que reconocer la propiedad privada sobre la riqueza minera a los particulares es entregar en manos de éstos una herramienta de inmenso valor que podría utilizarse en desmedro de los intereses generales de la sociedad" <sup>43</sup>.

Teniendo presentes los antecedentes señalados, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, ya en el año 1962, la resolución 1803, que declaró, entre otras cosas, que el titular del derecho a la soberanía permanente sobre las riquezas y recursos naturales son los pueblos y las naciones, que la administración de dichos recursos la hacen los pueblos libremente, atendiendo a sus genuinos intereses y necesidades, y que la violación de este precepto es contraria al espíritu y a los principios de la cooperación internacional y la preservación de la paz.

Tal declaración no quiere significar que los yacimientos mineros deban ser de propiedad exclusiva del Estado, como tampoco que éste deba intervenir directamente en su explotación, pero sí nos está indicando inequívocamente que en los recursos naturales está depositado un interés colectivo, que no es posible soslayar ni desconocer, y a cuya satisfacción debe tender el Estado. Concuerdia este planteamiento con la doctrina que sobre el punto sostiene la Iglesia Cató-

<sup>41</sup> Pedro Jesús RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 171, pág. 18.

<sup>42</sup> Armando URIBE H., Manual de Derecho de Minería, Editorial Jurídica, 1968, pág. 280.

<sup>43</sup> José Miguel VIVANCO, "Propiedad y concesión en la legislación minera", artículo sin clasificación, pág. 160.

lica: "Mas el haber dado Dios la tierra a todo linaje humano, para que use de ella y la disfrute, no se opone en manera alguna a la existencia de propiedades privadas. Porque decir que Dios ha dado la tierra en común a todo linaje humano no es decir que todos los hombres indistintamente sean señores de toda ella, sino que señaló Dios a ninguno en particular la parte que había de poseer, dejando a la actividad de los hombres y a legislación de cada pueblo la delimitación de la propiedad privada" <sup>44</sup>.

Todo esto influye, como se dijo, tanto en la determinación del régimen de propiedad minera que adopten los países como así también la determinación de los regímenes de amparo que han de regir en las legislaciones respectivas.

La mayor satisfacción del interés público en esta última materia se traduce en la adopción e instauración de condiciones basadas en el trabajo efectivo de los yacimientos, a cuyo cumplimiento esté supeditada la conservación de los derechos de los particulares sobre el yacimiento.

En Latinoamérica, v. gr., la legislación peruana contempla un sistema de amparo basado en una inversión mínima obligatoria que comienza a computarse a partir del segundo año de otorgada la concesión de explotación (art. 81 Ordenanza General de Minas de Perú).

Sin entrar a calificar el éxito o el fracaso que pueda tener un sistema semejante, es necesario hacer presente que la supuesta corroboración que otorgaría la legislación internacional al sistema adoptado en nuestro país no es tal y que, por el contrario, la tendencia que se impone es la de instaurar sistemas en que la explotación efectiva de los minerales sea exigida en forma más directa.

vi) Por último es conveniente aclarar que la controversia surgida en torno a la insuficiencia del sistema de pago de patente como mecanismo para satisfacer el interés público que justifica el otorgamiento de la concesión no es algo que obedezca necesariamente a una confrontación de tendencias político-ideológicas, como así tampoco a digresiones academicistas.

De hecho, al discutirse la redacción del nuevo Código de Minería aun integrantes de la comisión encargada de ello plantearon derechamente que la patente podía ser insuficiente para cumplir la finalidad encomendada por la Constitución: "El Almirante Montagnó (Presidente) subraya que la Cuarta Comisión planteó que el monto de la patente sería insuficiente para cumplir el mandato constitucional y para incentivar el desarrollo de la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justificó su otorgamiento, pues podría suceder que grandes empresas constituyeran pertenencias mineras sin importarles gastar cierta cantidad de dinero con tal de no explotarlas" <sup>45</sup>.

Es más, el propio General Director de Carabineros, miembro de la Junta de Gobierno y Presidente de la Tercera Comisión Legislativa, General César Mendoza Durán, planteó, en oficio dirigido al Secretario de Legislación de la Junta de Gobierno con fecha 7 de julio de 1983, que "pese a los incentivos al trabajo efectivo que ya están incorporados a la legislación vigente, ello no siempre se ha obtenido cabalmente, lo que hace pensar en la necesidad de profundizar el análisis del tema".

Se concuerda de este modo con las observaciones que autores de tendencias políticas opositoras al gobierno han hecho al sistema: "Los pagos de patentes representan un monto muy pequeño para empresas grandes (apenas

<sup>44</sup> Encíclica "Rerum Novarum", S. P. LEÓN XIII, N° 12.

<sup>45</sup> Actas de Comisión Conjunta redactora del nuevo Código de Minería, sesión del día 13 de julio de 1983, pág. 114.

unos 17.000 dólares por 5.000 hectáreas obtenidas en concesión)". "El gobierno podría triplicar o quintuplicar el monto de esos gravámenes, sin que esta medida se transformara en un estímulo poderoso para que tales empresas se decidieran a explotar los yacimientos que poseen, ya que el costo de la patente seguiría siendo poco significativo para ellas. Sin embargo, como los pequeños y medianos mineros deben pagar proporcionalmente lo mismo que los grandes, esos aumentos necesarios para conseguir que éstos se decidan a producir llevarían a la ruina a los pequeños"<sup>46</sup>.

Como se ve, existe coincidencia en la apreciación de las posibles consecuencias del sistema de amparo vigente, de tal forma que no debe entenderse que las críticas que a éste se formulan en su mayoría vayan revestidas de ideologización o tendencia alguna.

#### IV. CONCLUSIONES

10. Se ha visto que el texto definitivo de la Constitución en materia de propiedad minera no conforma un todo coherente. Sus disposiciones son contradictorias, producto de no tener todas ellas el mismo fundamento doctrinal.

Ello no debe ser óbice a la labor del intérprete, quien debe armonizar las normas que presentan tales características, desentrañando el verdadero querer del constituyente.

Es así como un primer análisis de las normas constitucionales lleva a estimar que, en cuanto al régimen de amparo de las pertenencias se refiere, el constituyente permite la adopción de cualesquiera de los sistemas conocidos. Sería legítimo, al parecer, el establecimiento tanto de un sistema basado en el trabajo como otro basado en el pago de una patente.

Sin embargo, es sabido que la norma programática que ilumina los demás preceptos en esta materia apunta derechamente a la idea de explotación efectiva de los yacimientos. Por otra parte, se concluyó en este trabajo que cualquiera que fuera el sistema adoptado en definitiva por el legislador éste debía contemplar la existencia de más de una condición de amparo, no pudiendo establecerse lo contrario, sin antes apartarse del mandato constitucional.

Con mérito a estos antecedentes, nos atrevemos a sostener las siguientes conclusiones:

i) El sistema de amparo establecido en la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras y en el Código de Minería es inconstitucional, por no ajustarse a los requisitos mínimos establecidos para ello.

ii) Del espectro de posibilidades legislativas está virtualmente excluida la instauración de un sistema de amparo en el que se contemple una condición singular, única, a cuyo solo cumplimiento esté supeditada la conservación de la concesión.

iii) El sistema de amparo por patente no tiende, por sí solo, ni aun en forma indirecta, al cumplimiento de la obligación del titular de la concesión.

iv) Los únicos sistemas de amparo que la Constitución permite adoptar al legislador son el por trabajo (o sus variantes) y el denominado mixto.

11. Sobre la base de tales conclusiones nos mostramos abiertamente partidarios de la instauración legislativa de un sistema verdaderamente mixto, en el cual se tienda en una forma más directa al cumplimiento de las obligaciones constitucionales del titular de concesión minera.

<sup>46</sup> Ernesto TIRONI, citado por José Miguel VIVANCO, obra citada, pág. 175.

Creemos factible la idea propuesta por la Cuarta Comisión Legislativa al discutirse la redacción del nuevo Código de Minería, consistente en la posibilidad de adoptar un sistema de patente progresiva.

Según propia explicación de la Cuarta Comisión Legislativa, el sistema consiste en que si en el plazo determinado no se han cumplido las condiciones de explotación (pudiendo ser el pago y mantención de imposiciones previsionales), debería el titular de la concesión cancelar una patente diferenciada, la que tendría un valor más alto, con el objeto de inducir a explotar y que la propiedad minera cumpla la función social que la Constitución establece.

Las concesiones mineras estarían amparadas por el pago de una patente, la cual se incrementaría en la medida que se desarrollaran actividades mineras de explotación.

Se consideraría cumplida la exigencia de laboreo con el pago y mantención de un número variable de imposiciones previsionales de trabajadores, según se trata de pequeña, mediana o gran minería, existiendo una presunción a favor de las nuevas concesiones, las que se reputarían como de pequeña minería para todos los efectos legales.

La patente se deduciría, al igual que en el sistema actual, del impuesto a la renta que el titular de la concesión deba pagar como producto de la actividad desarrollada.

Se puede establecer un período de no explotación, para los efectos de aplicar las patentes diferenciadas.

Igualmente, dicho sistema se aplicaría por "dueño", entendiéndose por tal "al titular de un determinado número de pertenencias mineras, concedidas en una misma sentencia judicial y desde la fecha del primer pago de patente"<sup>47</sup>. El titular acreditaría el cumplimiento de su obligación ante el organismo encargado, que pueden ser incluso los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Se cumpliría de este modo tanto con el verdadero espíritu del constituyente como con el tenor literal de la Constitución, pues se aplicaría de este modo un sistema mixto, en el cual se combinarían elementos propios de cada uno de los sistemas de amparo conocidos.

Por supuesto, esto no es más que una de las variadas hipótesis que pueden darse al respecto, sobre la base de las limitaciones enunciadas.

Le cabe al legislador evaluar y ponderar las ventajas y desventajas que conllevan los diversos sistemas permitidos, teniendo siempre presentes las conclusiones que emanan del análisis cuidadoso de las normas constitucionales.

<sup>47</sup> Actas de la Comisión Conjunta redactora del nuevo Código de Minería, sesión del día 13 de julio de 1983, pág. 170.