

## LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO A TRAVÉS DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA REGALÍA MINERA

Francisco Cumplido Cereceda y Juan José Romero Guzmán<sup>1</sup>

*RESUMEN: Frente al proyecto del Ejecutivo enviado al Congreso, consistente en el establecimiento de una regalía a la explotación minera, los autores sostienen que sería un error centrar el debate sobre su constitucionalidad en las características del dominio que sobre la propiedad minera tendría el Estado o en la naturaleza jurídica que pudiera tener la obligación o regalía. Se advierte que los problemas de constitucionalidad podrían derivar de una eventual vulneración al Art. 19 N° 22 que impone al Estado el deber de no discriminar arbitrariamente en materia económica, así como, muy principalmente, de una infracción al Art. 19 N° 24 (7) dado que la regalía propuesta llevaría aparejada, indirectamente, una nueva causal de caducidad o extinción de la concesión, bajo la forma de obstaculizar el libre ejercicio del derecho, lo cual sólo puede llegar a ocurrir modificando la Constitución.*

### I. INTRODUCCIÓN

1. Con fecha 5 de julio del año 2004, el Gobierno presentó a trámite legislativo (Mensaje N° 126-351) un proyecto de ley por el cual se establece una regalía minera ad-valorem y un fondo de innovación para la competitividad.

2. El presente estudio discute la constitucionalidad del proyecto de ley propuesto al Congreso Nacional y es abordado de la siguiente manera. En primer lugar, se describe el proyecto de ley con indicación de sus fundamentos. En segundo lugar, se intenta develar la naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas con el fin de determinar la fortaleza o debilidad de la argumentación presentada al

respecto por el Ejecutivo y verificar si es razonable sustentar en dicho dominio el título del Estado para intervenir en la actividad económica minera, lo cual se estima equivocado. En tercer lugar, junto con indagar respecto de la naturaleza jurídica de la obligación de pagar una regalía (la cual es considerada específicamente como un canon y genéricamente como un tributo), se exploran los límites constitucionales involucrados cuando el Estado interviene en materia económica a través del cobro de un tributo. Al respecto, se analiza si la iniciativa gubernamental vulnera el principio constitucional de no afectación en materia tributaria, lo que se descarta, y se examina si se podría estar en presencia de una discrimina-

<sup>1</sup> Francisco CUMPLIDO es abogado de la Universidad de Chile; Profesor Titular de Derecho constitucional de diversas universidades; actual rector de la Universidad Miguel de Cervantes; consultor de instituciones nacionales e internacionales, ex Secretario General de la Universidad de Chile; y ex Ministro de Justicia.

Juan José ROMERO es abogado de la P. Universidad Católica de Chile; Master of Science in Regulation (The London School of Economics and Political Science); Profesor de Derecho Constitucional y Regulación Económica en el magíster de Derecho Constitucional de la P. Universidad Católica de Chile e investigador de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Asimismo, es profesor de Derecho Regulatorio en la Universidad Alberto Hurtado.

Este trabajo se elaboró en el mes de julio de 2004 y fue financiado por la SONAMI. Su contenido, sin embargo, es de exclusiva responsabilidad de sus autores y no compromete de manera alguna a la SONAMI.

ción arbitraria en el trato conferido por el Estado en virtud de la propuesta legislativa, lo que se concluye afirmativamente. En cuarto lugar, se estudia si la intervención del Estado respeta la protección constitucional brindada por el derecho de propiedad y el derecho a la seguridad jurídica. Para este efecto, se analiza el cumplimiento a la garantía formal constituida, fundamentalmente, por el principio de reserva legal, no advirtiéndose –preliminariamente– problemas. En seguida, se examinó la especial regulación y protección brindada por la Constitución al concesionario minero, el cual no puede ver afectada (caducada o extinguida) su concesión, ni afectada la esencia de su derecho de aprovechamiento originado de la concesión, ni, en definitiva, obstaculizado el libre ejercicio del mismo. Junto a lo anterior, se destaca el valor de los derechos adquiridos. Finalmente, el presente informe enumera las conclusiones más importantes, sin perjuicio de aquellas más específicas que se van proporcionando a lo largo del estudio.

## II. ¿EN QUÉ CONSISTE EL PROYECTO DE LEY SOBRE REGALÍA MINERA PROPUESTO POR EL GOBIERNO?

### 3. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY.

La iniciativa se funda, básicamente, en las siguientes consideraciones: (i) en el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas para el Estado indicado en el inciso 6° del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, lo cual le permitiría recibir una compensación por la extracción y venta de recursos valiosos; (ii) en el carácter no renovable de los recursos mineros, los cuales, siendo valiosos, pueden eventualmente agotarse, perdiéndose una importante fuente de ingresos y bienestar para el país; (iii) en la aceptación por muchas naciones que explotan recursos mineros del derecho del Es-

tado a cobrar por el aprovechamiento de los mismos; y (iv) en la necesidad de invertir en conocimiento, ciencia, tecnología e innovación de modo que países intensivos en la explotación de recursos naturales puedan sustentar sus ventajas competitivas en el tiempo. Así, pues, el Proyecto considera necesario destinar los recursos obtenidos por el cobro de una regalía a apoyar el esfuerzo fiscal destinado a la creación de nuevos activos de tipo tecnológico capaces de reemplazar permanentemente la capacidad generadora de ingresos de estos recursos minerales.

### 4. OBLIGACIÓN DE PAGAR UNA REGALÍA.

El proyecto de ley propone el establecimiento de una obligación impuesta para las concesiones mineras de explotación, consistente en el pago de una regalía ad valorem al Estado, por la explotación de recursos mineros, aplicable a toda la minería. La nueva obligación pretende ser incorporada a través de una modificación de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras.

5. Se indica en la iniciativa gubernamental que la obligación de pagar al Estado una regalía minera recae sobre quien explote la concesión, sea éste el concesionario minero, o quien extraiga y venda sustancias minerales de un yacimiento concesionado en virtud de algún acto jurídico celebrado por éste. De esta forma, la regalía afectaría a quien explota la sustancia mineral concesionada, independiente de su calidad.

6. Según lo dispuesto en el Mensaje, esta obligación de pago se cobra sobre la primera venta de productos mineros y su monto se determina como un porcentaje sobre las ventas anuales del explotador, deducidos ciertos costos específicos, siendo la tasa de un 3% para las sustancias minerales metálicas y de un 1% para las sustancias minerales no metálicas. Se crean una serie de conceptos (como el de explotador minero) destinados a configurar una nueva relación acreedor-deudor que prescinda del actual esquema utilizado para el pago de la

patente, en que el obligado al pago es el respectivo concesionario que es quien detenta el derecho exclusivo de aprovechamiento de las minas objeto de concesión. Se regulan, además, las deducciones que el explotador minero puede hacer a sus ventas brutas anuales a fin de determinar sus ventas netas, base de cálculo de la regalía. Igualmente, se considera el pago de la regalía como gasto necesario para producir la renta para la determinación del impuesto de Primera Categoría establecido en la Ley de la Renta, sin perjuicio que se contempla un período de transición de tres años, dentro de los cuales el monto efectivamente pagado por concepto de regalía operará como crédito contra el Impuesto de Primera Categoría aludido. Se especifica que la declaración y pago de la regalía minera debe hacerse ante el Servicio de Tesorerías durante el mes de marzo de cada año. No obstante lo anterior, se establecen algunas excepciones al pago de la regalía minera que se establece: (i) se exceptúa a aquellos explotadores que no se encuentren obligados a declarar su renta efectiva según contabilidad completa y aquellos cuya venta bruta anual de productos mineros, sea que contengan sustancias minerales metálicas o no metálicas, no excedan las 2.000 unidades tributarias anuales; y (ii) quedan exceptuados aquellos explotadores mineros cuya venta neta anual de productos mineros sea igual o inferior a un 15% de su venta bruta anual de dichos productos. Se especifica, al respecto, que para la determinación de la venta bruta anual debe considerarse la venta bruta anual de las empresas relacionadas. La fiscalización del cálculo y pago de la regalía es encargada al Servicio de Impuestos Internos, para lo cual se le faculta a hacer uso de todas las potestades que le otorga el Código Tributario y las demás leyes especiales, como si se tratara de la aplicación y fiscalización de un impuesto. Para tal efecto, se establece en el Proyecto que el explotador minero debe presentar una declaración jurada con todos los antecedentes que sean necesarios para la determina-

ción del monto de la regalía minera. Se contemplan, además, diversas sanciones consistentes en reajustes, intereses penales y multas por el retardo en el pago de la regalía minera y por el retardo u omisión de la declaración jurada, según el caso. Se contemplan, asimismo, sanciones penales para procedimientos dolosos destinados a evitar el pago de la regalía. No se establece, explícitamente, la sanción o efecto que acarrearía el incumplimiento de la obligación de pagar la regalía minera.

7. FONDO DE INNOVACIÓN. Finalmente, y sin perjuicio de otras disposiciones, el proyecto de ley crea un Fondo de Innovación para la competitividad, el cual tiene por objeto financiar las iniciativas de innovación destinadas a incrementar la competitividad del país. Se sostiene que para el fomento del desarrollo en el largo plazo se requiere una estrategia capaz de vincular ciencia y tecnología con innovación y competitividad, para lo cual cobra sentido, en palabras del Ejecutivo, que se incrementen los recursos que el presupuesto de la Nación destina al financiamiento de actividades de ciencia, tecnología e información.

### III. EN BUSCA DE UN TÍTULO JURÍDICO PARA LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN PARA EL CONCESIONARIO MINERO CONSISTENTE EN EL PAGO DE UN CARGO O CONTRIBUCIÓN AL ESTADO. DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS.

8. El proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional implica la intervención del Estado en el desarrollo de una actividad económica (o subsector de la misma) a través del cobro de una suma de dinero determinada según ciertos criterios específicos. Parte importante de la discusión pública y acadé-

mica que se ha originado respecto de la iniciativa del gobierno se ha enfocado en la determinación del significado y alcance de la expresión consagrada en el inciso 6° del artículo 19 N° 24 de la Constitución, la cual establece que “*El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas*”.

9. Subyacente a la discusión respecto del sentido y alcance del dominio del Estado sobre las minas se encuentra la búsqueda de un título justificatorio para la intervención del Estado en un sector específico de la vida económica. Para algunos (partidarios de la propuesta), debido a que las minas pertenecen al dominio del Estado, éste tiene derecho a cobrar un cargo por su uso. Otros contra argumentan planteando que el Estado no tiene un dominio de una naturaleza tal que le sirva de título para cobrar un cargo o regalía y que, por lo mismo, la iniciativa adolecería de inconstitucionalidad. Los suscritos sostienen que: (i) el único dominio existente sobre las minas es el del Estado (los particulares, incluyendo al Estado fisco no tienen dominio alguno sobre éstas); (ii) el dominio que tiene el Estado sobre las minas no es equiparable al dominio o propiedad existente en el ámbito del derecho privado, particularmente en relación a las sustancias concesibles (lo que no significa que en tal virtud pueda coexistir otra forma de propiedad minera de los particulares); (iii) al Estado le basta el ejercicio de su poder de imperio (no su reclamado derecho de dominio sobre las minas) para imponer un cargo, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales pertinentes, y (iv) el error argumental consistente en fundar la intervención en el derecho de dominio del Estado sobre las minas no tiene incidencia en la legitimidad constitucional de la iniciativa, no obstante que pueda implicar una debilidad en otros planos,

como con respecto a la discusión sobre si hay discriminación arbitraria en el trato del Estado en materia económica, así como respecto de una discusión que no forma parte del presente informe, esto es, el de la conveniencia o inconveniencia de la iniciativa.

10. EL DERECHO DE DOMINIO COMO TÍTULO EN VIRTUD DEL CUAL EXIGIR CONTRAPRESTACIONES EN DINERO. Desde una perspectiva propia del derecho privado, el ser dueño de una cosa constituye, efectivamente, un título del cual se originan derechos. El titular del derecho de dominio (desde el punto de vista privado / civil) posee las facultades de usar, gozar y disponer del bien sobre el que recae dicho derecho.<sup>2</sup> Así, pues, una lectura superficial de la norma constitucional referida (Art. 19 N° 24 inc. 6°) podría llevar a la conclusión de que el Estado, por el solo hecho de ser propietario de las minas, tiene el derecho para exigir el pago de un precio, contraprestación o compensación por el uso de aquello que le pertenece. Como lo manifiesta el Ministro de Minería, “*Según la Constitución, el Estado es el dueño del recurso. Y la minería no paga por usarlo. Esa es la verdad. La Ley de concesión minera le otorga la propiedad al concesionario, pero el dueño sigue siendo el Estado. Recién cuando lo extrae, pasa a ser dueño. Por ello, el Estado, a mi juicio, tiene ahí la opción del cobro*”<sup>3</sup>. En otras palabras, el Ejecutivo subraya que el origen o título justificatorio del Estado para intervenir haciendo exigencias pecuniarias deriva del hecho que el dominio sobre algo faculta a su titular para ejercer derechos. A continuación se intentará determinar la naturaleza jurídica o efecto jurídico-práctico del dominio del Estado sobre las minas, el cual, como se verá, no es de aquellos que habiliten, por sí mismo, para exigir una contraprestación.

2 El artículo 582 inciso 1° del Código Civil dispone que “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

3 “Ministro Dulanto muestra su carta para el royalty”, La Segunda, 5 de marzo de 2003. Énfasis agregado.

11. ¿ES JURÍDICAMENTE CORRECTA LA JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL FUNDADO EN QUE DADO QUE EL ESTADO ES EL DUEÑO DE LOS RECURSOS MINERALES, TENDRÍA DERECHO –COMO PROPIETARIO– A QUE SE LE PAGUE UNA SUMA DE DINERO POR CONCEPTO DE REGALÍA? El punto que interesa aquí es determinar si tiene realmente el Estado un dominio que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico constitucional, haga válido el reclamo sobre la existencia de un derecho a percibir una contraprestación, compensación o regalía<sup>4</sup>. Desde luego, la validez del razonamiento jurídico del proponente de la obligación de pagar una regalía minera no obsta a que el Estado fundamente su iniciativa en razón de su facultad de imperio, esto es, por ejemplo, en virtud de su potestad tributaria (sin perjuicio de las limitaciones constitucionales para aquello, objeto de examen más adelante), lo que, de acuerdo a la información de que disponen los suscritos, no ocurre.

12. La secuencia de análisis apropiada no debiera consistir, como punto inicial, en verificar si una obligación de pago por contraprestación o regalía constituye un tributo o no<sup>5</sup>. Por el contrario, puede resultar más esclarecedor preguntarse, primero, si tiene el Estado un dominio de un carácter tal, que lo habilite para exigir una contraprestación en dinero. Si la respuesta es negativa, como de hecho se concluye en este informe, la intervención del Estado no podría, válidamente y de acuerdo a los antece-

dentos bajo análisis, fundarse en un criterio distinto a su potestad tributaria<sup>6</sup> o, si se quiere, en su potestad para imponer cargas reales, lo cual, de no ocurrir, debilitaría la iniciativa, mas no la haría –a este respecto– inconstitucional.<sup>7</sup>

13. ¿CUÁL ES EL ALCANCE JURÍDICO CONSTITUCIONAL DEL DOMINIO QUE SE LE RECONOCE AL ESTADO? Nuevamente, mucho se puede decir desde el punto de vista de las instituciones jurídicas acerca de la naturaleza teórica del dominio del Estado sobre las minas en nuestro país. De hecho, en la doctrina nacional existe una variedad de adjetivos calificativos de dicha propiedad (dominio eminente, propiedad especial, propiedad subsidiaria, dominio de derecho público, etc.), los cuales reflejan una discusión teórica de carácter histórico jurídico sobre la materia.

14. HISTORIA FIDEDIGNA DE LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL. La Constitución de 1980, en su artículo 19 N° 24, inciso 6° establece que “*El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas*”. Este dominio fue elevado a rango constitucional por la reforma a la Constitución de 1925 de 16 de julio de 1971. Con anterioridad a la reforma constitucional de 1971 se discutía por la doctrina sobre si el Código Civil y el Código de Minería consagraba un dominio “eminente” o un dominio “patrimonial”. Igual debate se produjo en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución<sup>8</sup>, la cual

4 La obligación de pagar una regalía minera ha sido denominada durante el período previo al envío del proyecto de ley al Congreso Nacional de diversas maneras, entre las cuales se puede mencionar el de contraprestación, compensación, etc.

5 Vale decir, definir lo que se entiende por “royalty” o regalía, y luego intentar dilucidar, en abstracto (y al margen del tema en discusión) si éste constituye o no un tributo.

6 Por de pronto, en su poder de imperio.

7 Si bien se trata de una iniciativa erróneamente fundada (en lo referido al dominio del Estado), dado que al Estado le bastaría con el ejercicio de su poder de imperio (sujeto a las limitaciones constitucionales que se analizarán en más adelante), no se estaría en presencia (por este solo hecho) de una inconstitucionalidad. Evidentemente, lo referido a nivel de legitimidad constitucionalidad no absuelve a la propuesta de la posibilidad, eventualmente, de ser considerada deficitaria en otros planos.

8 A partir de la Sesión 171<sup>a</sup>.

propuso en su proyecto la tesis del “dominio eminente”. El anteproyecto del Consejo de Estado mantiene la propuesta de la Comisión de Estudios. Sin embargo, el proyecto definitivo aprobado por la Junta de Gobierno y sometido a plebiscito vuelve a la declaración de dominio de la reforma constitucional de 1971, rechazándose la idea de un dominio eminente del Estado sobre las minas así como de otorgarle “a su descubridor propiedad sobre los yacimientos mineros”, como había sido originalmente propuesto. Más allá de las denominaciones y adjetivos, los cuales fácilmente pueden llevar a equívocos, parece importante destacar la idea de que el dominio del Estado no es compatible con forma alguna de propiedad privada, ni siquiera del Estado Fisco quien, si tiene interés en explorar y explotar un yacimiento minero, tiene que solicitar la obtención de una concesión o, en estricto rigor, de los derechos que nacen de la concesión. Si hay un dominio público (en este caso bajo la expresión “dominio del Estado”) no puede haber un dominio particular o privado, que era la aspiración de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y, posteriormente, del Consejo de Estado.

15. Sin perjuicio de lo interesante que puede resultar adentrarse en el tópico aludido, muy discutido, por cierto<sup>9</sup>, en este informe se propone destacar los efectos jurídicos concretos del hecho de ser el Estado dueño de las minas, atendiendo, principalmente, a la regulación que la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (LOCCM) hace. En efecto, sin un intento por

develar las capacidades jurídicas fundamentales ofrecidas al Estado por la Constitución y la legislación o, antagónicamente, las limitaciones principales que la afectan, se corre el peligro de confusión ante denominaciones genéricas que desvíen la atención de las conclusiones e implicancias prácticas concretas a las que resulta útil arribar.

16. Así, pues, conviene, en primer lugar, examinar cómo la Constitución Política de la República estructuró u ordenó, en concreto, (i) el sistema general de propiedad y su acceso<sup>10</sup>, independiente de la “pulcritud” jurídico dogmática de la misma; (ii) las diversas formas de actuación permitidas al Estado en relación a los recursos mineros; para, posteriormente, (iii) analizar algunas normas contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, de modo de descubrir ciertos elementos de juicio que permitan responder a la siguiente interrogante: ¿El dominio del Estado sobre las minas es de aquellos que le permiten al titular ejercer derechos del mismo modo como se haría en el derecho privado, es decir, facultándolo para usar, gozar y disponer, y, por ende, para exigir una contraprestación pecuniaria, entre otros?

17. ¿CUÁL ES EL SISTEMA DE BIENES QUE LA CONSTITUCIÓN DE 1980 CONTEMPLA? La Carta Fundamental, desde el punto de vista del régimen jurídico concreto y práctico al cual están sometidos los distintos tipos de bienes, permite una distinción entre aquellos bienes susceptibles de apropiación de acuerdo a las reglas civiles, de derecho privado o de los bienes privados (dominio que puede ser adquiri-

9 Véase al respecto: A) VERGARA, Alejandro. (1992): *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico - dogmático*; Editorial Jurídica de Chile. B) MARÍN, Arturo. (1984): “Propiedad Minera: pasado y presente”; en *Estudios Públicos* N° 16. C) PIÑERA, José (2002): *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*; Economía y Sociedad / Sociedad Nacional de Minería; edición revisada de aquella original publicada en 1981. D) LIRA, Samuel (1992): *Curso de Derecho de Minería*; Editorial Jurídica de Chile. E) OSSA, Juan Luis (1989): *Derecho de Minería*; Editorial Jurídica de Chile.

10 A los suscritos les parece que, independiente de los defectos jurídico dogmáticos e, incluso, eventuales contradicciones en el sistema jurídico de propiedad minera, la manera adecuada de interpretación es procurando la armonía del sistema como tal, teniendo a la Constitución como principio fundamental, mas sin desatender lo dispuesto por sus leyes derivadas, en particular, la ley orgánica constitucional de concesiones mineras.

do y ejercido tanto por particulares como por el propio Estado a través del Fisco –entre otras personas jurídicas de derecho público) y aquellos bienes no susceptibles de apropiación o dominio privado (o según las reglas civiles, de derecho privado). En este segundo tipo de bienes (mencionados en el Art. 19 N° 23 inciso 1° de la CPR), es posible, a su vez, distinguir aquellos “bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres” o *res communis omnium* y las *res publicae*, también denominados “bienes públicos”, “bienes nacionales de uso público” o bienes “que deban pertenecer a la nación toda”. Estos bienes no privados (o no sujetos al régimen de derecho privado) no son susceptibles de apropiación (o de aquel “dominio” apto para engendrar derechos y, eventualmente, obligaciones pecuniarias en terceros), ni siquiera por parte del Estado/Fisco<sup>11</sup>.

18. Si bien la Constitución declaró que las minas son bienes de dominio absoluto y exclusivo del Estado, también expresó que dicho dominio tiene las características de inalienabilidad<sup>12</sup> e imprescriptibilidad, asemejándose al régimen propio de los bienes nacionales de uso público, como ocurre, por ejemplo, con las aguas<sup>13-14</sup>. Adicionalmente, debe tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución, según la cual queda claro el interés del constituyente de que el Estado/fisco desarrolle actividades económicas en un plano de igualdad con los particulares. En otras palabras, la propia regulación constitucional de los bienes (Art.

19 N° 24 inciso 6° y ss.; Art. 19 N° 23 y Art. 19 N° 21 inciso 2°) hace viable pensar que el Estado, en tanto fisco de Chile, se rige, en términos generales, por las mismas reglas de los particulares, lo que implica, a contrario sensu, que el dominio del Estado sobre las minas es un dominio de carácter no pleno o limitado, como, por lo demás, se verá al analizar algunas disposiciones de la Constitución Política de la República y de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

19. ¿CUÁLES SON LAS DIVERSAS FORMAS DE ACTUACIÓN PERMITIDAS AL ESTADO EN RELACIÓN A LOS RECURSOS MINEROS? No obstante la tajante aseveración de la oración inicial del inciso 6° de la Constitución, es preciso indagar, aunque sea en términos generales, respecto de las distinciones que la propia Carta Fundamental efectúa en la relación entre el Estado y los recursos mineros.

20. COMPETENCIA DEL ESTADO Y SUS ÓRGANOS SOBRE LA MATERIA. El Estado sólo tiene el poder, las competencias y las atribuciones que establece la Constitución Política de la República (Arts. 5 y 6). Por su parte, los órganos del Estado tienen las atribuciones que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución y las leyes (Art. 7).

21. En relación con el dominio de las minas y la regulación constitucional de las mismas, según lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 incisos 6° a 10° de la Carta Fundamental, el Estado puede determinar por ley qué sustancias, exceptuados los hidrocarburos lí-

11 Véase a VERGARA, Alejandro (2004): “La Summa Divisio de Bienes y Recursos Naturales en la Constitución de 1980”, revista *Ius Publicum* N° 12.

12 La inalienabilidad es una característica que no brinda una posibilidad de beneficio pecuniario evidente, si no más bien implica una limitación consistente en que lo que se tiene no se puede enajenar, es decir, pasar o transmitir el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello.

13 Pueden diferenciarse en materia de expropiación.

14 De hecho, hay quienes, comentando las características de los bienes de dominio público han llegado al extremo de plantear que “no es lógico construir una relación de propiedad sobre un bien que se declara fuera del comercio, imprescriptible, inalienable e inembargable” [Gallego Anabitarte, citado por CHINCHILLA MARÍN, Carmen. (2001): *Bienes Patrimoniales del Estado (concepto y formas de adquisición por atribución de ley)*; Colección Garrigues & Andersen; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p. 98].

quidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. La Constitución dispone que las concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de ley orgánica constitucional. Agrega que su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de la obligación de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifique el otorgamiento de la concesión y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento 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.* Es competencia de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Como novedad de la actual Constitución, se dispone que el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad.

22. En lo que se refiere a la exploración, explotación o beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, pueden ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

23. También se ha estimado, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Constitución que el Estado, si lo estima necesario, puede ejercer las facultades de explorar con exclusividad o de explotar sustan-

cias concesibles, debiendo, en tal caso, actuar por medio de empresas de las que sea dueño o en las cuales tenga participación, que constituyan o adquieran la respectiva concesión minera y que se encuentren autorizadas para tal efecto de acuerdo con las normas constitucionales (Art. 4° del Código de Minería).

24. Aunque el Estado tenga el dominio patrimonial (no pleno) sobre las minas, sólo puede respecto de ellas ejercer los poderes, competencias y atribuciones que se han expresado anteriormente. Cualquier otra autoridad o derecho que se atribuya será nulo, según lo dispone el Art. 7 de la Carta Fundamental.

25. Recapitulando, la Constitución, para los efectos que interesa al presente informe, distingue dos grandes grupos: (a) los derechos del Estado sobre las sustancias y yacimientos no concesibles [Art. 19 N° 24 inciso 10°] y (b) los derechos del Estado sobre las sustancias concesibles [Art. 19 N° 24 incisos 7°, 8° y 9°].

26. La gran diferencia entre estos dos tipos de relaciones del Estado respecto de las minas radica en el grado de limitación del dominio y utilidad económica derivada de éste. En relación a los primeros el Estado tiene un dominio que, atendiendo a sus facultades, le permite contar con un título susceptible de generar derechos y de exigir contraprestaciones pecuniarias. Por de pronto, y en su calidad de dueño, el Estado se encuentra habilitado para beneficiarse en forma directa de las sustancias aludidas. Existe, a este respecto, una implicancia jurídico-económica muy distinta de aquella que podrían gozar los particulares, los que no sólo no son dueños, sino carecen de las posibilidades brindadas por el segundo grupo, aquel relativo a las sustancias concesibles.

27. En efecto, respecto del grupo de las sustancias concesibles, la propia Constitución, pormenorizada por la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, limita fuertemente las posibilidades jurídico-económicas del dominio del Estado sobre dichas minas. Tanto es así que, sobre el particular, el Estado

debe actuar como cualquier particular y con los requisitos de admisibilidad contenidos en el inciso 2° del artículo 19 N° 21, vale decir, en virtud de una ley de quórum calificado que lo autorice para desarrollar la actividad económica. En el caso de las sustancias concesibles, la presencia del Estado se reduce a actuar en su calidad de persona jurídica denominada Fisco de Chile (es decir, como un particular más) y, desde luego, sin que la atribución general y absoluta de dominio efectuada por la Constitución en el inciso 6° del Art. 19 N° 24, expresada también en los artículos 1° del Código de Minería y 591 del Código Civil le permita traducirlo en un título susceptible de ser fuente de obligaciones pecuniarias a su favor.

28. ¿QUÉ NOS APORTA LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE CONCESIONES MINERAS EN RELACIÓN A LAS IMPLICANCIAS JURÍDICAS CONCRETAS DEL DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS RESPECTO DE LAS SUSTANCIAS CONCESIBLES? Como lo plantea el profesor Marín: “Cualquiera que sea la doctrina por la que se opte para interpretar el dominio del Estado sobre las minas, ahora tan categóricamente calificado, existe para él una limitación que la misma norma radica en otro derecho, que es la concesión judicial, la cual recibe la protección de la garantía constitucional a la propiedad privada. La apreciación completa y unitaria de la norma fundamental concluirá que cualesquiera que fueren las leyes y los códigos que se dicten, no podría, constitucionalmente, prescindirse de esa notable limitación a la propiedad estatal”<sup>15</sup>. Este dominio constitucional limitado encuentra su expresión en la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

29. Como ilustración de las explicaciones presentadas con anterioridad, en el cual se argumenta sobre el tipo de dominio al cual pertenecen las minas, el Art. 5° inc. 5°, LOC Concesiones Mineras dispone que “Si el Estado estimare necesario ejercer las facultades de ex-

plorar con exclusividad y explotar sustancias concesibles, deberá actuar por medio de empresas de las que sea dueño o en las cuales tenga participación, que constituyan o adquieran la respectiva concesión minera y que se encuentren autorizadas para tal efecto de acuerdo con las normas constitucionales vigentes”. Es decir, si el Estado aspira a tener el derecho de aprovechamiento o goce de las minas, no deriva su título jurídico de la disposición constitucional tantas veces citada, en virtud de la cual se le otorga el dominio sobre todas las minas, sino que, al igual que cualquier otro particular, debe aspirar al derecho real que nace de la concesión judicial. Otra manifestación de la realidad recién comentada está expresada en el Art. 15 de la LOC de Concesiones Mineras, en donde se señala que “Todo concesionario minero, en cuanto tal, tiene la obligación de sujetarse a las normas relativas al derecho del Estado de primera opción de compra, al precio y modalidad habituales del mercado, de los productos minerales que esta ley declare de valor estratégico por contener determinadas sustancias en presencia significativa”. En síntesis, se concordará con los suscritos que, si el Estado tiene el derecho de primera opción de compra (Art. 15) y, asimismo, requiere del otorgamiento de una concesión judicial para explotar sustancias concesibles (Art. 5 inc. 5°), el dominio del Estado sobre todas las minas no tiene las características o cualidades propias de la propiedad sujeta al régimen privado. Este último tipo de propiedad sí contempla la aptitud de apropiación junto con sus tradicionales facultades civiles de uso, goce y disposición, lo cual constituye un título de dominio de aquellos que posibilitan, en último término, la imposición de una obligación de pago como contraprestación por la utilización del bien sobre el que recae dicho dominio. Incluso más, si bien es cierto el derecho de que goza el concesionario minero no puede calificarse como dominio, el contenido de este derecho real de apro-

vechamiento que nace de la concesión sí tiene las características que le permiten lograr –con sus límites propios– una utilidad económica.

30. A modo de conclusión sobre este tópico, lo cierto es que el título del Estado para intervenir sobre sustancias mineras concesionables (la fuente de la *potestas*) no está en una suerte de dominio o propiedad de características privadas, ámbito en el cual sí podría tener sentido hablar de obligaciones en dinero como contraprestación al uso de un derecho ajeno. Sin perjuicio de las denominaciones jurídicas, en materia minera los titulares de concesiones nada deben al Estado en virtud del dominio que la Constitución, el Código de Minería y el Código Civil le atribuyen a éste. En el mismo sentido, dicho dominio del Estado no lo habilita para fundar su intervención limitativa o reguladora de derechos a través del establecimiento de nuevas obligaciones, lo que, en todo caso, no trae aparejado –por ese solo hecho– un vicio de inconstitucionalidad. Lo anterior es sin perjuicio que dicho error argumental pueda implicar una debilidad de la iniciativa gubernamental en otros planos, como con respecto a la discusión sobre si hay discriminación arbitraria en el trato del Estado en materia económica, así como respecto de una discusión que no forma parte del presente informe, esto es, el de la conveniencia o inconveniencia, desde el punto de vista de las políticas públicas, del proyecto objeto de análisis. Sólo en virtud del poder de imperio propio de la ley (connatural a ella) puede el Estado imponer obligaciones pecuniarias coercitivas a una determinada actividad económica, siempre que observe los requisitos constitucionales pertinentes. En otras palabras, “el derecho del Estado a cobrar por el aprovechamiento de los recursos mineros”, mencionado en el Mensaje, es un derecho o, mejor dicho, potestad que el

Estado tiene respecto de todo bien perteneciente al dominio público, sea del Estado o no, es decir, respecto de todo bien no susceptible de apropiación por particulares, incluido el Estado en su calidad de Fisco.

#### IV. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO POR MEDIO DE LA IMPOSICIÓN DE TRIBUTOS, CARGAS O GRAVÁMENES.

##### IV.A) NATURALEZA JURÍDICA DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO A TRAVÉS DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN VINCULADA A LA EXPLOTACIÓN MINERA DERIVADA DE LA CONCESIÓN CONSISTENTE EN PAGAR UNA CANTIDAD DE DINERO DETERMINABLE SEGÚN CIERTOS PARÁMETROS.

31. ¿SÓLO UNA OBLIGACIÓN DE LA CONCESIÓN? ¿SÓLO UNA OBLIGACIÓN VINCULADA A LA EXPLOTACIÓN MINERA POSIBILITADA POR LA CONCESIÓN? Lo primero que conviene ser aclarado es si resulta útil plantear que la regalía minera es una obligación de la concesión (o vinculada a la explotación minera derivada de la misma), sin ir más allá y con el objeto de distinguirla del concepto de tributo o carga<sup>16</sup>. Resulta evidente que se está en presencia de una obligación. El sostener que se trata de una “obligación de la concesión” no agrega más que un sentido de localización de la misma. Lo que interesa descubrir es si dicha obligación de la concesión es una obligación tributaria o de otra naturaleza. Dicho de otro modo, hablar de obligación de una concesión minera no es contradictorio con el hecho que su origen pueda estar en el ejercicio de la potestad tributaria. De hecho, la misma Corte Suprema ha reco-

16 El profesor Rodrigo P. CORREA G. (El Mercurio, D 18: 16 de mayo de 2004) ha expresado que “En relación con la actividad minera, la Constitución admite tres tipos de exacciones patrimoniales: tributos, obligaciones de la concesión y patentes”.

nocido que hay tributos que se aplican a concesiones<sup>17</sup>.

32. LA OBLIGACIÓN PROPUESTA ES UN CANON, EL CUAL ES UNA ESPECIE DE TRIBUTO Y, EN ÚLTIMO TÉRMINO, DE UNA CARGA PÚBLICA REAL. Indicamos, con anterioridad, que las minas, en la práctica (y sin perjuicio del declarado dominio del Estado sobre las mismas), poseían, en general, un régimen jurídico similar al de los bienes públicos. El uso de los bienes públicos es por principio gratuito, lo que no obsta que a veces sea oneroso<sup>18</sup>. De modo que, aunque no se trate de un elemento esencial, la onerosidad del uso se puede traducir en una prestación económica<sup>19</sup>. La obligación de dinero a la que alude la iniciativa gubernamental y que obedecería a una contraprestación o compensación por el uso de los particulares de bienes que no pertenecen al dominio privado, es identificado por el profesor Marienhoff como “canon”<sup>20</sup>. Dicho autor se pregunta, desde luego, cuál será su naturaleza jurídica, respondiendo que “*El canon no es un ‘impuesto’ (...) El canon es una obligación que pesa sobre los que obtienen una concesión*

*para usar una dependencia de dominio público; en cambio, el impuesto, como obligación, es unilateral; el que lo paga no recibe beneficio alguno, inmediato y directo, proveniente de ese hecho. El canon y el impuesto son especies del género ‘contribuciones’, pero constituyen especies distintas*”<sup>21</sup>. El citado autor también distingue al canon de las tasas: “*El canon tampoco constituye una ‘tasa’, ya que no representa la retribución de servicio alguno*”<sup>22</sup>. En igual sentido, Marienhoff descarta que pueda asimilarse el concepto de canon al de precio del bien objeto de concesión, pues si así fuere se trataría de una enajenación, “*ya que el precio respecto al que lo paga, equivale y reemplaza al valor de la cosa entregada por el enajenante*”<sup>23</sup>. La naturaleza pública del bien excluye la posibilidad de su enajenación, tanto más cuanto las concesiones no son traslativas de dominio, sino meramente constitutivas de un derecho de uso y/o aprovechamiento<sup>24</sup>. En definitiva, los suscritos hacen suya la opinión del aludido catedrático quien sostiene que el canon (regalía) es una modalidad de la concesión que tiene la naturaleza jurídica de ser una contribución<sup>25</sup>,

17 La Corte Suprema, ha sostenido que: “...el principio de proporcionalidad asegura la debida confianza de que el tributo o gabela que se imponga a los servicios, concesiones o permisos (...) guarde la debida relación equitativa con tales servicios, concesiones o permisos, sobre la base de pautas permanentes e inequívocas, como una forma de respetar el principio básico de igualdad ante la ley e igual repartición de los tributos (...), manteniendo dentro de ciertos márgenes relativos, el equilibrio necesario para tratar de que en situaciones iguales, las cargas o el sacrificio tributario sean también semejantes” (énfasis agregado). [Sentencia de fecha 28 de enero de 1992, considerando 8º, reproducida en LXXXIX Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2º P. S.V, p. 9; citada por CEA, J.L. (2003): Derecho Constitucional Chileno, Tomo II; Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 472].

18 MARIENHOFF, Miguel (1996): *Tratado de Derecho Administrativo*; Abeledo-Perrot; 4ª edición actualizada, tomo VI, p. 813.

19 Una alternativa es que se establezca la obligación de trabajar la mina, como ha ocurrido en la historia jurídica de nuestro país en materia minera.

20 El profesor MARIENHOFF (1998), Tomo V, p. 468, dice que “a cargo del concesionario de uso de una dependencia del dominio público, puede establecerse una obligación económica, que habitualmente consiste en el pago de una suma de dinero, (...) Esa prestación económica a cargo del usuario se llama ‘canon’”.

21 MARIENHOFF (1998): tomo V, pp. 468-469. Tal opinión es repetida e ilustrada por el autor en el tomo VI (p. 815) al sostener que “El canon y el impuesto son especies del género ‘contribuciones’, pero constituyen especies distintas. Asimilar el canon a un impuesto implica un error tan grande como el de asimilar un perro con un caballo. El ‘canon’ es el ‘canon’; dentro del género ‘contribuciones’ tiene casillero propio.”.

22 MARIENHOFF (1996): tomo VI, p. 815.

23 MARIENHOFF (1998): tomo V, p. 471.

24 MARIENHOFF (1998): *ibíd.*

25 MARIENHOFF (1998): ver en general N° 1829, pp. 468-474.

lo que equivale –en Argentina– a lo que se conoce en nuestro país como tributo<sup>26</sup>.

33. Continuando con el intento de aclarar conceptos de importancia para la discusión sobre la materia, junto con resaltar que la regalía o canon es una especie de tributo, también debe destacarse que los términos impuestos y tributos no son equivalentes. No es poco común que con el objeto de contrastar los términos de regalía y tributo, se confunda éste último con las características propias del impuesto, lo que es equivocado. El impuesto es una especie de tributo, concepto que constituye el género. Por lo mismo, resulta útil tener presente que el “tributo” es un concepto muy amplio, omnicompreensivo de distintas variedades entre las cuales se encuentran los impuestos y los cánones o regalías. Ilustrativo de la generalidad que caracteriza a los tributos es la definición que el modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID) ofrece: “Tributos son las prestaciones en dinero que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines”.

34. Así como resulta doctrinariamente plausible que obligaciones en dinero, como la que es objeto de la iniciativa gubernamental comentada, puedan ser calificadas como tributo, desde el punto de vista de la historia constitucional de nuestro país puede argüirse que la expresión “tributos”, presente en numerosas disposiciones de nuestra Constitución, es un concepto igualmente genérico. En efecto, y tal como lo confirma el profesor Evans: “Conforme con la historia fidedigna del N° 20 del ar-

tículo 19 de la Carta Fundamental, la voz ‘tributo’ se utilizó en la formulación del precepto por ser técnicamente más adecuada y abarcar todo tipo de obligación patrimonial impuesta por ley en favor del Estado acreedor, comprendiendo, por tanto, los impuestos, las contribuciones, las tasas, los derechos y patentes, entre otros”<sup>27</sup>. La misma Corte Suprema ha ratificado tal interpretación al sostener que “...el vocablo tributo fue incorporado en nuestra actual Constitución, en reemplazo de la voz contribuciones o impuestos, de modo que ha de entenderse que comprende, además, las tasas y los demás derechos o cargas semejantes (...)”<sup>28</sup>.

35. No obstante lo anterior, podría, eventualmente, sostenerse que se está en presencia de una “carga pública real”, concepto que según la interpretación de algunos autores, como el profesor Cea, sería aún más genérica que la expresión “tributos”. Como lo explica el mencionado autor: “Añade la Constitución que ella asegura otra manifestación del principio de isonomía. Se trata de la igual repartición de las demás cargas públicas, esto es, de aquellas que no son tributos. [...] Esta disposición se relaciona con el artículo 22 inciso 3°. De la comparación y armonización de ambas disposiciones se desprende que el numeral 22 se refiere a las cargas públicas personales o servicios y no a las cargas públicas reales o gravámenes, como las requisiciones de bienes, las servidumbres de utilidad pública y cualquiera otra que no sea tributo. La función social del dominio legitima tal imposición. Las cargas públicas reales deben, en todo caso, ser impuestas por ley y respetando el principio de igualdad y no discriminación”<sup>29</sup>.

26 Como lo aclara Giuliani FONROUGE: “...en nuestro país dicha expresión tiene sentido genérico, equivalente a tributos, y podría dar lugar a confusiones.” (*Derecho Financiero*; Editorial Desalma; 3ª Edición actualizada y ampliada; Vol. I; p. 267). Lo que en Chile suele denominarse contribuciones corresponde a lo que en Argentina se denomina “contribuciones especiales”.

27 EVANS E., Eugenio (1998): “Justicia y proporcionalidad de los impuestos indirectos de la Constitución Política”; *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, pp. 163-167.

28 Considerando 15° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 28 de enero de 1992, reproducida en LXXXIX *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª P. S.V.; p.11; citada en CEA J.L. (2003): *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile; Tomo II; p. 471.

29 CEA, José Luis (2003): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 475.

36. Si se asume que la interpretación del profesor Cea es correcta, la pregunta relevante que resta hacerse es si la regalía propuesta por el gobierno es, además de una carga pública real, un tributo, o, por el contrario, si se está en presencia de una carga real no constitutiva de tributo. En la doctrina, si bien se distingue, por algunos, entre prestación forzosas reales patrimoniales (tributos) y extrapatrimoniales (cargas),<sup>30</sup> ejemplos de éstas últimas prácticamente no se proporcionan (se suele colocar como ilustrativo del caso anterior la obligación de depósito legal de libros). Ante esta disyuntiva, es de opinión de los suscritos que resulta más convincente pensar que el cobro propuesto por el Ejecutivo es un tributo y, por consiguiente, también una carga pública real.

#### IV.B) LÍMITES CONSTITUCIONALES EN RELACIÓN A QUIÉN INTERVIENE (EL ESTADO) Y EN RELACIÓN A LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN (TRIBUTO). PRINCIPIO DE NO AFECTACIÓN Y DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA.

Sin perjuicio de las distinciones conceptuales no puede perderse de vista que los límites constitucionales a la intervención del Estado propuesta en la Iniciativa no varían en demasía según se trate de una carga pública no tributaria, de un tributo o, incluso, de una pres-

tación económica no constitutiva de tributo ni carga pública. En efecto, el único requisito adicional relevante para estos efectos que se le exige al Estado en el ejercicio de su potestad tributaria radica en el principio de no afectación, ya que tanto el principio de legalidad, como de igualdad y justicia (o proporcionalidad) son igualmente aplicables cualquiera sea la naturaleza jurídica del cobro pretendido<sup>31</sup>.

37. PRINCIPIO DE NO AFECTACIÓN. En virtud del principio de no afectación contemplado en el inciso 3° del artículo 19 N° 20 de la Constitución, se exige que *“Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado”*. La única excepción admitida la contempla el inciso siguiente del cuerpo normativo aludido en el cual se indica que *“Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo”*. En el proyecto de ley, a diferencia de los comunicados gubernamentales previos<sup>32</sup>, no existe antecedente alguno que permita aseverar que los recursos

30 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ hablan de prestaciones forzosas reales tributarias y no tributarias [*Curso de Derecho Administrativo*; Editorial Civitas; 8ª Edición; Tomo II; p. 125].

31 Los principios de igualdad y justicia (no confiscatoriedad) son objeto de agrupación, para estos efectos, en virtud de tratarse de conceptos bastante ligados. Cuando se prohíbe la discriminación arbitraria del Estado en materia económica (una de las manifestaciones del principio de isonomía expresado en ámbitos más generales por la Constitución) se le está exigiendo al Estado pasar el test de la razonabilidad y proporcionalidad en su actuar, criterios presentes tanto en los valores de igualdad como de justicia (en su sentido de no confiscatoriedad o proporcionalidad).

32 En el documento emitido por el Gobierno, específicamente por los Ministros de Hacienda, de la Secretaría General de la Presidencia y de Minería, con fecha 19 de abril del 2004, se expresa que lo recaudado *“no se destinará al financiamiento del gasto corriente del Estado, sino que constituirá un fondo para el fomento de la innovación, y de la investigación y desarrollo con el fin de reemplazar la capacidad de generación de ingresos futuros a medida que el recurso se agote o pierda valor”*. Si esto hubiera sido incorporado en el proyecto de ley, la iniciativa sería inconstitucional en virtud de lo dispuesto en el inciso 3° del N° 20 del artículo 19 de la Constitución. En efecto, del contenido del documento aludido al comienzo, no se apreciaba una clara identificación local o regional. De hecho, se afectan concesiones mineras en diferentes regiones del país y tan distantes como las ubicadas en el norte y sur del país. Además, no parecía que la creación de un fondo de innovación pudiese haber sido calificada de obra de desarrollo.

recaudados por el Estado en virtud del pago de la Regalía no ingresen directamente al patrimonio de la Nación, luego de lo cual se le podrá dar un destino específico de acuerdo a las normas presupuestarias.

38. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA DEL ESTADO EN MATERIA ECONOMICA. Cualquiera sea el vehículo en virtud del cual el Estado intervenga en materia económica, éste debe cumplir con el límite establecido en el artículo 19 N° 22 consistente en no realizar discriminaciones arbitrarias en su trato, principio el cual se encuentra incorporado en diversas disposiciones de la Carta Fundamental, como, por ejemplo, en el inciso 2° del N° 2 del artículo 19, el cual dispone que “*ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias*”. En otras palabras, independiente de que la obligación en dinero que se pretende imponer como parte de la concesión minera se denomine regalía, tributo o carga real, quien está interviniendo (el Estado) debe procurar no hacerlo en una forma tal que las distinciones o discriminaciones involucradas sean arbitrarias.

39. ¿CUÁNDO SE ESTARÍA EN PRESENCIA DE UNA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA? Esto puede ocurrir en distintas situaciones. En un primer caso, es posible sostener que hay una discriminación económica arbitraria cuando el Estado “*confiere beneficios o impone gravámenes, apreciables en dinero, a grupos de sujetos incorrectamente agrupados en relación al fin de la norma, por efecto de una deficiente apreciación de los elementos esenciales que los vinculan*” (énfasis agregado)<sup>33</sup>. En segundo lugar, puede haber una discriminación arbitraria cuando el medio o instrumento de intervención propuesto no es proporcional en relación al fin perseguido por la norma (esto es, compensar un supuesto valor intrínseco de un bien de dominio públi-

co). En tercer término, habrá también una discriminación arbitraria cuando el medio o instrumento de intervención propuesto tiene una intensidad desproporcionada en relación a la categorización efectuada<sup>34</sup>.

40. ¿OBEDECE LA CATEGORIZACIÓN EFECTUADA (EXPLOTADORES MINEROS) A UN VÍNCULO ESENCIAL COMÚN EN CONSIDERACIÓN AL FIN DE LA NORMA? El proyecto hace una serie de distinciones, algunas de las cuales constituyen, además, intentos de justificación. La primera distinción deriva de la supuesta pertinencia de un tratamiento disímil según si se tenga o no el dominio sobre el particular, tema ya analizado. La segunda gran distinción en la que se sustenta el proyecto de ley dice relación con el carácter renovable o no renovable de un recurso natural. Se sostiene que los recursos naturales no renovables ameritarían ser tratados de una manera diferente que aquellos que no lo son. En tercer lugar, se realiza una distinción al interior de la categoría de los recursos naturales no renovables, particularmente al interior del sector minero (no todas las concesiones serían tratadas igualmente). En cuarto lugar, se realiza una diferenciación desde el punto de vista temporal en lo referente al período de transición (el período de transición implica, en la práctica, un tratamiento desigual para las compañías mineras). Sin perjuicio que algunas de las justificaciones y criterios de distinción no aparecen convincentes, la agrupación de sujetos obedece a un sector claramente identificado. De hecho, la existencia de una patente avala la categoría, y, por ende, la hace susceptible de un trato distinto a otros sectores. No obstante lo anterior, ¿se justifican las diferencias al interior de la categoría “concesiones mineras de explotación”? La propia patente minera ya aludida importa un cobro diferenciado según ciertos criterios definidos en los cuerpos legales

33 FERMANDOIS, A. (2001): *Derecho Constitucional Económico -garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Universidad Católica de Chile, 1ª edición, Tomo I, p. 209.

34 FERMANDOIS, A. (2001): *ibíd.*, p. 204.

correspondientes. El tratamiento disímil (o categorización) sólo sería constitucionalmente aceptable si obedece a criterios razonables, lo que dependerá del análisis fáctico que se haga. Sin perjuicio de lo anterior, si se pretende por el Estado intervenir regulando sobre la base de consideraciones distributivas (con las generaciones futuras como señala la iniciativa), hay que ser cuidadoso de no cargar excesivamente el peso de la "igualación" en unos pocos. Lo referente a la intensidad de la medida se abordará más adelante.

41. ¿ES EL MEDIO (TRIBUTO) PROPORCIONAL EN ATENCIÓN A LA FINALIDAD DE LA INICIATIVA PROPUESTA? Sin perjuicio de la debilidad de algunos fines justificatorios (dominio del Estado sobre las minas y no renovabilidad de los recursos) resulta razonable que el uso de bienes sustraídos del dominio particular pueda ser oneroso, es decir, que se cobre un monto de dinero por su uso o aprovechamiento. Por el contrario, si se tratara de imponer una obligación consistente, por ejemplo, en la cesión de terrenos podría, eventualmente, llegar a sostenerse que el medio no es proporcionado al fin (compensación por el uso o aprovechamiento de un bien de dominio público), debido a que existirían otros medios más idóneos para cumplir el objetivo perseguido. Sin embargo, no es el caso.

42. ¿TIENE EL CANON TRIBUTARIO PROPUESTO UNA INTENSIDAD DESPROPORCIONADA EN RELACIÓN A LA CATEGORIZACIÓN EFECTUADA? Del examen del proyecto se debe verificar si el tratamiento distinto (en consideración al medio propuesto) a que es objeto un sector o categoría determinada sobre la cual no hay reparos de razonabilidad (concesiones mineras de explotación) es de una entidad o intensidad tal que implique una agudización desproporcionada de las diferencias. En otras palabras, resulta importante saber si el tributo propuesto implica o no una excesiva carga para la categoría identificada en relación a otras categorías

no afectas a la misma. Es posible que respecto de este test pueda llegar a existir algún grado de arbitrariedad, en particular si se contrasta con otros sectores en los que se utilizan bienes del dominio público y en el que no se efectúa cobro alguno. El Ejecutivo sostiene que "*La minería se diferencia del resto de los sectores por cuanto el minerales un recurso no renovable, respecto del cual, adicionalmente, el Estado tiene una propiedad establecida constitucionalmente*". No parece ser razón suficiente que amerite una discriminación tan grande señalar que el uso de unos recursos son no renovables y otros sí lo son. Tampoco resulta justificación suficiente decir que en un caso se está ante bienes del dominio del Estado y en los otros no, en especial dada la similitud de regímenes, como largamente fue expuesto con anterioridad. En definitiva, para que la discriminación no sea considerada arbitraria, debe haber proporcionalidad en la entidad o intensidad de la regulación en relación a la sofisticación del agrupamiento de sujetos destinatarios de la norma<sup>35</sup>.

43. En el caso concreto objeto de análisis, es posible sostener que la diferencia entre el sector minero y otros sectores de recursos no es lo suficientemente evidente como para que reciban un trato (gravamen) tan diametralmente distinto. Así, pues, si el impacto económico (o intensidad del gravamen) fuera extremadamente diferente, tanto en relación a la gratuidad existente en otros sectores como al actual nivel de onerosidad en virtud del pago de la patente, se estaría en presencia de un trato estatal arbitrariamente discriminatorio. No es razón suficiente que amerite una eventual discriminación tan grande señalar que el uso de unos recursos son no renovables y otros sí lo son.

44. ¿ES LA NO RENOVABILIDAD DE UN RECURSO UN CRITERIO NO PROBLEMÁTICO DE DISTINCIÓN? Es razonable pensar que la onerosidad o gratuidad en la utilización de un bien dependa de si estamos en presencia de un re-

curso o no, y de si dicho recurso es escaso o no, más que renovable o no renovable. En primer lugar, conviene tener presente que “*Los recursos son definidos por el hombre, no por la naturaleza (...) antes que cualquier elemento pueda ser clasificado como recurso, dos condiciones básicas deben ser satisfechas: primero, el conocimiento y las habilidades técnicas deben existir para permitir su extracción y utilización; y, segundo, debe haber una demanda por los materiales o servicios producidos. Si cualquiera de esas condiciones no son satisfechas, entonces las sustancias físicas permanecerán como “algo neutro”. [...] Es, por lo tanto, la habilidad humana y la necesidad lo cual crea a un recurso como valioso, no la mera presencia física*”<sup>36</sup>. Aquellos sustancias que aún no han sido descubiertas o que, sabiéndose de su existencia, no es factible explotarlas, o que siendo factible su explotación no tienen demanda suficiente, no pueden denominarse, en estricto rigor, como un recurso. En segundo lugar, “*...la idea de renovabilidad solamente es un concepto significativo en términos del nivel o intensidad de su uso; es un concepto relativo, no absoluto*”<sup>37</sup>. No en vano es posible ver que recursos de los llamados renovables se encuentran en peligro de extinción. Como lo enfatiza la profesora Rees “es, por lo tanto, útil abandonar la noción de que los recursos no renovables y renovables [stock and renewable] son dos clases bastante distintas”<sup>38</sup>.

45. Por consiguiente, si ya es relativo y débil (aunque aceptable) establecer un tratamiento pecuniario distinto entre aquellos recursos que son renovables y los no renovables (como los recursos mineros), cuando dicha diferencia desde el punto de vista del gravamen patrimonial se intensifica, puede llegar a considerarse (previa demostración de la mag-

nitud de la disimilitud) que se estaría frente a un tratamiento estatal arbitrario y, por ende, violatorio del mandato constitucional contemplado en los artículos 19 N° 22 y 19 N° 2.

#### V. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO RESPECTO DE SITUACIONES PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA (especial protección constitucional en materia minera)

46. El Estado en su intento por regular sectores de la vida económica del país, a menudo incursiona en ámbitos que gozan de una especial protección constitucional. De entre éstos, la propiedad constituye una esfera particularmente privilegiada en cuanto a las barreras que la Constitución impone al Estado en su intento por limitar, restringir o regular dicho espacio.

47. Si el Estado pretende intervenir en una actividad económica estableciendo regulaciones que, como la imposición de pagar una regalía minera, implican, de alguna forma, una intromisión en situaciones amparadas por el derecho de propiedad, debe verificarse que la intrusión en cuestión respete los límites que la Carta Fundamental ha establecido y que, en el caso del sector minero, gozan de una especial y pormenorizada protección.

48. Toda persona en general y las empresas mineras (o titulares de concesiones mineras) en particular gozan de dos tipos de garantías (dentro del ámbito del derecho de propiedad)<sup>39</sup> frente a la aspiración del Estado por

36 REES, Judith (1990): *Natural Resources - allocations, economics and policy*, Methuen, London and New York, p. 11.

37 REES, Judith (1990): *ibíd.*, pp. 224-225.

38 REES, J. (1990): *ibíd.*

39 Y de la seguridad jurídica.

intervenir afectando los derechos de dominio de que son titulares: una garantía formal, consistente en el *principio de reserva legal*, en virtud del cual se responde a la pregunta de quién está constitucionalmente habilitado para intervenir o regular, y una garantía material, referida a la interrogante de hasta dónde puedo llegar interviniendo, para lo cual se contempla (i) el *principio de invariabilidad de las causales de caducidad y extinción de las concesiones mineras*, (ii) la *garantía constitucional del derecho de propiedad sobre el dominio del titular sobre su concesión minera*, (iii) el *derecho a la seguridad jurídica* (obligatoriedad de respetar los atributos y facultades esenciales del dominio, así como la no imposición de tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio), y (iv) el *principio de los derechos adquiridos*.

49. GARANTÍA FORMAL: PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL. La reserva legal implica que sólo el legislador, en virtud de una ley (orgánica constitucional, de quórum calificado, etc.), puede limitar derechos constitucionales.

50. Por el hecho de estar radicada la discusión de la iniciativa presidencial en el Congreso, podría estimarse que el respeto por la garantía formal aludida no sería un tema. Esto no es necesariamente así. En primer lugar, debe verificarse si existe o no en el proyecto una delegación a la potestad reglamentaria y los términos en que ésta se hace. En segundo lugar, debe verificarse que en el proceso de génesis de la ley se han cumplido con los requisitos de quórum exigidos. Vale decir, por ejemplo, que no se haya aprobado una ley con quórum simple o calificado cuando lo exigido por la Carta Fundamental es un quórum mayor (como ocurre con las leyes orgánicas constitucionales), según el caso. En tercer lugar, debe verificarse si hay materias que se encuentran regladas en la propia Constitución y cuáles son, ya que, de existir –como ocurre en el caso objeto de estudio–, debe modificarse la Constitución, con el quórum y demás requisitos exigidos, si se quiere alterar parte de las reglas a las que dicha activi-

dad está sometida. A continuación se examinará –preliminarmente– el primero de los temas, esto es, el de la remisión efectuada por la ley propuesta a la potestad reglamentaria.

51. EL PROYECTO DE LEY CONVoca EXPRESAMENTE A LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE EJECUCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. En efecto, el artículo 1º, 1), artículo 27 (que introduce modificaciones a la ley N° 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras) dispone que: “*Un reglamento, contenido en un decreto conjunto de los Ministerios de Hacienda y Minería, definirá la forma, modalidad y condiciones de aplicación y cálculo de la regalía minera; la forma y órgano de la Administración ante el cual se deberá presentar la declaración jurada que ordena el artículo 23 de esta ley; el detalle que deberá contener el balance general y demás antecedentes que sea necesario acompañar a la referida declaración; y, en general, las demás normas pertinentes que sean necesarias para una adecuada implementación, ejecución y fiscalización.*”.

52. De especial relevancia para el análisis del principio de reserva legal es el fallo del Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 307 del año 2003, del cual se desprende que en aquellos casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta (artículo 19 N° 24 –dominio legal– y artículo 19 N° 20 –legalidad de los tributos–), “...*la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica; (...) que en la situación recién explicada el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración de los textos preceptivos que aprueba, pronunciamiento sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, el ámbi-*

to de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado;<sup>40</sup>.

53. Del examen del contenido de la remisión a la potestad reglamentaria de ejecución ya transcrita en relación con el test que se desprende del fallo recién citado, es posible considerar, preliminarmente, que el proyecto de ley cumple con la garantía formal constituida por el principio de reserva legal. No obstante lo anterior, sólo una vez que el reglamento aludido se dicte será posible tener certidumbre respecto de la constitucionalidad del mismo.

54. GARANTÍA MATERIAL: INVARIABILIDAD, DERECHO DE PROPIEDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA, Y DERECHOS ADQUIRIDOS.

55. Además de lo referente a la garantía formal ya examinada, resulta relevante discernir apropiadamente lo relacionado a la garantía de índole material del cual se benefician, en este caso, los concesionarios mineros. Sin perjuicio que las normas generales del artículo 19 N° 24 de la Constitución son aplicables a la actividad minera, en los incisos 6° a 10° de dicho numeral se establecen normas específicas del cual derivan protecciones adicionales a quienes se dedican a la actividad mencionada. En efecto, el valor del derecho de propiedad (y de la seguridad jurídica) está particularmente presente en materia minera. No es común que una determinada actividad económica reciba una protección de rango constitucional tan amplia y al mismo tiempo pormenorizada, explicable, en todo caso, si se atiende a la trayectoria histórica previa a la vigencia de la actual Carta Fundamental.

56. La implicancia primera de la existencia de una regulación constitucional es que,

en virtud del principio de jerarquía normativa (supremacía constitucional), no es jurídicamente factible su modificación por una norma de inferior rango (ley y reglamento).

57. La regulación constitucional aludida importa una limitación a la ley consistente en la invariabilidad respecto de algunos elementos de la concesión a que da lugar la explotación de los recursos mineros. Los titulares actuales de una concesión minera sobre sustancias concesibles han sido beneficiados por la Constitución con una garantía de invariabilidad, la cual, afincada en el inciso 7° del numeral 24 del artículo 19 (relativa al derecho de propiedad) tiene por finalidad favorecer la seguridad jurídica de la inversión en minería, certeza jurídica que, en virtud del número 26 del artículo 19 de la Constitución, constituye un valor reconocido. En efecto, el artículo 19 N° 24 inciso 7° de la Constitución Política de la República establece que las causales en virtud de las cuales caduque o se extinga el dominio sobre la concesión (las cuales deben ser contempladas por la ley orgánica constitucional respectiva) deben estar establecidas al momento de otorgarse la concesión<sup>41</sup>. Es decir, la Constitución garantiza que cualquier titular de una concesión minera no podrá ver caducada o extinguida su concesión en virtud del establecimiento de una nueva causal sobreviviente, como ocurre con el establecimiento de una nueva obligación que, vinculada a la explotación de recursos mineros, puede provocar, ante su incumplimiento, la pérdida de la concesión (o imposibilidad de ejercer el derecho de aprovechamiento originado del título concesional), independiente que se explicita o no tal efecto.

40 Considerandos 17° y 18° del Fallo sobre inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1, de 2003, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo; de fecha 9 de abril de 2003, publicado en el Diario Oficial el día 21 de abril de 2003.

41 La Constitución expresa 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 será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento 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".

58. La regalía minera que se establece en el proyecto de ley está vinculada, por su naturaleza, al derecho de aprovechamiento que se origina por el otorgamiento de una concesión minera. Dicha regalía, que en este informe se ha denominado (siguiendo a Marienhoff) Canon, constituye una obligación tributaria concebida en virtud del uso o explotación que se hace de un bien de dominio público (o sustraído de la posibilidad de dominio privado por los particulares, incluido el Estado en su calidad de Fisco). Vale decir, se estaría en presencia de una obligación principal al cual estaría afecto el concesionario minero en virtud de la explotación de recursos minerales, mucho más exigente, pecuniariamente, que la actual patente minera, y que, por su naturaleza, constituye una nueva obligación de amparo. La actual obligación de pagar una patente minera se sustenta en la satisfacción de un interés público. Ésta debe cumplirse bajo sanción de perderse la concesión, sea por extinción (ante la transferencia obligada producto del remate de la concesión) o por caducidad (en caso de no haber postores en el remate). De igual forma, la obligación de pagar una regalía, sustentada –igualmente– en un declarado interés público, sería por su naturaleza de aquellas cuyo cumplimiento condicionaría el amparo minero. La diferencia esencial radica en que para que lo segundo (obligación de pago de regalía minera) sea jurídicamente factible, en su aplicación a concesiones ya otorgadas, se requeriría modificar la Constitución.

59. La potestad del Estado para alterar el régimen de amparo existe, pero tiene limitaciones establecidas por la propia Constitución. En lo que aquí interesa, cabe distinguir entre

las concesiones mineras ya constituidas y las que se constituyan en el futuro. Respecto de las primeras, esto es, las concesiones ya constituidas, no cabe –jurídicamente– que puedan ser afectadas por una nueva obligación, como lo es la regalía propuesta por el Ejecutivo. Distinto sería el caso –desde la óptica de esta garantía– de las concesiones que se constituyan en el futuro, para las cuales sí podría regir la nueva obligación propuesta, sin perjuicio de las consideraciones planteadas respecto de otras garantías constitucionales<sup>42</sup>.

60. Una posición similar plantea el profesor Arturo Marín quien explica que: “*Respecto de las concesiones que se constituyan con posterioridad al establecimiento de un nuevo régimen de amparo, la norma que así se concrete no ofrecería controversia alguna. Distinto es el caso de que se pretenda afectar a las concesiones mineras ya constituidas. [...] Dado que el incumplimiento del nuevo régimen de amparo ocasiona la extinción del derecho por causales establecidas por ley sobreviviente, el acto legislativo de esta naturaleza será objetable por inconstitucional y, no obstante haber salvado un control previo y general del Tribunal Constitucional, sería susceptible de inaplicabilidad por la Corte Suprema*”<sup>43</sup>.

61. A mayor abundamiento, el informe final de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución expresa claramente la interpretación que debe otorgársele a la regulación constitucional comentada, originada en su seno: “*Queda, asimismo, facultado el legislador para contemplar causales de caducidad y simple extinción de la propiedad minera*<sup>44</sup>, pero dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de constituirse el título, con lo cual el propietario minero queda advertido en el acto en cuya

42 Esto es, sin perjuicio de la eventual constitucionalidad que pueda derivarse de la calificación de la intervención estatal como arbitrariamente discriminatoria, en cuyo caso afectaría no sólo a las concesiones ya constituidas, sino también a las que se confieran en el futuro.

43 MARÍN, Arturo (1984): op. cit., pp. 184-183.

44 En vez de propiedad minera, el la cita debe entenderse referida a la concesión minera, tal como lo establece el texto definitivo de la Constitución. Sin perjuicio de lo anterior, debe resaltarse que la disposición constitucional que la cita explica no sufrió modificaciones durante las distintas etapas de su génesis.

*virtud se origina su dominio, de cuáles son las obligaciones de amparo que pesan sobre su propiedad y, además, debidamente resguardado frente al grave riesgo del cambio de legislación en tan delicado aspecto.”* (énfasis agregado)<sup>45</sup>.

62. Una interpretación jurídicamente sana de la Constitución no admitiría que el derecho del titular de la Concesión para apropiarse y beneficiarse de las sustancias mineras fuese afectado por la imposición de una nueva obligación de pago (denominada regalía) no contemplada cuando su derecho le fue concedido previamente. En efecto, así como el no pago de una nueva obligación exigible para una concesión ya constituida no podría sancionarse con la caducidad o extinción (explícita o tácita, directa o indirecta) de la misma, del mismo modo dicho incumplimiento tampoco podría impedir el libre ejercicio del mismo derecho cuya titularidad se garantiza. La Constitución de 1980 impide que pueda imponerse a las concesiones ya otorgadas nuevas cargas u obligaciones cuyo incumplimiento de lugar a la pérdida de la concesión (Art. 19 N° 24 inc. 7°) o que pueda implicar un obstáculo que haga inviable el ejercicio (Art. 19 N° 26)<sup>46</sup> del derecho conferido previamente y especialmente garantizado (Art. 19 N° 24 inc. 9°), como ya se ha explicado. La titularidad y el ejercicio del derecho no pueden considerarse como entidades separadas. Si se pretendiera que, por un lado, es posible mantener el dominio del titular sobre la concesión (en virtud de la imposibilidad para establecer nuevas causales que le sean aplicables) y, por otro lado, se impidiera o dificultara severamente el goce o ejercicio de la misma, implicaría consagrar un resquicio

constitucionalmente inadmisibles. No tendría sentido que se llegase a postular que el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido constitucionalmente y que se encuentra debidamente resguardado frente al grave riesgo del cambio de legislación en relación a las obligaciones cuyo incumplimiento importan el desamparo de la concesión y, al mismo tiempo, pueda obstaculizarse gravemente el goce o ejercicio de la misma, precisamente por incumplir una nueva obligación que se supone (atendiendo al espíritu y adecuado sentido de la norma) no debiera aplicársele. En otras palabras, en virtud del artículo 19 N° 26 de la Constitución el legislador no está constitucionalmente habilitado para dictar preceptos legales que puedan “afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. El deseo del constituyente de que no se le cambie al titular de una concesión minera “las reglas del juego” de modo tal de hacerlo incurrir en causales de caducidad o extinción no contempladas al momento de otorgársele el título, va de la mano con la imposibilidad que, dejándosele subsistente la concesión, se termine impidiendo, en la práctica, el libre ejercicio de los derechos que de ella emanan por causa de la imposición de una obligación de pago distinta de la patente. La finalidad de proporcionar seguridad jurídica a los inversionistas titulares de concesiones mineras resulta evidente del examen del texto constitucional, así como entendible en virtud de la historia minera previa a la vigencia de la Constitución de 1980. Por tales razones, la iniciativa gubernamental consistente en la consagración de una obligación de pagar una regalía

45 Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República a S.E. el Presidente de la República, denominado “Proposiciones e Ideas Precisas”, de fecha 16 de agosto de 1978, publicado en la *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 8, N° 1-6, enero - diciembre de 1981, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 221.

46 El artículo 19 N° 26 de la Constitución dispone que “La Constitución asegura a todas las personas [...] La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (énfasis agregado).

no podría aplicarse a las concesiones ya otorgadas sin una modificación constitucional. En este sentido las disposiciones del artículo 19 N° 24 están íntimamente ligadas a las del artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental<sup>47</sup>.

63. Asimismo, esta vinculación del derecho a la seguridad jurídica (Art. 19 N° 26) con el derecho a la propiedad, particularmente en materia minera (Art. 19 N° 24 incs. 7° y 9°) no sólo se expresa en la imposibilidad constitucional (dado lo especialmente garantizado en términos de derecho de propiedad) de que se impida su libre ejercicio, sino también de que no se afecte el derecho en su esencia. No es en vano que el inciso 9° del artículo 19 N° 24 de la Constitución señala que “el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número (el derecho de propiedad)”<sup>48</sup>. En este caso particular, que la concesión esté protegida por la garantía del derecho de propiedad significa, por de pronto, que la intervención del Estado tiene como límite el respeto por los atributos y facultades esenciales del dominio<sup>49</sup>. Sin perjuicio que el descubrir la esencia de la propiedad es un problema que debe resolverse caso a caso según sea el derecho y la situación de hecho de que se trate, no parece en absoluto aventurado sostener que esto implica la facultad del titular de la concesión de no ser afectado en su derecho a extraer y apro-

piarse de las sustancias mineras bajo su concesión (y, en definitiva, de beneficiarse o gozar de aquello) cuando no se ha incurrido en una causal de caducidad o extinción establecida al momento de otorgársele su concesión. En un sentido similar lo entiende la propia LOC en su artículo 6 inciso 2° al decir que “*La privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella*”. Así como el mismo artículo 6 en su inciso 1° repitió el beneficio de la garantía del derecho de propiedad del titular sobre la concesión, el inciso 2° de dicho artículo explicitó lo que, por naturaleza, tal protección constitucional significaba. Coincidente con lo anterior, hay tratadistas para los cuales la problemática de descubrir el contenido esencial de un derecho “*parece resolverse en función de las posibilidades de aprovechamiento residual que corresponden al titular del derecho, es decir, de las reales posibilidades de explotación o de aprovechamiento que restarían al propietario si se consumare la intervención estatal, las que dependen totalmente de la naturaleza del bien*”<sup>50</sup>. Es decir, este criterio de “privación” persistiría aún si el artículo 6 inciso 2° de la LOC se derogara.

64. Adicionalmente y estrechamente vinculado a la garantía del derecho de propie-

47 En efecto, si las consecuencias de un incumplimiento a la obligación de pago de la regalía minera es de tal magnitud que impida el libre ejercicio del derecho de aprovechamiento atribuido al titular de la concesión minera (Art. 19 N° 26), la intervención del Estado no sería admisible desde el punto de vista constitucional. Vale decir, el legislador no se encontraría habilitado para consagrar su imposición. Tal situación acontecería, ante una privación de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible, como ocurriría cuando se imponen tributos, requisitos o condiciones que hagan absolutamente ilusorio el ejercicio del derecho. Véase la consistente Jurisprudencia del Tribunal Constitucional expresada en sentencias tales como las siguientes: Rol N° 43 de 1987 (considerando 21°), Rol N° 200 de 1994 (considerando 3°), Rol N° 203 de 1994 (considerando 14°), Rol N° 280 de 1998 (considerando 29°).

48 En el mismo sentido el artículo 6 inciso 1° de la LOC de Concesiones Mineras establece que “El titular de la concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política”.

49 “Nadie puede, en caso alguno, ser privado (...) de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”, salvo por expropiación (artículo 19 N° 24 inciso 3°).

50 LÓPEZ MUÑOZ, citado por Enrique RAJEVIC (1996): “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1, pp. 23-97.

dad sobre la concesión (o, en estricto rigor, sobre los derechos emanados de la concesión) a favor del concesionario minero se encuentra el respeto a los derechos adquiridos. El concesionario minero tiene derechos adquiridos no sólo sobre la concesión o derecho de aprovechamiento que por ella nace, sino que también sobre el régimen de invariabilidad (a partir del otorgamiento de la concesión) referido a las causales de caducidad y extinción de las obligaciones que tengan una naturaleza de amparo.

Enfatizando el vínculo del artículo 19 N° 24 con los derechos adquiridos, el profesor Evans de la Cuadra ha señalado que *“La garantía constitucional se extiende también a los derechos adquiridos, los que no pueden ser afectados, restringidos o suprimidos por leyes posteriores. Son derechos adquiridos los que pueden emanar de un hecho jurídico o de un acto jurídico, privado o surgido de la autoridad estatal, conforme a la legislación vigente y cuyos efectos se han incorporado al patrimonio de una persona, aunque hacer exigibles esos efectos ocurra bajo el imperio de otra legislación”*<sup>51</sup>.

El Tribunal Constitucional, por su parte, también ha reconocido la institución de los derechos adquiridos, sosteniendo que *“la regulación legal de toda actividad económica y las modificaciones que se introduzcan en el futuro, deben necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución y, consiguientemente, respetar y conciliarse en forma precisa y atenta con los derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas. Una pretendida regulación de una actividad económica debe tener presente los derechos legítima-*

*mente adquiridos por las personas al amparo de la norma vigente al momento de su adquisición”*<sup>52</sup>.

En el mismo sentido, se ha sostenido por el Tribunal Constitucional que *“la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior, que tal como se ha reconocido en el Derecho Comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución”*<sup>53</sup>.

65. Hay que hacer presente que la Constitución de 1980, en lo referente a la actividad económica minera, establece un sistema excepcional de organización en relación a la propiedad. La Carta Fundamental, en términos ge-

51 EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986): *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica, p. 376. Habría que agregar que también es fuente de derechos adquiridos el poder judicial.

52 Tribunal Constitucional: Considerando 69°, fallo Rol N° 207, de fecha 10 de febrero de 1995, pronunciándose en virtud de requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley que derogaba el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada, contenido en el Mensaje enviado por el Presidente de la República con fecha 16 de enero de 1995 a la Honorable Cámara de Diputados.

53 Tribunal Constitucional: fallo Rol N° 207, considerando 67°.

nerales, repudia la posibilidad de que pueda llegar a establecerse un sistema que conduzca a la extinción de la concesión o, lo que es lo mismo, a la inutilidad del derecho de aprovechamiento que se deriva de la misma, si el concesionario ha cumplido con las obligaciones vinculadas a la explotación minera existentes al tiempo de otorgarse la misma concesión. No ha sido la intención del constituyente que el concesionario, en virtud de un acto posterior del Estado, por causa no imputable a él, corra el riesgo de que la concesión expire o que se haga imposible que el derecho que de ella nazca pueda ejercerse. Como se plantea en la historia fidedigna de la regulación constitucional minera, la mayoría de cuyas recomendaciones fueron acogidas, *“ Toda inversión en minería lleva consigo una aleatoriedad que le es inherente y propia, y en proporción inmensamente mayor que en otras inversiones, por lo que si a este riesgo se agrega un factor de inseguridad jurídica, serán muy pocos los que realicen las considerables inversiones que requiere la explotación de las minas ”*. Las anteriores no son palabras de los suscritos, sino de la comisión que participó en la redacción de la Constitución, lo que, en último término, puede resultar de utilidad para entender el espíritu de la regulación constitucional de la minería. Nuevamente, cabe destacar que no es materia de este informe hacer un juicio de valor respecto de la conveniencia o inconveniencia, desde el punto de vista de las políticas públicas, de las normas constitucionales y legales existentes, así como de las propuestas. Pero, lo cierto, es que dichas normas jurídicas existen y obedecen a un espíritu determinado, el cual puede iluminar la correcta interpretación (sentido y alcance) de las normas objeto de análisis.

66. En consecuencia, en virtud de lo dispuesto por la Constitución en el artículo 19 N° 24 incisos 7° y 9° en relación con el artículo 19 N° 26, sólo en virtud de una reforma constitucional sería jurídicamente posible establecer una nueva obligación (como la con-

templada en virtud de la iniciativa del Ejecutivo) que pueda afectar a aquellas concesiones ya otorgadas.

## VI. CONCLUSIONES

67. 1) Al Estado le basta el ejercicio de su poder de imperio (no su reclamado derecho de dominio sobre las minas) para imponer un cargo o regalía, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales pertinentes.
- 2) El error argumental consistente en fundar la intervención en el derecho de dominio del Estado sobre las minas (el cual se encuentra fuertemente limitado por el régimen de concesiones, no teniendo las posibilidades de rédito económico propios del dominio de derecho privado) no tiene incidencia en la legitimidad constitucional de la iniciativa. No obstante lo anterior, el aludido error argumental puede implicar una debilidad en otros planos, como con respecto a la discusión sobre si hay discriminación arbitraria en el trato del Estado en materia económica, así como respecto de una discusión que no forma parte de un análisis constitucional, esto es, el de la conveniencia o inconveniencia –desde el punto de vista de las políticas públicas– de la iniciativa gubernamental.
- 3) La obligación que se pretende imponer tiene las características de un canon o retribución por el derecho de uso y aprovechamiento de aquellos bienes no susceptibles de apropiación por los particulares (bienes de dominio público o del Estado). Dicho canon es una especie del género “tributo”.
- 4) La discusión sobre la naturaleza jurídica de la nueva obligación que se pretende imponer tiene una incidencia limitada desde el punto de vista constitu-

cional. En efecto, y sin perjuicio de la garantía constitucional del derecho de propiedad, la limitación constitucional fundamental en lo que respecta a la intervención legislativa en materia económica, en este caso en particular, dice relación con el sujeto (el Estado) más que con la categoría del instrumento de intervención (tributo). Según el artículo 19 N° 22 de la Constitución, el Estado está impedido de realizar un trato arbitrariamente discriminatorio en materia económica, test que no es claro que la iniciativa gubernamental cumpla. Esto ocurre debido a la profunda diferencia de trato por parte del Estado entre la categoría recursos mineros y aquellos que no lo son. La justificación de la distinción entre ambas categorías (basada, principalmente, en que el dominio de las minas es del Estado y que éstas constituirían recursos no renovables, a diferencia de otro tipo de recursos naturales) es débil en comparación con la intensidad de la diferenciación que el Estado intenta imponer en términos de contribución económica. Podría haber una desproporción constitutiva de arbitrariedad.

- 5) El aspecto más vulnerable del Proyecto de Ley dice relación con el Art. 19 N° 24 inciso 7° de la Constitución, del cual se desprende que no podrá establecerse una nueva obligación para la concesión minera cuyo incumplimiento lleve aparejado la pérdida de la misma. La Constitución dispone que las causales de caducidad o simple extinción de una concesión minera deben estar establecidas al momento de otorgarse la misma. El proyecto de ley vulnera abiertamente el sentido y espíritu de la protección constitucional especial conferida a los concesionarios mineros. Ante un incumplimiento de esta nueva obligación, el SII y la Tesorería harán impracticable el de-

sarrollo de la actividad, significando, en la realidad, la inutilidad del derecho de aprovechamiento que nace de la concesión. Si la obligación de pagar la patente minera debe cumplirse para amparar o no perder el derecho a explotar el yacimiento derivado del otorgamiento de la concesión, con mayor razón debe ocurrir lo mismo con la nueva obligación que se establece, la cual lleva aparejada, indirectamente, una nueva causal de caducidad o extinción de la concesión, bajo la forma de obstaculizar el libre ejercicio del derecho, lo cual sólo puede llegar a ocurrir modificando la Constitución. La historia fidedigna de la disposición constitucional aludida avala dicha interpretación. En efecto, el informe final de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que nos permitimos repetir, expresa claramente el punto: "*Queda, asimismo, facultado el legislador para contemplar causales de caducidad y simple extinción de la propiedad minera, pero dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de constituirse el título, con lo cual el propietario minero queda advertido en el acto en cuya virtud se origina su dominio, de cuáles son las obligaciones de amparo que pesan sobre su propiedad y, además, debidamente resguardado frente al grave riesgo del cambio de legislación en tan delicado aspecto.*" (énfasis agregado).

- 6) De lo argumentado en el punto anterior, resulta evidente que la nueva obligación que pretende imponer el Ejecutivo en ningún caso puede afectar a las actuales concesiones mineras. Sólo podrá aplicarse para las futuras concesiones que se otorguen, con las prevenciones respecto de la eventual discriminación arbitraria que pueda significar la comentada intervención del Estado en la actividad económica minera.