

UN APORTE AL NUEVO ESCENARIO DOGMÁTICO DEL DERECHO MINERO

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Profesor de Derecho Administrativo

Profesor de Derecho de Minería

Pontificia Universidad Católica de Chile

Elisa Moreu Carbonell, joven profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, ha publicado una edición, parcial, de su excelente tesis doctoral, defendida en la Universidad de Zaragoza en 1999, relativa al derecho de minería¹. En un vigoroso prólogo, el profesor José Bermejo Vera no solo proclama la calidad de esta investigación, sino que destaca la médula de esta tesis: proponer los cimientos que deben conformar el régimen jurídico conveniente para el sector minero².

a. Especialmente, desde un inicio, este libro se nos presenta como inquietante y provocativo.

Señala el propio profesor Bermejo, comparando aspectos centrales de este trabajo, que “por mucho que nuestro sistema jurídico haya declarado formalmente que los yacimientos minerales constituyen dependencias del dominio público, esto es, al margen de esta equívoca apariencia, debe aceptarse que el derecho a investigar y explotar con técnicas mineras constituye, en la práctica, el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa de los agentes privados, solo limitado por técnicas de tipo autorizatorio de signo preventivo” (p. 26).

Lo inquietante y provocativo se nos transforma en seductor solo páginas más adelante en la breve pero enjundiosa nota introductoria de la autora (pp. 29-31), en que declara abierta y nítidamente que su intento está destinado a destruir la percepción “mítica” y “peligrosa” de que la técnica del dominio público permite “ordenar, controlar o proteger más intensamente ciertos bienes públicos (en este caso, los mineros)” (p. 29).

Su sospecha, que es el hilo conductor de su libro, es que el dominio [público] minero no se adecua al bien jurídico objeto de protección y

lleva, paradójicamente, a una privatización absoluta de las explotaciones mineras.

A partir de estas ideas, la tesis de la autora asume como finalidad principal la crítica del sistema vigente (en España) para la investigación y explotación de los recursos mineros, a través de un recorrido de sus contradicciones, lagunas e insuficiencias, como lo declara (p. 30).

Su hipótesis es que el modelo tradicional (cimentado sobre el principio intangible: las minas como bienes del dominio público), es en realidad un modelo “en crisis”. Además, que el bien objeto de tutela jurídica no es un “concepto jurídico de mina”, esto es, el yacimiento físicamente localizado, sino una “actividad desarrollada con técnicas mineras” (p. 31).

Señala, de partida, que la paradoja de que el modelo de dominio público minero surgió para liberalizar las explotaciones y entregarlas con amplias disponibilidades al descubrirlos, adaptándose así a un Estado liberal; modelo este que luego sirvió igualmente para legitimar las crecientes potestades interventoras del Estado. “maleabilidad” esta de la técnica del dominio público que conduce, a su juicio, a dudar de su coherencia (p. 31).

b. Quizás no es problema de la técnica de los bienes públicos, decimos nosotros, sino de su adecuación al caso de las minas, que nunca debió ser usada a su respecto. Los bienes públicos son para que queden “abiertos al público”, y *nunca* fue el caso de las minas; lo que se trata en este caso, es de evitar su “apropiación” por los particulares, vía accesión. En el lenguaje de la autora, interesante por lo demás, no se trata de apropiación de bienes, sino de habilitación para realizar actividades con técnicas mineras (habría que agregar técnicas como la preferencia, con relación a un lugar determinado, para ofrecer los mismos resguardos que las “mensuras” de los sectores de mayor interés geológico).

c. La autora propone que el Estado abandone el modelo de dominio público minero, como asimismo la técnica del derecho real; señalando

¹ Moreu Carbonell, Elisa. *Minas. Régimen Jurídico de las actividades extractivas* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2001) 453 pp.

² Un intento de discusión sobre estos temas, véase en nuestro libro: *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), al cual, en varios de sus pasajes, la autora presta atención.

que “no es necesario que los recursos sean de titularidad pública para regular su uso y aprovechamiento” (p. 32).

Agrega que si “no se pudiera prescindir de la idea de que los yacimientos “pertencen a algún sujeto”, habría que reconocer que (...), sería meramente ornamental, porque lo esencial es el ejercicio de una facultad de aprovechamiento que se perfecciona con el destino de los bienes a la producción” (p. 33).

La autora, en suma, propone “una evolución del modelo tradicional desde la propiedad hacia la actividad, desde el yacimiento hacia la empresa minera” (p. 33), pues a su juicio “la etiqueta del dominio público no es sino la rama que impide ver el bosque” (p. 34).

En esta edición, lamentablemente, no se incluye la parte histórica de su tesis ni un excelente capítulo dedicado al derecho minero alemán³.

d. El libro está dividido en cuatro capítulos cuyos títulos transcribo expresamente más adelante, para mostrar lo expresivos que son, lo mismo que todos los del trabajo.

Ofrezco, entonces, un recorrido del contenido del libro, con algunas breves anotaciones (I a V); y algunos comentarios y evaluación final del libro (VI).

I. EN EL CAPÍTULO I ANALIZA: “EL OBJETO DE LA LEGISLACIÓN MINERA: LA ACTIVIDAD EXTRACTIVA COMO BIEN JURÍDICO”

Lo inicia señalando que asumirá un “concepto dinámico” de mina, y que su análisis se centrará en la “actividad económica o industrial” minera, y no en la “apropiación o propiedad” de las minas, para evitar que el debate dogmático acabe centrándose en torno a la cuestión de la propiedad originaria (p. 38).

Señala que la doctrina no ha logrado superar el concepto “estático” de mina, equivalente al simple yacimiento geológico localizado en el suelo o en el subsuelo (p. 40).

En un primer acápite expone cómo la mina, en su acepción jurídica tradicional o clásica, se identifica con el yacimiento *in rerum natura* localizado en el suelo o en el subsuelo. Expone el concepto tradicional tripartito que considera el “yacimiento” como propiedad del Estado; la “mina” como propiedad inmueble del concesio-

nario; y los minerales, una vez extraídos, esto es, los “productos”, como bienes muebles de propiedad del minero (pp. 44 y ss.); señalando desde ya que si se prescinde de esta idea de que el “objeto” del ordenamiento jurídico minero son los “yacimientos” en sentido natural o físico, “la discusión sobre la naturaleza jurídica de los minerales pierde interés” (p. 53).

Señala que la doctrina cuando se refiere a los “sistemas de propiedad de las minas” confunde en un *totum revolutum* las teorías que se refieren a los yacimientos no descubiertos con los ya descubiertos. Señala que “los intentos por delimitar *a priori* la propiedad del subsuelo y de los yacimientos no descubiertos están condenados al fracaso” (p. 77), y que ello se debe “a la permanente obsesión por atribuir a alguien la propiedad originaria del subsuelo, a la errónea idea de que el subsuelo es un bien jurídico *in rerum natura* y a una tradicional visión de los casos analizadas desde el prisma exclusivo del derecho real” (pp. 77-78).

En seguida la autora desarrolla la siguiente idea “el bien minero que constituye objeto de tutela jurídica no es el yacimiento, sino una actividad empresarial de investigación y explotación realizada con técnicas mineras” (pp. 78 ss.). Señala que el concepto de “técnica minera” constituye uno de los ejes del concepto jurídico de mina, y que “es el criterio esencial para la delimitación del ámbito de aplicación de la legislación minera” (p. 79). Según la autora, “cuando se emplea la técnica minera y la explotación de los recursos se realiza en forma empresarial entonces surge la mina como bien jurídico y objeto de una intervención pública de carácter autorizador” (p. 80).

Se refiere a la técnica de la Ley de Minas española que distingue cuatro secciones: A), B), C) y D), a partir de cuya delimitación surgen los diversos regímenes jurídico-mineros y la intervención administrativa en el sector minero (p. 106 ss.).

Junto con desarrollarlo y exponer sus principales problemas, realiza una crítica a este modelo clasificatorio, que se basa en criterios de importancia económica, prefiriendo la autora los criterios de clasificación de sistemas cerrados (como en Italia, Francia y Alemania).

II. EL CAPÍTULO II, LO DENOMINA: “LAS SUEPUESTAS VENTAJAS DEL DOMINIO PÚBLICO MINERO Y LOS PELIGROS DE SU DESAPARICIÓN, EVOLUCIÓN O TRANSFORMACIÓN”

Se refiere, en primer término, al “dominio público minero como instrumento de la libertad de empresa”, lo que considera la explicación históri-

³ Publicado como: “Régimen Jurídico de las actividades extractivas en el derecho alemán. Un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 152 (2000) pp. 339-383

ca del modelo vigente (pp. 137ss). Según la autora, de la lectura de las leyes decimonónicas se deduciría que “el dominio público nace en el sector minero como técnica para garantizar la libre iniciativa privada (...), para liberalizar las explotaciones mineras y fomentar la libertad de empresa” (p. 139). Expone además la interpretación clásica que han ofrecido civilistas o administrativistas, ya sea que consideren a las minas originariamente como *res nullius*, o bienes del Estado, o bienes de la Nación, una vez otorgada la concesión, según los cuales, el particular adquiere “propiedad firmísima” (p. 149), señalando en especial los civilistas incluso que las minas solo se mantienen de titularidad pública “mientras no se otorgue la concesión” (p. 145).

Se refiere enseguida a la “concesión minera al servicio de la privatización de las explotaciones” (pp. 158 ss). Señala la autora que el régimen jurídico de la minería suscita una paradoja: a pesar que los textos legales refuerzan la idea de ser las minas “dominio del Estado”, ello se hizo, en el s. XIX español, en un contexto absolutamente liberal que garantizaba a los concesionarios la máxima seguridad y estabilidad en sus explotaciones, y que el sistema concesional nunca fue contradictorio con los intereses del sistema capitalista ni con los de la burguesía que lo ostentaba, señalando en definitiva que “el titular de una concesión minera ha disfrutado y disfruta de una posición jurídica mucho más sólida que la de algunos propietarios” (p. 159). Expone cómo la doctrina y la jurisprudencia hasta antes de la Ley de Minas de 1973, había configurado a la concesión minera como una “propiedad especial”, perpetua e inviolable, pero sometida a las normas administrativas, modo a través del cual se adquiere la “propiedad de las minas” (p. 162); y luego se habría producido “el viaje tranquilo de la concesión minera hacia su configuración definitiva como derecho real administrativo” en que la práctica unanimidad de la doctrina administrativista estima que la concesión reconoce un simple derecho a la explotación y tiene la naturaleza jurídica de un derecho real limitado, sin perjuicio de algunas confusiones doctrinales que la autora destaca (p. 163).

Analiza luego la historia legislativa española de la “publicación” de las minas, que en definitiva siempre ha sido sinónimo de libertad de iniciativa minera. Destaca cómo hay vestigios doctrinales de la “propiedad minera” y numerosos autores siguen refiriéndose de ese modo a los derechos de explotación minera.

En todo caso, aclara que la tesis mayoritaria se construye sobre la idea de que la concesión minera no transforma el carácter de bien de dominio público de la mina, puesto que no transfiere su propiedad al concesionario, sino un simple

derecho de explotación; por eso, señala, aunque el concesionario se apropie “de los minerales”, nunca adquiere la propiedad “del yacimiento”, que pertenecería al Estado, según aquella tesis instrumental que predica la necesidad de garantizar la explotación privada de las minas a través de una reserva de la propiedad de los yacimientos (p. 182). Señala la autora sus dudas de que la técnica de la concesión sea la técnica que mejor se adecue a la intervención en la industria minera, y postula un sistema similar al del derecho alemán, en que opera una “prohibición general de ejercer actividades extractivas bajo reserva de autorización” (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*), y alejado, por tanto de tentaciones “propietaristas”.

Señala la autora que existe una arraigada interiorización de la necesidad del dominio público minero, el que sería en realidad un “macroconcepto” que corre el riesgo de convertirse en una etiqueta vacía de contenido. Señala, con razón, que el dominio público de los yacimientos mineros se acepta como título instrumental y necesario para justificar cualquier forma de intervención pública en el sector minero y la actividad económica de los particulares, y que la ordenación jurídica de los bienes mineros se ha centrado siempre en la siguiente alternativa: o declarar las minas del dominio público o permitir el dominio privado sobre las mismas; y recalca: “el irremediable “peligro” alternativo a una declaración de propiedad pública de los yacimientos mineros es su propiedad privada” (p. 185).

La autora señala que el dominio público minero es la expresión de una idea, glorificada en el siglo XIX, según la cual solo bajo una relación jurídico-real se legitiman los poderes públicos de intervención en la actividad de los particulares, y de ahí se deriva la convicción que los yacimientos mineros deben ser apropiados dominicalmente (p. 188). Así, el Estado se “apropia” de los yacimientos mineros, y configura enseguida una técnica de “distribución” del ejercicio de actividades extractivas entre los empresarios privados, mediante la “concesión”.

Así, la mayoría de la doctrina estima que si los yacimientos mineros tienen el carácter de “dominio público”, su control jurídico es más sencillo y su administración mediante “concesiones” sería además conflictiva (p. 188).

Ahora, la autora va más allá y no toma partido por ninguna de tales teorías, pues según ella, “ninguna (...) está exenta de contradicciones e inconvenientes, y no resulta provechoso sustituir sin matices una teoría por otra” (p. 192).

Según la autora, por una parte, las tesis “funcionalistas” no prescinden de técnicas de derecho privado vinculados con el derecho de propiedad, por ser “útiles” para el derecho público,

dando como ejemplo el caso del *subsuelo* de los bienes públicos, que también sería público “por acesión” (p. 193).

Concluye la autora, siguiendo a la doctrina alemana (Papier) que el dominio público es una “simple etiqueta vacía de contenido”, una “técnica hueca” (p. 194).

En todo caso, rechaza las doctrinas propietaristas propugnando directamente que deberíamos “olvidar la institución de la propiedad para ciertos bienes que, como las minas, encuentran una regulación jurídica más apropiada y coherente con otras técnicas jurídicas” (p. 195).

Así, propone la autora unas pautas para la “relectura de un dominio público hipertrofiado”, partiendo por señalar que “es un error pensar que la declaración de dominio público lleva implícita una *publicatio* de la actividad extractiva” (p. 195).

Propicia y desarrolla una tesis (siguiendo a la doctrina italiana: Pugliese, Cerulli Irelli), según la cual debe afirmarse que “la mera existencia del yacimiento como entidad real, o porción del subsuelo, no constituye un bien en sentido jurídico porque aún no es objeto de referencia para un interés jurídicamente tutelado” (p. 196).

Es incitante, entonces, al afirmar que “la inclusión de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos en el dominio público resulta un lastre incómodo y pleno de contradicciones” (p. 196).

Y a partir de estas ideas desarrolla un intento de armonizar la declaración de propiedad pública de los yacimientos con otras técnicas de intervención en la actividad extractiva (p. 196 ss.), para lo cual sigue el “jugoso” debate doctrinal suscitado en la doctrina italiana, en que hay tesis que consideran superado el conflicto entre propiedad privada o estatal de los yacimientos, y elaborando un *tertium genus*, señalan que estos yacimientos son bienes jurídicos solo en el momento en que son “individualizados como bienes existente y aprovechables”, pues “antes de que sean realmente explotados, no dejan de ser una simple realidad física determinada por una porción del subsuelo, esto es, un aglomerado de sustancias minerales localizado en cierta porción del subsuelo” (p. 201).

III. EL CAPÍTULO III SE REFIERE, CON MUCHA FUERZA, A LAS: “CONTRADICCIONES, LAGUNAS E INSUFICIENCIAS DEL MODELO VIGENTE DE EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINEROS Y SUS CONFLICTOS PRÁCTICOS”

Es un texto de interés a la situación específica del modelo vigente de régimen jurídico español de la explotación de los recursos mineros, y

a su conocida dosificación de recursos en distintas “secciones”.

En este capítulo, la autora pondrá en evidencia una “rutina histórica” (p. 207) o “inercia propietarista” (p. 211). Aquí utiliza ampliamente sus desarrollos teóricos para mostrar, con gran acierto, las contradicciones, lagunas e insuficiencias del derecho vigente en España, las que derivan, según la autora, en especial de la “irreal separación entre la disciplina jurídica de las minas como bienes públicos, por un lado, y el régimen jurídico de la explotación, por otro” (p. 207); lo que origina un doble significado jurídico de “mina”: como yacimiento objeto de propiedad pública y como actividad extractiva.

Crítica la mirada “estática” o “propietarista” (o “quietista”, como lo denominó S. Martín-Retortillo), de mirar solo la faceta del vínculo con el yacimiento, y ello pasa a segundo plano cuando los autores se centran en el régimen jurídico de la explotación de los recursos, es decir, en el amplio espectro de técnicas de intervención que afectan a este sector económico.

Así, la autora lo que critica es que la mayor atención se ha centrado, de manera parcial, en la cuestión de la propiedad de las minas (intentándose, así titularidades públicas o privadas sobre los yacimientos), produciéndose “grandes olvidados” del Derecho minero, temas relacionados con la actividad de explotación, como la protección del ambiente, la ordenación del territorio o el urbanismo, bienes jurídicos con los cuales la actividad minera entra en permanente conflicto.

En el párrafo IV de este tercer capítulo la autora desarrolla un aspecto central de su tesis crítica del “dominio público minero”, y afirma que la titularidad estatal del dominio público minero no lleva aparejado ningún haz específico de potestades, indetectable con absoluta independencia de las competencias que derivan de la formulación de las bases del régimen minero (pp. 259 ss.).

En todo caso, expone, la doctrina se resiste a abandonar la idea de una vinculación necesaria entre propiedad pública y título competencial, y que al menos el Estado en tanto que propietario o titular de bienes del dominio público mantendría potestades para (a) la protección y deslinde de los bienes; (b) el establecimiento de reservas; (c) criterios para la utilización de los bienes, (d) facultades de inspección y policía. Todo lo cual es analizado críticamente.

En fin, en el párrafo V de este capítulo afirma y desarrolla la idea según lo cual el modelo vigente resulta ineficaz para armonizar coherentemente los títulos competenciales concurrentes; esto es, los conflictos entre minería y aguas; montes; medio ambiente, fomento y la actividad económica, ordenación del territorio y urbanismo.

A todos estos conflictos les dedica un desarrollo crítico, y aplicando sus teorías centrales, para verificar la coherencia de las técnicas existentes en las leyes sectoriales.

IV. EL CAPÍTULO IV Y FINAL, INTITULADO "ALCANCE Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA MINERA. ¿UN VERDADERO SISTEMA CONCESIONAL EN LAS FASES DE INVESTIGACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINEROS?"

Se condensa gran parte de su desarrollo, pues analiza el alcance y límites de la "libertad de empresa minera", preguntándose si existe un verdadero sistema concesional en las fases de investigación y explotación de los recursos mineros (pp. 329 ss.).

Inicia su análisis deslindando los términos de "concesión", "empresa minera" y "empresario minero", y afirmando que aunque el modelo legal español siga centrado en la figura del concesionario minero, titular del derecho real, el protagonista absoluto del sistema es hoy el empresario minero, para lo cual ofrece varios ejemplos de la ruptura entre ambas figuras, sacados de la práctica jurídica, y con abundante jurisprudencia (pp. 331-372).

Luego desarrolla su tesis según la cual el ordenamiento legal español reconoce y garantiza el derecho a todo sujeto a ejercer la actividad extractiva, tan solo limitado por un título de otorgamiento reglado (pp. 372 ss.).

Parte por distinguir con claridad los tres aspectos que configuran, a su juicio, el objeto regulado por la legislación sectorial minera, los que desarrolla: (a) la *actividad minera*; (b) el *derecho a desarrollar las actividades extractivas* o libertad minera; y, (c) el *derecho a materializar la actividad extractiva*.

En seguida, y a partir de lo anterior, ofrece la autora unas propuestas para establecer límites al ejercicio de las actividades extractivas. Señala que el punto de partida es que el carácter reglado de la concesión minera no garantiza un efectivo control del Estado/Administración sobre el ejercicio de la actividad extractiva, sino que sirve a los intereses exclusivos de los empresarios mineros.

Observa cómo el margen de decisión administrativa en los procedimientos concesionales se encuentra muy disminuido a verificar el cumplimiento de parámetros en el caso concreto, a partir de lo cual la doctrina española estima que existe "un derecho subjetivo a obtener la concesión minera" (p. 401, en nota).

Incluso utiliza el derecho comparado alemán para señalar que en condiciones similares, un

sector de la doctrina de ese país afirma que cuando el otorgamiento de los títulos mineros solo puede ejercerse en un sentido determinado, se lo denomina *discrecionalidad reducida a cero* (*Ermessensreduzierung auf Null*).

V. CONCLUSIONES DE LA TESIS

Las conclusiones finales que ofrece la autora son inquietantes y estimulantes (incluso, como diré, con plena aplicación a otros sistemas formalmente similares, como el chileno).

La autora insiste en que el sistema español, a pesar de las apariencias, bien podría calificarse de "prohibición general bajo reserva de autorización reglada", "muy semejante al Derecho alemán, aunque mucho menos coherente" (p. 415), por las siguientes razones:

- 1º Cabe dudar que la concesión minera otorgue derechos *ex novo* y no se limite simplemente a "declararlos" (p. 415).
- 2º El sistema se basa en una prohibición general previa que actúa sobre actividades que se considera propias de los particulares, sin una *publicatio* de la actividad;
- 3º De lo cual se deriva que tanto los permisos de exploración e investigación, como la concesión minera encajan mejor en la técnica autorizatoria de carácter operativo que en la técnica concesional clásica.

Señala la autora: "Dicho con otras palabras, es legítimo dudar que la concesión minera tenga, realmente, naturaleza concesional", y "paradójicamente que los autores llamen "concesión" a lo que la Ley de Minas configura claramente como autorización reglada" (p. 415).

Con un lenguaje teórico afirma, con razón, que "las categorías jurídicas son técnicas, no metafísicas, y deben valorarse en atención a sus efectos", y que "la declaración formal de las minas como bienes del dominio público no es más que la rama que impide ver el bosque" (p. 416).

Cierra su trabajo efectuando algunas proposiciones relativas a nueva Ley Básica del sector minero.

Ofrece, además, un largo listado de la jurisprudencia estudiada y un excelente ensayo que titula "bibliografía seleccionada", en que expone monografías y estudios existentes en la materia, comentando su relevancia, y abarcando no solo la disciplina, sino también la interdisciplina; como ella dice, es una clasificación de libros que, en torno al régimen jurídico de la minería, merecían "llevarse a una isla desierta".

VI. ALGUNOS COMENTARIOS Y EVALUACIÓN FINAL DEL TRABAJO

1. *Aportes de la tesis al estudio de la teoría del “dominio público” en general*

El capítulo II sobre el “dominio público minero” cierra con una revisión que hace la autora de los conceptos de dominio público, y criticando su actual “encorsetamiento” en las teorías “propietaristas” y “funcionalistas”, dando por mayoritarias actualmente a estas últimas teorías. Situación que entonces ha variado desde que yo mismo en un trabajo de 1989⁴ (que, junto a otros, la autora califica de “pionero”) visualizábamos que aún en tal época era mayoritaria la doctrina “propietarista”; y que la “funcionalista”, en la cual me adscribía, era minoritaria; ahora, según la autora, la situación es la inversa, lo que no solo es cierto sino un signo de los tiempos de liberalización⁵.

En suma, la autora no solo realiza un aporte sustantivo a la discusión del vínculo entre el Estado y las minas, esto es, si hay o no titularidad a su respecto, considerando la especificidad de los yacimientos mineros, poniendo en evidencia la dificultad dogmática de seguir operando con la propiedad; sino, además, un aporte a la teoría general del dominio público, mediante desarrollos muy interesantes y novedosos, de los que hemos dado noticia en las líneas anteriores.

2. *Aporte a la teoría específica de la naturaleza jurídica de los yacimientos minerales (el llamado “dominio” de las minas)*

Lo que es más notorio como aporte para la disciplina del derecho minero, es que la autora permite reclasificar de un modo muy claro la pertenencia de la disciplina jurídica de las minas dentro del derecho administrativo poniendo en evidencia que esa visión civilista de considerarlas parte del derecho civil, como “*propiedad especial*”, es algo arcaico y que no se compadece con la realidad de su vigente regulación, que mira más bien a los aspectos dinámicos de la extracción (a la *actividad*) que a los recursos *in rerum natura* (de un modo “estático”, “quieto”). Ello se hace mediante la concreta aportación de la autora de vertientes doctrinarias nuevas.

Entonces, demostraré su aporte es este aspecto, mediante tres preguntas tradicionales en el derecho minero, a las cuales ella da conveniente respuesta.

1^a) ¿De quién son las “minas”? La doctrina desarrollada en España, por Villar Palasí y otros, del *funcionalismo* (la que sin embargo declaradamente no satisface del todo a la autora), le permite desprender a la autora una consideración no *propietarista* de las minas, y ella responde así: las minas (más bien, los yacimientos) no son ni estatales ni privadas.

2^a) Entonces, ¿las “minas” son de nadie? La doctrina italiana le permite a la autora distinguir más nítidamente el par de conceptos vecinos de “yacimiento” y “minas”, y a partir de ello responde así: aquél (el yacimiento) no es susceptible de propiedad, y estas (las minas) existen como bien jurídico una vez que son individualizadas, y delimitadas físicamente, y objeto de una actividad minera con técnicas mineras.

3^a) En fin, ¿cómo acuden los particulares a ejecutar concretamente tal actividad? De la doctrina alemana obtiene la explicación y responde: existiría una prohibición general previa sujeta a una autorización; habilitación administrativa esta que opera por orden de petición y con una discrecionalidad reducida a cero.

3. *Resultado de los aportes dogmáticos de la tesis de Elisa Moreu*

A través de estos planteamientos quedan reducidos a polvo algunos paradigmas tradicionales de la doctrina minera, que ya podemos ir calificando de mitos:

a) La “*propiedad minera*”, como tal, no existe como dato fenomenológico *a priori*; por lo cual esas declaraciones legales (y aun constitucionales, en el caso de Chile) son incoherentes; de tanta incoherencia como si existiesen respecto de los peces del mar y de los ríos, como título para impedir su extracción espontánea por los particulares. Pierde coherencia la *publicatio*, pues el mismo supuesto titular de tal “propiedad” no puede ser considerado un posible explotador, sino que lo que opera es simplemente una “*prohibición preventiva*”, a la espera de que los verdaderos titulares del derecho de explotación, concurren a solicitar sus derechos de prioridad, para concretarlo en un espacio físico determinado.

b) El concepto de “*mina*”, como tal, tampoco existe de un modo apriorístico, como objeto

⁴ Se trata del trabajo: “La teoría del dominio público: el estado de la cuestión”, en *Revista de Derecho público* (Madrid, Edersa, 1989) pp. 27 ss.

⁵ Vid., además, ahora, mi: *La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980*, en: 20 Años de la Constitución Política de la República de Chile (Santiago, Ediar-ConoSur, 2001); y en *Jus Publicum* N° 12 (2003).

de alguna propiedad, sino solo una vez que se haya concretado una actividad, como toda industria humana.

c) El concepto de “concesión minera”, queda como una fórmula arcaica en su sentido tradicional, en que el Estado aparentaba actuar como un supuesto “titular” de la propiedad minera, en que otorgaba o concedía “graciosamente” un derecho nuevo, *ex novo*, a los particulares, para que explotaran esa riqueza minera de propiedad del nuevo Monarca (el Estado, como sucesor del *Rey*, en la propiedad de las minas).

Al derrumbarse el dogma del Estado como propietario de las minas, ¿podemos dar por derribada la técnica puesta a su servicio: la concesión minera? La concesión es hoy solo una forma, una cáscara, que sustancialmente ha sido

realmente reemplazada por una técnica autorizacional, fruto de un procedimiento si bien reglado, con una discrecionalidad reducida solo a constatar parámetros objetivos, casi reducida a cero, en que el derecho del interesado no puede considerarse creado *ex novo*, sino con una preexistencia evidente: solo que a partir de la acción administrativa se logra concretizar tal derecho público subjetivo a un espacio físico determinado.

La autora nos ha puesto, en verdad, en el nuevo escenario del Derecho Minero, y nos obliga a realizar el esfuerzo más propio del jurista, cuando la realidad supera la desgastada expresividad de los textos arcaicos: debemos recurrir con más intensidad a la técnica de los principios generales del derecho de la materia minera. Su aporte es un gran avance para tal formulación.