

MODIFICACIONES AL CODIGO DE MINERIA EN EL TEMA DE LA SUPERPOSICION DE CONCESIONES

Alejandro Vergara Blanco
Profesor de Derecho de Minería

Por el presente documento informo, a petición del Presidente(S) de la Comisión de Minería del H. Senado, Senador Arturo Alessandri Besa, la "Indicación sustitutiva al Proyecto de Ley que introduce modificaciones al Código de Minería en relación con la superposición de pertenencias mineras". El Proyecto de Ley respectivo fue ingresado a tramitación legislativa el 22 de septiembre de 1992 (Boletín N° 814-08), y me referiré tanto a su texto original (para recabar sus ideas matrices y finalidades) como al texto que ha resultado de la "Indicación sustitutiva" de fecha 30 de marzo de 1993, en actual tramitación legislativa.

Emito este documento como complemento, a mi exposición oral ante dicha Comisión de Minería el día 14 de junio de 1993, de acuerdo a lo solicitado por el Presidente de la misma, y por los H. Senadores presentes.

Para el orden de la exposición, y con el objetivo de evitar repeticiones, me referiré en el cuerpo del Informe directamente a los temas que interesan para el estudio del actual Proyecto de Ley, incluida su indicación sustitutiva, e insertaré en un anexo aquellas materias complementarias, todas ellas ya publicadas anteriormente, en las sedes que señalaré para cada caso.

En fin, para los objetivos de este Informe -servir como material prelegislativo- siempre he preferido la brevedad, evitando largos desarrollos.

I.- HIPOTESIS SOBRE LA CONCIENCIA JURIDICO - MINERA NACIONAL.

Creo que es importante infiltrarse en lo que denomino la "conciencia jurídico - minera nacional", esto es, el sentimiento minero, lo que significa

lo que podríamos llamar “conciencia minera de los mineros de un país minero”, en cuya conformación psicológica influyen los desarrollos político - legislativos. No sólo es importante lo que piensa des los “derechos mineros” un profesor de Derecho, aún de la especialidad, un juez, un abogado o un legislador. También es importante -casi esencial- la conciencia, el sentir de quienes ostentan tales derechos: esto es, los *mineros*.

Es una responsabilidad para quienes nos dedicamos a los afanes del Derecho verificar la forma y fondo de nuestras especulaciones, y la manera cómo éstas pasan a conformar los textos legislativos, pues tales sitios de aparente “cultura jurídica” se trasladan a la conciencia de quienes no entienden de Derecho, pero sí de minería y de sus necesidades.

En Chile, al respecto, hay una grave responsabilidad sobre juristas y legisladores, quienes, en algunos casos al margen de los textos legales, y en otros casos con ellos, han especulado en torno a una denominada “propiedad minera”, que hoy resulta -igual que antes, pero con mayor nitidez- un concepto anacrónico e irreal.

Cuando lo único que pedía el concesionario minero era seguridad para su título, desde fines del siglo pasado y hasta hace dos décadas, el jurista mayoritariamente, y el legislador en algunos casos, le entregó por respuesta el concepto de la “propiedad minera” (sin parar mientes que es inconcebible al mismo tiempo la “propiedad” inalienable del Estado con aquélla, también reconocida en los textos). Entonces los concesionarios mineros se “sintieron”, o, en otros términos, adquirieron la conciencia jurídica, de ser unos “propietarios mineros”. Pero esa “conciencia” vulgar, de acuerdo a un esquema erróneo, fue aniquilada en 1971 cuando la Reforma Constitucional los declaró, de la noche a la mañana, meramente “concesionarios”. ¿Qué había pasado? La verdad es que nunca habían sido “propietarios”, pero lamentablemente lo habían sentido así durante muchos años.

Ahora que la Constitución de 1980 ha repetido el esquema básico de 1971, pero ha adicionado importantes seguridades a los concesionarios, resurge la necesidad de quienes legislan de ser consecuentes con esta conciencia jurídico - minera. Los mineros ahora si bien saben que son concesionarios (aún cuando ya parece irreversible evitar que periodistas, mineros, empresarios, y aún abogados, jueces y legisladores sigan hablando de una “propiedad minera” inexistente y anacrónica) se sienten con la seguridad jurídica de un propietario, sobre todo a raíz de lo señalado en el artículo 19 N° 24 inciso 9° de la Constitución, cuando señala:

"El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número [la propiedad]".

Entonces, este tema de la superposición de concesiones mineras, atenta contra esta nueva conciencia jurídico - minera nacional: si bien los mineros saben que no pueden sentirse "propietarios" de la mina, pero sí se sienten titulares de un derecho con las "mismas" seguridades de la propiedad.

Si les decimos a los mineros que sus concesiones tienen la seguridad de una propiedad, es un contrasentido permitir que, bajo el amparo de la ley y gracias a este fenómeno inicu denominado superposición de concesiones, aquéllos pierdan o vean extinguir sus derechos, o sean sometidos a presiones ilegítimas.

Es responsabilidad de quienes nos dedicamos a la Ciencia del Derecho, y de aquellos que hacen las leyes, producir textos armoniosos con la cultura jurídico - minera que, bajo nuestra responsabilidad también, hemos sembrado en la sociedad.

De acuerdo a lo anterior, parece consecuente con este esquema de evitar "engaños" legislativos, que el Parlamento se infiltre en la legislación minera, solucionando este problema de la "superposición de concesiones mineras", devolviendo al concesionario minero esa seguridad propietaria anhelada y sentida.

II.- LA CRITICA AL CODIGO DE MINERIA VIGENTE.

1.- A mi juicio, el Código de Minería está necesitado de una revisión general, pero ello no será posible hasta alcanzar un mayor nivel de cultura jurídico - minera, de tal manera que el legislador pueda basarse en una ciencia del Derecho que ofrezca respuestas a la altura de las necesidades del país. (Cfr. Editorial, en: Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol I, 1990, p. 11-12).

Hoy las universidades están reaccionando y han ido creando, o reforzando, un curso de Derecho de Minería en sus últimos años. Incluso, una de ellas, la Universidad de Atacama, ha creado desde 1985 un Magister en Derecho de Minería, lo que ha desembocado en 1990 en la publicación de una revista especializada sobre la materia (la "Revista de Derecho de Minas y Aguas"), y en la creación del único Instituto dedicado exclusivamente a la investigación, docencia y extensión sobre el Derecho de Minería en el país (el "Instituto de Derecho de Minas y Aguas"). Obviamente, esto, y otras iniciativas que puedan surgir, redundará en que a partir de algunos años nuestra cultura jurídico -

minera esté en condiciones de producir un nuevo texto codificado, pues es evidente que -por muchas razones- el actual debe ser sustituido en un plazo prudente.

Entonces, no me referiré aquí a una crítica general al Código de Minería, sino sólo a relatar cómo se ha ido desarrollando la crítica sobre el tema específico de la "superposición de concesiones mineras".

2.- En medio de otros críticos, en lo que a mí respecta, ya desde mi tesis doctoral, realizada entre 1986 y 1989 (según su publicación en 1992; "Principios y sistemas del Derecho Minero. Ensayo de una nueva matriz disciplinaria", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 368), decía sobre el tema que:

"El actual sistema adolece de una grave falencia al posibilitar superposiciones entre concesiones, a cuyos titulares el legislador, engañosamente, los ilusiona con una inexistente "exclusividad" (imposible cuando hay superposición), o, incluso, con una errónea configuración propietaria (que no lo es, según hemos comprobado), la que de nada vale si ha de ser compartida. Estos errores de factura del Código son inexplicables, y sobre ello, por ahora, no puedo insistir".

Luego, comentando algunas sentencias de nuestros Tribunales de Justicia relativas a concesionarios obligados a litigar por defenderse de superposiciones de concesiones, a través de las páginas del periódico jurídico Informe Constitucional, a partir de fines de 1991, he hecho una constante referencia crítica sobre este tema (véase números 226, de 1991; 236, 284, 298, 339, 371, 381, 385 y 434, de 1992; y, últimamente, 557, de 1993), sedes a las cuales me remito en general.

Sólo me referiré, en especial a mi teorización denominada "Orden Público Económico - minero", publicada en Informe Constitucional N° 298, de 23 de abril de 1992. Sobre la base de tal trabajo se redactó un documento resumido, y firmado además por el profesor Enrique Evans de la Cuadra, con los acondicionamientos necesarios para ver confluír ambos pensamientos, el que fue publicado en el diario "El Mercurio" de Santiago, p. A-2, con fecha 24 de junio de 1992, y luego republicado en Temas de Derecho, vol.VIII, N° 2, 1993, p.41. Esto desató una polémica pública, en la que intervinieron, entre otros, aquellos que habrían redactado tal Código de Minería (véase Temas de Derecho, cit., p. 45), y los profesores Enrique Morandé Tocornal (véase Temas de Derecho, cit.p.51) e Hipólito Zañartu Rosselot (véase Temas de Derecho, cit., p.49). A raíz de esta polémica, como se reconoce en el mensaje del Proyecto de Ley de 22 de septiembre de 1992, el Gobierno encargó apresuradamente tal Proyecto de Ley, para solucionar tal problema. Así

lo había dicho en la prensa el Ministro de Minería de la época, el 24 de agosto de 1992, por lo demás (véase Diario el Mercurio, cuerpo c).

Mientras este Proyecto de Ley se preparaba, el 11 de agosto de 1992 publiqué en Informe Constitucional N° 371 unos "Fundamentos programáticos para la modificación del Código de Minería en el tema de la superposición de concesiones", bajo el título de: Bases jurídicas para un procedimiento concesional minero, el que sería luego republicado en "El Mercurio", suplemento "Minería", 25 de septiembre de 1992, pp. 10-11. Este último documento junto al que inició la serie crítico - dogmática, y a una teorización general sobre el Orden Público Económico, han sido refundidas en la Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II (1991), pp. 81-95, en uno sólo, bajo el título de: El Orden Público Económico-Minero y la superposición de concesiones.

III.-BASES PARA LA SEGURIDAD JURIDICA DE LOS TITULOS MINEROS.

Para evitar repeticiones de desarrollo y argumentos, resumo lo esencial de mi pensamiento sobre las bases para lograr otorgar seguridad jurídica a los títulos mineros.

a) El Orden Público Económico - Minero, consagrado en la Constitución, se manifiesta a través del establecimiento de un derecho público subjetivo denominado "concesión minera", que es en realidad una titularidad minera con una especial protección, idéntica a la protección de la propiedad.

En la Constitución se encuentra la primera base de la fortaleza de las concesiones mineras, las que a su vez constituyen el sustento jurídico de toda una actividad económica especialmente relevante para el país, como es la minería.

Gracias al esquema jurídico que ofrecen la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, de 1982, la actividad económico minera ha podido desarrollarse en el país como hasta ahora lo ha hecho, y sólo de su respeto depende que el país pueda seguir ofreciendo seguridad jurídica a los concesionarios mineros.

b) Esto se ha desdibujado con la dictación posterior del Código de Minería, en 1983, pues en este aspecto es gravemente deficiente, pues posibilita -por errores de factura- el fenómeno de la superposición de concesiones mineras como se razona a continuación, (y se fundamenta en los documentos anexos).

Ante este "fracaso teórico" del Código de Minería, como se denomina esta situación en técnica legislativa, deben corregirse las disposiciones que, en su articulado, sustantiva y procesalmente, permiten la superposición de concesiones.

c) Aún más, es propicio recordar una inconstitucionalidad de origen en esa materia, pues precisamente las disposiciones que sanean los efectos de la superposición debieron haber sido objeto de una nueva revisión del Tribunal Constitucional, según sentencia de 6 de septiembre de 1983, e incluidas en una ley orgánica constitucional, y no ley simple; todo lo cual fue incumplido al aprobarse el Código de Minería (véase anexo N° 1, y Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II, 1991, p.90). Por lo tanto, si el Proyecto se infiltra en estas materias, a mi juicio, debiera insistirse en un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sanear una situación de inconstitucionalidad pendiente, y reconduciendo -como se debe- los textos respectivos a una Ley Orgánica Constitucional.

d) Las bases jurídicas para un procedimiento concesional minero que propongo son unos principios que se moldean sobre la base de un estudio histórico - dogmático de la disciplina, y que tienden al objetivo medular de todo este procedimiento: otorgar seguridad jurídica al título creado.

El procedimiento concesional crea un derecho, una titularidad minera; si se desea que este derecho creado, estas "concesiones mineras", de acuerdo a la terminología legislativa, aquéllas que se están constituyendo cada día y las anteriormente constituidas por el Estado, ostenten grados adecuados de seguridad jurídica, deben a lo menos respetarse los siguientes principios jurídicos:

- la exclusividad de los títulos mineros;
- la preferencia de las peticiones mineras;
- la publicidad de las pretensiones mineras;
- la certeza técnica del objeto de la petición; y además;
- las garantías de un justo y racional procedimiento.

e) Todo procedimiento concesional a través del cual se están creando nuevos títulos mineros, debe contener, antes que nada, disposiciones que defiendan adecuadamente los títulos exclusivos creados con anterioridad, y que se encuentren vigentes y amparados de acuerdo a la ley. La defensa primordial debe estar dirigida a las concesiones antiguas, pues el Estado las ha creado con un sello de exclusividad que no puede alterar con posterioridad. Y la superposición de concesiones es, esencialmente, un atentado contra la exclusividad, de las concesiones antiguas.

Creo que la modificación principal del Código de Minería para evitar superposiciones debería estar dirigida a evitar nuevas peticiones (pedimentos o manifestaciones) sobre los mismos terrenos cubiertos por concesiones vigentes. A todo mero manifestante debería exigírsele ab initio probar la no superposición; de otro modo, no podría seguir adelante con el nuevo procedimiento.

IV.- FINALIDAD DEL PROYECTO E IDEAS MATRICES.

El Proyecto que "Introduce modificaciones al Código de Minería en relación con la superposición de pertenencias mineras" ingresó a trámite legislativo por Mensaje de S. E. El Presidente de la República de 22 de septiembre de 1992 y tenía por finalidad: "Evitar con mayor eficacia y vigor la superposición, dando aún mayor seguridad al título minero en relación con su exclusividad". Y quede claro, entonces, la finalidad del proyecto: solucionar el problema de la superposición de concesiones.

Este proyecto, en su texto original fue comentado por el suscrito a través de siete entregas en Informe Constitucional, Números 414, 417, 429, 449, 453, 459, y 461, de 1992. Este texto, como se sabe, ha sido totalmente sustituido por la "Indicación sustitutiva" de 30 de marzo de 1993 (a que me referiré en el acápite IV de este Informe), no obstante lo cual, incluyo al final el texto sustantivo de mis comentarios al proyecto original, de los cuales es posible extraer algunos fundamentos aplicables al actual texto en discusión.

En todo caso, en tal proyecto sólo existían disposiciones relacionadas directamente con la superposición de concesiones mineras, y para los efectos del procedimiento legislativo, se entiende -entonces- que las ideas matrices o fundamentales del proyecto, a que se refiere el artículo 66 de la Constitución, son las señaladas, y no es posible extender el debate del mismo a otros ámbitos de la legislación minera (Esta última apreciación, la dejé señalada en Informe Constitucional N° 414, de 15 de octubre de 1992).

V.- COMENTARIOS A LA "INDICACION SUSTITUTIVA".

Con fecha 30 de marzo de 1993, S.E. el Presidente de la República formuló una "Indicación sustitutiva al Proyecto de Ley que introduce modificaciones al Código de Minería en relación con la superposición de pertenencias mineras".

Me referiré detalladamente a esta indicación, repitiendo conceptos que ha vertido recientemente (en Informe Constitucional Números 576, 581 y 585, de 1993), complementando tales textos en la medida de lo necesario, y agregando las conclusiones de rigor.

En realidad, se sustituye ahora completamente el proyecto original, incluyendo ahora los siguientes contenidos principales:

- a) Modificar los artículos 15, 17, 27, 34, 73, 96, 122, 1° Transitorio, 2° Transitorio y 3° Transitorio del Código de Minería;
- b) Modificar el artículo 7° de la Ley 18.097 de 1982, Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras;
- c) Interpretar los artículos 61 inciso 1°, 84 inciso 1° y 96 inciso 1° del Código de Minería.

La finalidad ahora no sólo es una sino tres:

1°.- "Simplificar las normas (propuestas en el primitivo proyecto de ley) destinadas a evitar o, a lo menos, dificultar y hacer más infrecuentes las superposiciones [de concesiones] mineras".

2°.- "Imponer la necesidad de contar con el permiso del dueño del terreno superficial para catar y cavar en terrenos clase I, II y III de capacidad de uso agrícola".

3°.- "(Evitar que) por la vía de la constitución de servidumbres mineras se entorpezca la ejecución de proyectos habitacionales".

Y la fundamentación que ahora se ofrece, para cada caso es la siguiente:

A) Superposición de concesiones.

Para fundamentar esta indicación sustitutiva del anterior Mensaje, se señala que:

"Las disposiciones propuestas en el mensaje referido tienen un carácter extraordinariamente complejo y pueden resultar de difícil comprensión para los pequeños mineros y aún para los empresarios y abogados no especializados del sector; y en algunos aspectos, desbordan su finalidad primordial, abarcando modificaciones propias de una revisión sistemática y completa del Código de Minería, estudio que también se está realizando a nivel gubernamental".

Por esta razón, se dice, se simplifican las normas propuestas, y, en cuanto al procedimiento, "ha parecido suficiente modificar el actual artículo 27 del Código de Minería haciendo más perentoria la prohibición que en él se contiene y agregando el mandato a la judicatura de velar eficazmente por la observancia de la prohibición en referencia (de constituir concesiones mineras superpuestas)".

En esta indicación, entonces, se intenta un remedio, ciertamente más adecuado que lo contemplado en la legislación vigente, para evitar la constitución de concesiones mineras superpuestas. Lo que se complementaría con una mejor revisión del tipo penal contra los peritos que efectúan las mensuras, lo que se fundamenta así:

“Corresponde a los ingenieros y peritos, por la acción que les cabe en las gestiones de constitución de las concesiones mineras, una responsabilidad de tal manera relevante que ha parecido, con el fin de evitar las superposiciones, una providencia legal conducente a sancionar penalmente a quienes, en esa calidad y a sabiendas, infrinjan la correspondiente prohibición, estimándose proporcional y adecuada para castigar esta transgresión, la pena de prisión menor en cualquiera de sus grados a reclusión menor en su grado mínimo y la accesoria de inhabilitación especial perpetua para llevar a efecto mensuras”.

Agrega la indicación que “de igual modo, se modifica, el actual artículo 96 del Código de Minería, con el objeto de armonizar equitativa y racionalmente los efectos de la institución de la prescripción extintiva de la acción de nulidad por superposición, con el derecho del primer constituyente, descubridor del respectivo yacimiento. Se ha estimado que, en vez de atribuir a la prescripción de dicha acción el efecto de extinguir el derecho real de concesión del primer constituyente, resulta más acorde con nuestro ordenamiento jurídico, que la propia sentencia declare la prescripción adquisitiva en favor del segundo concesionario de la pertenencia originaria, en la parte efectivamente superpuesta”. Teoría ésta que, según diremos en un comentario posterior, nos deja perplejos.

Se insertan, además, dos interpretaciones auténticas -ciertamente, felices- que se fundamentan así:

a) “Se ha incurrido en la equivocada doctrina de que las oposiciones a que se refieren los artículos 61, inciso primero, y 84, inciso primero, deben presentarse y notificarse, además, dentro del breve plazo que ellos establecen. Con el fin de corregir este error, por vía auténtica, se introduce una disposición interpretativa que deja en claro la validez de la sola presentación de la oposición”.

b) “Asimismo, con el fin de fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 96, inciso primero, se propone una norma interpretativa que deja en claro que el plazo de prescripción a que se refiere dicho precepto sólo comenzará a correr desde la fecha en que haya quedado terminado el catastro nacional de concesiones mineras”.

B) Extracción de áridos.

En cuanto a este tema, se dice:

“De otra parte, se ha estimado impostergable esta oportunidad para atender, además, un problema que afecta gravemente la conservación de los suelos agrícolas, de significativa importancia para el desarrollo nacional. Se trata de la extracción de áridos y del daño de cultivos por la vía de la constitución de concesiones mineras, eludiendo el cumplimiento de las normas legales relativas a la autorización municipal y el consiguiente pago de los respectivos derechos”.

Se agregan además, otras consideraciones técnicas, relativas al daño al suelo agrícola.

C) Constitución de servidumbres mineras.

En cuanto a este tema se señala que por esta vía se encarecen proyectos habitacionales, “con el pago de indemnizaciones por parte del propietario al concesionario minero en que el asunto suele resolverse en definitiva”.

Agrega que:

“La gravedad y frecuencia de esta situación ha llevado al Gobierno a preocuparse de establecer, por la vía legal, mayores seguridades que las contempladas por la legislación vigente a fin de precaver con mayor eficacia el empleo de un arbitrio que puede constituir un abuso de derecho”.

Comentaré brevemente, entonces, los aspectos principales que deben ser tenidos en cuenta en relación a esta “Indicación sustitutiva”.

1.- Nuevas ideas matrices quebrantan la Constitución.

a) Ideas matrices originales:

Sin ningún antecedente, quizás sólo por intuición (conociendo un poco nuestra historia legislativa), en el primer comentario a este Proyecto de Ley que ahora sufre profundas modificaciones por la vía de la “indicación sustitutiva”, me referiré al tema de las ideas matrices o fundamentales del proyecto, citando el artículo 66 de la Constitución (véase Informe Constitucional N° 414, incluido en anexo 9).

Pues bien, este artículo 66 de la Constitución ha sido quebrantado por la actual indicación sustitutiva, al introducir materias nuevas que no dicen relación con las ideas matrices del proyecto original. Tema éste de técnica legislativa de singular importancia para nosotros.

¿Cuáles son las ideas matrices del proyecto original? Sólo aquellas materias que dicen relación con la solución del problema de la superposición de concesiones.

Entonces, de acuerdo a la Constitución, no es posible ahora, mediante estas adiciones introducir otras materias como aquí se hace, por lo que es improcedente la indicación en cuanto se refiere al tema de la extracción de áridos y a las servidumbres mineras. En este caso, habría un vicio de nulidad del procedimiento legislativo (artículo 66 de la Constitución, en relación al artículo 7° de la misma).

En virtud de lo anterior, creo que el Senado sólo debiera abocarse al estudio de aquellas indicaciones sustitutivas que dicen relación con la superposición de concesiones mineras, pues las demás son improcedentes en este Proyecto, desde el punto de vista constitucional.

b) **“Cuestión sobre constitucionalidad”.**

De acuerdo a lo anterior, considero que las únicas materias legítimas, desde el punto de vista del procedimiento legislativo, son las relativas a la superposición de concesiones.

Las otras materias agregadas por el ejecutivo, ilegítimamente por la vía de la otra indicación, deben ser excluidas del proyecto. En cuanto a este tema, sólo quisiera agregar que -a mi juicio- es ésta una “cuestión sobre constitucionalidad” a que se refiere el artículo 82 N° 2 de la Constitución, que se suscita durante la tramitación de un proyecto de ley, y en caso de quedar constancia oficial de ello, debiera ser resuelta por el Tribunal Constitucional.

El requerimiento respectivo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 82 inciso 4° de la Constitución le corresponderá efectuarlo al Presidente de la República, a cualquiera de las Cámaras (en este caso al Senado, durante el primer trámite), o a una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

2.- Evitar la extinción del título minero: acierto del Proyecto original (y parcialmente de la indicación sustitutiva).

Un objetivo central, y legítimo en cuanto a procedimiento legislativo, es la modificación del actual artículo 96 del Código de Minería, junto con la proposición de un “artículo tercero”, que interpreta el artículo 96 del Código vigente.

Entronca con el tema de la superposición de concesiones, pues ésta es el instrumento ilegítimo que puede hacer extinguir un título minero.

La fundamentación, como ha quedado expuesta, es la siguiente (que aquí resumo):

a) En cuanto a la modificación del actual artículo 96 del Código de Minería, según el Mensaje: "(...) resulta más acorde con nuestro ordenamiento jurídico (...) la prescripción adquisitiva en favor del segundo concesionario de la pertenencia originaria, en la parte efectivamente superpuesta".

b) En cuanto a la interpretación auténtica del artículo 96 vigente, el Mensaje señala que por esta vía "se deja en claro que el plazo de prescripción a que se refiere dicho precepto sólo comenzará a correr desde la fecha en que haya quedado terminado el catastro nacional de concesiones mineras".

El tema de la extinción de las concesiones mineras es central en la actual discusión de la legislación minera, sobre el cual me he referido ampliamente (véase anexos a este Informe, y las sedes originales que allí se citan). Quisiera comentar brevemente la forma cómo enfoca tal problema esta indicación sustitutiva, y la posible intervención del Tribunal Constitucional.

a) **Nueva causal de extinción de las concesiones mineras.**

La indicación, en relación al artículo 96, deroga la parte final de su inciso 3°, parte en la cual el Código de Minería, según lo sostenido en estas páginas es inconstitucional. En este sentido, la indicación sería correcta, pues guarda armonía, además, con la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, y con la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de septiembre de 1983, hasta ahora incumplida por nuestros legisladores.

No obstante, a renglón seguido, la iniciativa, agregando un nuevo inciso a tal artículo, crea una nueva causal de extinción de las concesiones mineras, que operaría a través de la prescripción adquisitiva de la concesión superpuesta. Sobre ello, sólo dos comentarios bastan:

- En primer lugar, la pretensión de crear una nueva causal de extinción de las concesiones mineras, por la vía de la ley ordinaria, pugna con lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional con fecha 6 de septiembre de 1983, pues ésta es una materia propia de ley orgánica constitucional.

Entonces, a mi juicio, en este caso, debiera plantearse una "cuestión sobre constitucionalidad" ante el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 82 N° 2 de la Constitución. Lo que resulta aún más necesario, pues existe una sentencia del Tribunal Constitucional que así lo falló.

- En segundo lugar, entrando al fondo de la argumentación, creo que es insostenible pretender que opere una prescripción adquisitiva en favor del concesionario superpuesto, quien no sólo tiene un título ilegítimo, sino que ¡jamás ha poseído el título inscrito sobre el que se superpone! Son inscripciones independientes y separadas. ¿Cómo es posible adquirir por prescripción adquisitiva sin poseer el título inscrito?.

b) Interpretación auténtica: acierto del proyecto.

Al igual que el proyecto original, se contiene aquí una disposición en virtud de la cual por la vía de la interpretación auténtica se evitan los efectos ilegítimos e injustos del actual artículo 96 inciso 3° del Código de Minería. La inconstitucionalidad del texto vigente además de estar avalada por la sentencia del Tribunal Constitucional citada, ahora es reconocida implícitamente en este proyecto.

c) Una apostilla; disposición 2a. transitoria de la Constitución.

Se ha señalado, en la discusión sobre la inconstitucionalidad del artículo 96 inciso 3° del Código de Minería, que tal ilegitimidad no sería tal pues el Código de Minería habría estado autorizado para hacer lo que hizo (crear una nueva causal de extinción de las concesiones mineras) por la disposición segunda transitoria de la Constitución.

Al respecto, recuerdo que ello se separa del tenor literal de artículo 19 N° 24 inciso 7° del texto permanente de la Constitución, de lo señalado en el propio texto de la disposición segunda transitoria (se refiere sólo a "efectos"), y de lo indicado en una disposición transitoria quizás olvidada: la quinta, según la cual, sin en algún momento el Código de Minería reguló legítimamente esta materia, fue sólo "mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales", y la Ley Orgánica Constitucional ya fue dictada hace mucho tiempo.

En fin, cualquier disquisición doctrinaria al respecto, hoy en día, no pasa de eso, pues es una materia ya fallada en nuestra jurisprudencia constitucional, pues la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de septiembre de 1983, ya citada, en sus considerandos 3° y 4° excluye expresamente a tal disposición como origen de un mandato para el Código de Minería. Y tal jurisprudencia ha causado cosa juzgada en ese aspecto, al que se refirió expresamente (artículo 83 de la Constitución). Y así lo sostiene unánimemente la doctrina y la jurisprudencia chilena.

3.- Se explicita la prohibición de superposición: un acierto que sugiero complementar.

Dentro de las medidas para evitar la superposición, se plantea la modificación del actual artículo 27 del Código de Minería. Según la

fundamentación, como se señala en el Mensaje, "con este fin, se impone al juez el deber de declarar la nulidad de lo actuado en contravención de dicha prohibición (de superposición), tan pronto adquiera, por los medios legales de prueba, o como resultado de medidas para mejor resolver, la convicción de que la concesión de que se trata de constituir se sobrepone a otra anterior (...)".

Este es un remedio que introduce el legislador para evitar la superposición de concesiones, interviniendo en un aspecto central del procedimiento concesional minero.

Si bien el Código de Minería vigente no dice que se permite la constitución de concesiones mineras superpuestas, la declaración actual del vigente artículo 27 no pasa de ser meramente programática a la luz de la falencia estructural subsiguiente de tal código. Y es esta falencia la que se debe remediar. Seguramente no estuvo en la mente del legislador permitir la constitución de concesiones mineras superpuestas, pero los mecanismos creados para evitar este vicio fueron claramente insuficientes.

A través de la modificación del artículo 27 se crea un mecanismo dirigido a evitar la transgresión de la prohibición de constituir una concesión minera superpuesta, entregando al juez su observancia.

Creo que esta modificación, en su fundamento, y en su texto es correcta, y enfoca adecuadamente el problema que se debe resolver. No obstante, y en virtud a que he sugerido con anterioridad insistentemente su necesidad (véase Informe Constitucional N° 371, p. 4 y N° 429 p. 4), me permito unos breves comentarios.

En primer lugar, quizás valdría la pena insistir en el momento a partir del cual se debiera verificar esta constatación. A mi juicio, la verificación de la "no-superposición" es, o debiera ser, un trámite esencial y primario del procedimiento de constitución de una concesión minera. Por razones de principios generales, pues la superposición no sólo quebrante el principio superlativo de las titularidades mineras, esto es la exclusividad, sino también un principio general de derecho: el perjuicio de terceros ajenos al procedimiento. Ambos, en lo sustantivo y procedimental, respectivamente, deben ser salvaguardados ab initio. Si estos principios no están defendidos desde el comienzo del procedimiento, éste conlleva un vicio de nulidad, está manchado de ilegitimidad.

Entonces, si bien la indicación señala que esta nulidad puede declararse "en cualquier estado de la causa", podría radicarse tal constatación a la época inmediatamente posterior a la manifestación o pedimento. ¿Para

qué dilatar esta constatación? ¿No está en juego el principio de economía procedimental también? Si hay problemas de recarga administrativa en el Servicio Nacional de Geología y Minería, ¿para qué posibilitar la mensura (medición) de nuevas concesiones que pueden resultar superpuestas? Entonces, insisto en la necesidad de radicar esta constatación al inicio del procedimiento.

En segundo lugar, sugiero la complementación de esta disposición en el sentido de hacer participar en la constatación de la no - superposición a los posibles interesados (titulares de las concesiones anteriores sobre las que eventualmente se superpone la nueva petición) y al Servicio señalado.

Todas las oposiciones a las nuevas peticiones mineras (que, técnicamente, son juicios) debieran tramitarse de inmediato (como es el caso, en Chile, de las concesiones de aguas), y quien sufre la superposición tendría la posibilidad de defenderse de esta verdadera "amenaza" desde un comienzo.

También debiera exigirse responsabilidad técnica al Servicio respectivo, el que obligatoriamente debiera informar de tal situación, ya sea a petición del juez, o mediante un certificado de "no - superposición" que debiera presentar, luego de hacer la petición, el que manifiesta o pedimento.

Con esto quiero decir que, ahora y con esta eventual modificación, la responsabilidad en la constitución de concesiones superpuestas debe tener nombres y apellidos, por así decirlo. No podemos seguir lamentando las falencias técnicas del Código de Minería, pues mientras tanto se siguen produciendo superposiciones.

El juez, al constituir una concesión actúa como agente del Estado (y éste, a su vez, es titular del dominio público sobre las minas), y el Estado al constituir una concesión superpuesta a otra (cuyo titular tiene la ilusión de ser exclusivo) está, en cierta manera, quebrantando la exclusividad; y ello es un engaño para quienes se creen "propietarios de un derecho exclusivo". En virtud de lo anterior, es adecuada la visión del proyecto de entregar al juez la posibilidad de declarar nulo todo el procedimiento en cuanto "adquiera la convicción" de la superposición.

Por otro lado, creo que es conveniente (como ya se ha insistido con anterioridad en Informe Constitucional N° 429, p. 4) exigir responsabilidad administrativa a quien la debiera tener, desde el punto de vista técnico; el Servicio Nacional de Geología y Minería. Si se le exigen

certificados de no superposición al Servicio, por la responsabilidad evidente que le cabrá en ello, creo que la situación tenderá a mejorar visiblemente en cuanto a la superposición de concesiones como al término del catastro minero, demorado más allá de los plazos legales.

4.- Se incluye un verdadero tipo penal: otro acierto.

Se propone una modificación del artículo 73 del Código de Minería, como remedio a la actual situación de la superposición de concesiones.

Un tema clave en la superposición es la responsabilidad de los peritos e ingenieros mensuradores, pues hasta hoy, a pesar de los claros términos legales al respecto, tales profesionales continuaban realizando *mensuras superpuestas*. El problema radica en que el texto vigente del Código de Minería no contiene un tipo penal depurado, como lo exige nuestro ordenamiento jurídico, sino que es necesario buscar otros dentro del Código Penal; y si a eso agregamos la ambigüedad del contexto legislativo en cuanto a esta infracción, ha traído como consecuencia una total impunidad para quienes efectúan mensuras superpuestas.

El proyecto mejora visiblemente esta situación, y establece un tipo penal completo, el que, a mi juicio, es un remedio eficaz. Debe en todo caso, verificarse, con la ayuda de penalistas, que el tipo penal esté técnicamente bien construido.

VI.- CONCLUSIONES.

Resumo, a continuación, las conclusiones a que he arribado en cuanto a la "Indicación sustitutiva" sobre que recae este Informe, sin penetrar en los fundamentos que he tenido a la vista, pues ellos ya han sido expuestos. Sólo expondré sucintamente mi opinión sobre el texto articulado de tal "Indicación sustitutiva".

1°.- La introducción de nuevas ideas matrices, diferentes al tema de la superposición de concesiones, quebrantan el artículo 66 de la Constitución y vician el procedimiento; y, en caso de existir dudas sobre ello, debiera plantearse la "cuestión sobre constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo al artículo 82 N° 2 de la Constitución.

Por el contrario las indicaciones contenidas en el Artículo Primero, N° 3, 5, 6 y 8 y en el Artículo tercero, serían legítimas, de acuerdo al artículo 66 de la Constitución.

2°.- La finalidad de evitar la extinción del título minero, es un acierto del proyecto original, y parcialmente de la indicación sustitutiva, en cuanto

ofrecen una interpretación auténtica del artículo 96 del Código de Minería vigente (Artículo tercero de la indicación). Es un esfuerzo de un principio cardinal de la legislación minera: la exclusividad de los títulos mineros, y evita la consideración de títulos mineros de primera clase (los nuevos) y de segunda clase (los antiguos).

En todo caso, la modificación del artículo 96 inciso 3° del Código de Minería (que ofrece el Artículo primero, N° 6 de la indicación) no es adecuada, y sólo bastaría su derogación en cuanto posibilita la extinción del título legítimo anterior; todo lo cual hace innecesario la propuesta en el N° 8 de tal Artículo primero.

Recuerdo que esta materia relativa a la extinción de las concesiones mineras, como lo declaró el Tribunal Constitucional en sentencia de 6 de septiembre de 1983 (inexplicablemente incumplida en la dictación del Código de Minería vigente), deben ser objeto de Ley Orgánica Constitucional, de acuerdo a la interpretación que al texto del artículo 19 N° 24 inciso 7° de la Constitución señaló tal Tribunal, la que es preceptiva para este órgano legislativo.

Por lo tanto, estas modificaciones relativas a la extinción del título minero debieran desglosarse en un texto de rango orgánico constitucional, y someterse al control obligatorio señalado en el artículo 82 N° 1 de la Constitución. Si existiese alguna duda al respecto, incluso, es posible plantear previamente una "cuestión sobre constitucionalidad", acogiéndose al artículo 82 N° 2 de la Constitución; aunque esto último parece innecesario, vistos los términos claros y enfáticos de la sentencia del Tribunal Constitucional ya citada, y específica sobre la materia.

3°.- La explicitación de la prohibición de superposición a través de una modificación al artículo 27 del Código de Minería (Artículo primero N° 3 de la indicación), es un acierto del proyecto. Sólo sugiero complementarlo, insistiendo en la necesidad de radicar la constatación de la no - superposición al inicio del procedimiento dándole participación activa (posibilidad de oposición inmediata) a los titulares de las concesiones que sufren la superposición y al Servicio Nacional de Geología y Minería, (en forma obligatoria y bajo responsabilidad administrativa).

4°.- La inclusión de un verdadero tipo penal, modificándose el actual artículo 73 del Código de Minería (a través del Artículo primero, N° 5 de la indicación), es otro acierto del Proyecto, pues complementa la actual figura, más difícil de configurar en materia procedimental - minera, de la prevaricación contenida en el Código Penal.