TEORIA DEL DOMINIO PUBLICO Y AFECTACION MINERA

Alejandro Vergara Blanco

Profesor de Derecho Minero

I. JUSTIFICACIÓN*

Existen, en el ordenamiento jurídico vigente, múltiples bienes —entre otros, las minas— sobre los cuales el Estado mantiene, de diversos modos y para distintos fines, un estrecho vínculo que se denomina, desde el punto de vista dogmático, dominio público.

La búsqueda de categorías doctrinales hábiles para explicar la actual situación del dominio público justificaría por sí solo un amplio trabajo, de ardua labor y de insospechada profundidad, pues entronca con un tema no desarrollado completa y satisfactoriamente por la actual dogmática, y que, a nuestro modo de ver las cosas, constituye el núcleo mismo del derecho administrativo: las potestades administrativas, nudo gordiano de su actual desarrollo científico.

No existe una respuesta definitiva sobre su calificación dogmática. No hay acuerdo, por lo que es posible decir, usando la terminología de la moderna epistemología científica, que, en cuanto al tema del dominio público, no hay una “matriz disciplinar” o un “paradigma” seguro sobre el que trabajar.

Por ello, nos limitaremos a ensayar una breve exposición de su *status quaestionis*, buscando alguna claridad conceptual para definir el primer principio del régimen jurídico de las minas: el estar vinculadas al Estado, como dominio público o como dominio del Estado, según la legislación, y verificar cómo se ha producido esta afectación en la legislación vigente.

Quisiéramos haber seguido adelante, y sólo preocuparnos de justificar por qué las minas, ante la dogmática jurídica, constituyen “dominio público”; pero, previamente, debemos en lo posible resolver un problema conceptual, pues cualquier explicación del dominio público minero o, lo que es lo mismo, de la afectación minera, debe contar —obviamente— de una clarificación previa de su caracterización: de lo que sea el dominio público en general.

II. PRECISIONES DOGMÁTICAS PREVIAS

La crucial respuesta que buscamos debe provenir, por una parte, del manejo de principios dogmáticos de índole pública y de una correcta utilización de los

* Sobre el tema, véase nuestro *La teoría del dominio público: el estado de la cuestión*, en: *Revista de Derecho Público*, 114 (Madrid, 1989), pp. 27-58, cuyo texto resumimos en la primera parte de este trabajo, y que complementamos en algunos aspectos. Cfr. nuestra tesis doctoral: *Reconstrucción histórica y dogmática del derecho minero* (Pamplona, 1988), en prensas como: *Principios del derecho minero* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Prescindimos aquí, en gran medida, del aparataje bibliográfico, por lo que para su complemento debe recurrirse a dichos lugares.

elementos histórico-jurídicos; por otra, la huida a la pura filosofía, o a la política, o incluso —aun dentro del terreno jurídico— a los caducos principios del derecho civil (caducos en cuanto se refieren a nuestro tema), nada han de servir en esta tarea. Trataremos de demostrar brevemente nuestras aseveraciones antes de entrar en materia.

1. *El problema histórico*

A pesar de ser el dominio público una categoría jurídica creada por la doctrina moderna, es posible advertir en su formulación (o en sus formulaciones) muchos elementos históricos, verdaderos lastres, que en alguna medida han determinado algunas confusiones doctrinales.

El gran problema histórico es que aún la doctrina no se ha logrado desembarazar de categorías históricas que fueron creadas para regir en otro contexto; no es posible pensar que pudiese tener igual explicación doctrinal las *res publicae* (o, incluso, *ager publicus*) de los romanos, los *iura regalia* medievales, que el moderno *domaine public*, por mencionar tres estadios histórico-jurídicos bien caracterizados. Obviamente los vínculos buscados por la organización social pueden ser en todos esos casos tan estrechos y cercanos como se pretende; también es obvia la utilización de bienes en cada una de esas categorías, más aún, siempre fueron la base y el fundamento de la creación de la categoría.

Pero, para nuestras pretensiones de comprensión histórica, lo verdaderamente importante es que en cada uno de esos casos existía una diferente evolución de las instituciones jurídicas (públicas, sobre todo; por ejemplo, la inexistencia anterior de un ente siquiera similar al Estado moderno, con su amplio tejido de intervención), y, en cada caso, la actuación de la organización social era diferente, e incluso las finalidades de su actuación podían ser también diferentes, utilizando para ellos instrumentos —técnicas, como se les llama ahora— diversos. A nuestro juicio, no parece adecuado, en esta materia del dominio público sobre todo, para explicar el ayer pretender aplicar categorías doctrinales modernas y viceversa, pues el acervo de conocimientos antiguos no conoció, por ejemplo, conceptos jurídicos modernos como las potestades administrativas y sus límites a través del principio de la legalidad administrativa, o de los derechos públicos subjetivos, etc.

Entonces, una aplicación de elementos históricos para buscar fundamentos a una moderna explicación de lo que sea la naturaleza jurídica actual del dominio público es, en este sentido, inútil. Que tengamos presente la historia para verificar cómo ha ido evolucionando el vínculo del órgano social con ciertos bienes, sí es altamente útil¹; como lo hemos comprobado en la Primera Parte de nuestro trabajo; pero este camino no podrá decirnos cuál es la actual naturaleza jurídica del dominio público; sólo nos dará constantes históricas, pero no una explicación actual, más aún cuando antes, como hemos dicho, no había ni Estado, ni teoría del do-

¹ Para una visión histórica de una especie de dominio público, las minas, véase nuestra serie: VERGARA, *Contribución a la historia del derecho minero*, I, *Fuentes y principios del derecho minero romano*, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XII, (1987-1988), pp. 13-47; II, *Fuentes y principios del derecho minero español moderno y medieval*, en prensa, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*; III, *Fuentes y principios del derecho minero indiano*, en prensa en: *Anales de la Universidad de Chile. Homenaje al profesor Alamiro de Avila Martel*; y IV, *Fuentes y principios del derecho minero chileno contemporáneo*, en prensa en: *Revista de derecho* (Valparaíso).

minio público, la que es consecuencia de las reflexiones de la doctrina francesa a partir de la Revolución Francesa. La única respuesta que podrá proporcionarnos la historia es que, como ayer se hizo lo propio, la explicación de la naturaleza jurídica del dominio público, o sea, este vínculo jurídico que el Estado se ha procurado con algunos bienes, ha de buscarse, *hic et nunc*, en las actuales tareas del Estado, y en su forma de llevarlas a cabo.

Pretender buscar explicación a esta moderna vinculación en el Derecho Romano —donde tan poca atención prestaron sus grandes jurisconsultos a buscar frenos [porque de eso se trata: de buscar frenos al poder que el Estado se arroga sobre los bienes, pero a través de explicaciones jurídicas válidas] a un poder público que, de principio, no los aceptaba— nada sirve a nuestro problema actual; tampoco ha de servirnos el concepto de *iura regalia* o regalía creada por el derecho medieval ni el del Antiguo Régimen, pues, como absoluto que pretendía ser, no resistiría ni una primaria sujeción a las modernas categorías jurídico-administrativas.

Pensamos, en último término, que la reflexión del jurista de hoy no ha de quedarse en el derecho de ayer; si bien es imprescindible conocer la evolución de los conceptos y textos jurídicos, para explicarnos cómo se ha llegado a las modernas categorías, pero éstas —en algunas ocasiones, como en nuestro tema— tienen una naturaleza jurídica que se compadece sólo con su contexto actual y no con el ayer; y en esto reside, precisamente, la riqueza de los principios que se hereda de antaño: en el acomodo eficaz que el jurista le encuentre. Nuestra herencia histórica consiste en que el Estado, jurídicamente, siempre ha tenido un vínculo con ciertos bienes: ayer se le llamó regalías, hoy es dominio público; ayer el jurista medieval le dio la explicación atinente a la época; la ciencia de hoy espera lo propio del jurista actual.

En fin, adelantando de alguna manera nuestro pensamiento: creemos que la moderna explicación a este vínculo —al dominio público, en otras palabras— ha de buscarse en las actuales formas que tiene el poder organizado para cumplir sus fines: en las potestades administrativas; y esto lo pensamos así, porque debemos huir de la cosificación que sufre el derecho civil, que se nutre de otros principios que no han de aplicarse al derecho administrativo, sede de la explicación dogmática del dominio público.

2. La infiltración del derecho civil

a) *La inutilidad de los principios puramente civiles.* Partiremos con el aparente entrecruzamiento de nuestro tema con los principios del derecho privado. Creemos que gran parte de la actual indefinición de algunas instituciones que se vinculan al derecho minero (especialmente estamos pensando en el dominio público y el derecho que nace de la concesión) se debe a la pretensión de introducir en su explicación dogmática principios puramente civiles; ellos, a nuestro juicio, son claramente insuficientes para tal fin; más aún cuando hoy podemos hablar ciertamente de una virtual crisis del concepto de “propiedad”, para el mismo campo civilista, concepto que, por ejemplo, injustificadamente se ha pretendido introducir en esta materia.

Sin pretender entrar de lleno en la discusión, lo que nos alejaría de nuestros propósitos (aun cuando, ya es perceptible, tenemos una definida posición al respecto), creemos que la doctrina civilista o, al menos, una parte de ella, no ha contestado de una forma airosa la acertada acusación de estar sometido el derecho

civil —lo que se hace patente en varias de sus instituciones, especialmente en esta de la propiedad— a una petrificación que le hace rígido, y le impide la necesaria flexibilidad para acomodarse a las exigencias que le impone la vida moderna y su constante evolución; que le impone sobre todo esta extraña criatura llamada Estado que cubre con su actividad casi todo el espectro de la vida social.

Si bien el derecho privado ha configurado valiosas instituciones —y su primer aprendizaje es la savia de que se nutre todo jurista—, la relación con el Estado, y la explosiva introducción de éste en todo orden de relaciones, ha significado una crisis institucional para el derecho privado, la que aún no se termina de percibir ni de reconocer. En virtud de esta crisis, la perspectiva civilista no permite explicar las instituciones que forman parte del derecho minero, y antes del derecho administrativo, disciplina de donde se desgajó aquél².

b) *La exclusión de un instituto: la propiedad.* Nos preguntamos: ¿cómo utilizar en la construcción del dominio público, en general, y del minero un concepto de tan ambigua definición actual, como lo es la propiedad? ¿Es necesario? Un jurista francés, Jean-Paul Gilli, recientemente preconizaba una tarea urgente: redefinir el derecho de propiedad, pues, según él, ya no hay una clara concordancia entre la teoría jurídica y la realidad concreta; no se da el supuesto de que se pueda disponer de las cosas de la manera más absoluta, como señalan aún los propios códigos civiles, y la propiedad hoy se encuentra, en sus expresiones: amputada; desmembrada; condicionada y constantemente amenazada³. Es la propiedad, en fin, una de aquellas nociones básicas del derecho privado codificado que, según gráfica expresión de Guzmán, “han saltado hechas trizas”⁴.

El impedimento primario de la pretensión de aplicar la propiedad al dominio público minero es la pérdida de la visión objetiva: de destino o fin de las cosas, visualizado por los romanos⁵, pero que la moderna concepción de la propiedad privada, por la confusión inyectada desde su visión individualista, ha olvidado.

Quizás ya no debe interesar tanto la titularidad sobre las cosas, sino su finalidad; ya no interesa tanto esa titularidad, pues, además, ha de enfrentarse el tema a las potestades de la administración, que es el aspecto que debe, necesariamente, aclarar en forma previa la ciencia jurídica para poder comprender y limitar la innegable intervención de la administración en los bienes, no por ser tales (he aquí la insuficiencia de la cosificación civilista), sino por su habilidad para cumplir los fines del interés público.

Es este el punto central de la discusión, a nuestro entender, y a partir del cual dudamos el carácter de principio ontológico del derecho que se le pretende atribuir a la propiedad⁶; en una concepción objetiva, por lo demás, no interesa el

² Cfr. VERGARA, *Formulación de principios para el derecho minero*, en: *Revista de Derecho Público* (Santiago, 1987), pp. 41-42.

³ Cfr. GILLI, Jean-Paul, *Redéfinir le droit de propriété*, (París, Centre de Recherche d'Urbanisme, 1975), p. 124.

⁴ Cfr. GUZMÁN, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*. (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977), p. 17.

⁵ ULPIANO se refiere en D. 50, 16, 17 a las cosas “*quae publico usui destinata sunt*”, esto es, a los bienes que están destinados al uso público.

⁶ Cfr. ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José, *Lutero y el Derecho*, en: *Persona y Derecho*, 13 (Pamplona, 1985), p. 46.

titular de los bienes (criterio erróneo propugnado, por ejemplo, por el propio Código Civil español, en su Capítulo III: "De los bienes, según las personas a que pertenecen"), sino la finalidad que cumplen; debe buscarse su *status* a partir de la afectación —mero instrumento— a una finalidad, y si es pública le otorgará al bien tal carácter, y esa afectación es previa a la distinción de los derechos en públicos o privados; ontológicamente, creemos que debe destronarse el trío conceptual: bienes-titular-propiedad; y en su lugar podrá funcionar con menor rigidez, frente al vínculo público con los bienes, el trío: potestad-afectación-bienes.

Pensamos que no siempre se necesita del derecho de propiedad para explicar las instituciones donde hay contacto con los bienes; el error del derecho civil es su cosificación: partir desde los bienes, otorgándosele a su vínculo más pleno, según hemos visto, la categoría de principio ontológico; para el derecho público, se debe operar exactamente al revés, no partir desde los bienes, sino partir desde la potestad. Pensamos que razonar jurídicamente el contenido de la potestad del Estado, en este caso sobre los bienes, y sus límites, nos dará respuestas más nítidas que las que ofrece el derecho civil a través de sus criterios, en este sentido, anquilosados.

Por estas razones podemos afirmar, desde ya, que la institución de la propiedad (no obstante su riquísimo contenido ante el derecho civil) no tiene aquí —en el derecho minero— ninguna operatividad. Sencillamente, ante el derecho minero, ninguna de sus instituciones se conecta con la propiedad.

3. *La huida a la filosofía: un camino sin retorno*

Muchos, movidos por la imperiosa necesidad de encontrar algún punto de apoyo en este tema tan ampliamente debatido de la propiedad, ensayan una huida a la filosofía, camino que nosotros estimamos sin retorno, pues desde ese momento ya no habrá respuestas jurídicas, sino filosóficas; obviamente aquí nos encontramos ante un problema metódico clásico, en donde hay estos dos polos de tensión: normalmente, los expertos en las materias científicas, en este caso el jurista sobre su propia ciencia: el derecho suele encontrar dificultades insalvables para desarrollar las teorías formuladas desde criterios filosóficos; y esto es por una razón sencilla: sus formulaciones no son jurídicas, y el jurista, como lo hemos dicho, necesita respuestas jurídicas⁷.

Esto no significa que sea posible encontrar elementos valiosos para conceptos esenciales que, a estas alturas, el derecho no puede constatar como la misma metodología jurídica (sin pretender que la filosofía, por general que sea su objeto, pueda inmiscuir sus categorías pretendiendo soluciones jurídicas, sino sólo utilizándose, en un plano general, como ordenando el pensamiento del jurista). Comienza el camino del jurista (y donde obviamente termina la mera reflexión filosófica) por una senda obviamente más sustanciosa para el derecho: por los principios generales del derecho. En todo caso, no por su inaplicabilidad en materias estrictamente jurídicas las reflexiones filosóficas han de considerarse inútiles, pues constituyen un precioso material sobre el cual podrá trabajar el jurista, pero ya no como reflejo de esa conclusión filosófica, sino con total

⁷ Ciertamente hemos mencionado esto, aun cuando sea brevemente, pues no podemos desentendernos que el problema del método abarca toda la ciencia jurídica actual. Estimamos que la forma de evitar esta invasión filosófica sobre la ciencia del Derecho es precisamente el desarrollo dogmático de principios generales del Derecho.

autonomía, usando sus propios principios, ya no filosóficos meramente. No es posible negar la constante práctica de los juristas, desde la época de sus más vetustas construcciones —como las romanas—, de adornar los conceptos jurídicos con ideas filosóficas; su utilidad dogmática, obviamente, siempre ha sido discutible, pues el derecho responde a otras causas y a otras finalidades.

4. *La respuesta jurídica*

Por lo tanto, alejándonos de estas evidentes demostraciones, queremos ofrecer respuestas jurídicas, desde el derecho administrativo, dentro del cual, como hemos dicho, se encuadra (no obstante, su desgajamiento y autonomía posterior a que hemos hecho mención anteriormente) el derecho minero.

Pero como queremos fijar nuestra atención no sólo en la posición del Estado, sino en la de los particulares, justificaremos previamente, de algún modo, nuestra manera de ver las cosas.

La errada visión del derecho administrativo, sólo desde una perspectiva “estatista”, como podríamos decir, ha sido —quizá— la causa del desprecio de que ha sido objeto por algunos juristas, especialmente privatistas, actitud que, mirada desde este punto de vista, podría ser justificada en alguna medida. Pero, con la visión que ofreceremos, a la vez desvirtuaremos esas afirmaciones demostradoras de esta disciplina, las que, entonces, estarían dirigidas en contra de esa visión “estatista”, y no de nuestra visión.

El derecho administrativo, a nuestro juicio, debe mirar no sólo hacia el Estado, sino también hacia los particulares, como administrados, en defensa de su libertad. Por lo que, al fin de cuentas, eso es el derecho administrativo, como lo señala González Navarro: “un derecho del poder para la libertad”⁸.

En esta materia de los bienes públicos, por múltiples causas (algunas de las cuales ya hemos apuntado), los juristas han venido prestando atención sólo al aspecto estatal de ellos. El derecho debe mirar principalmente al individuo, al particular, al administrado, pues se trata de verificar, en el fondo, su libertad, sus derechos ante unos bienes que son públicos, no del Estado, sino del público, en fin del *populus*⁹, del pueblo; si se quiere, de todos. Pues es claro que estos bienes no “son” del Estado; él es un mero administrador de estos bienes, con las facultades o potestades que se quiera, pero su principal función es entregar su aprovechamiento al *populus*.

Y es aquí donde surge el procedimiento concesional que se establezca para conceder unos derechos (reales administrativos). Nosotros queremos prestar especial atención a este ámbito, que dice relación con el derecho creado, con su naturaleza jurídica, contenido y efectos.

⁸ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español* (Pamplona, Eunsa, 1987), 1, p. 123. Señala tal autor que se trataría de un “nuevo Jano bifronte; si se quiere, el derecho administrativo no puede ser comprendido si no se toman en consideración esas dos vertientes hacia las que mira: el poder y la libertad”.

⁹ Cfr. como dato anexo, D'ORS, Alvaro, *Sobre el no estatismo de roma*, en: *Ensayos de teoría política* (Pamplona, Eunsa, 1979), pp. 61 y 72, en que señala cómo, para la formación del adjetivo *publicus*, han confluído *populus* y *pubes*, esto es, pueblo y púberes, aspecto que no siempre parece tenerse presente al analizar las cuestiones “públicas”, y entre ellas, sobre todo, el llamado “dominio público”.

Normalmente las exposiciones sólo fundamentan el ámbito del dominio público (en nuestra materia, de una llamada "propiedad minera"), mirado desde el Estado, como si graciosamente éste concediera su aprovechamiento a los particulares. El derecho no puede abandonar el estudio y fundamentación de un aspecto fundamental para el administrado: sus derechos subjetivos (públicos). Por una primera y gran razón: al derecho privado, aparentemente defensor de tales libertades, no le es posible hacerlo, pues su estructura le impide enfrentarse ante el Estado, quedando así —con gran ámbito, por lo demás, en otros aspectos— casi como un derecho que rige mayormente las relaciones *inter privados*. Los juristas no pueden olvidar la posición que ante las instituciones le corresponde al privado, y elaborar sus teorías no sólo en lo tocante al Estado, sino también en lo pertinente al particular, a sus derechos, a sus libertades.

En la literatura jurídica normalmente nos encontramos, por ejemplo, con estudios sobre la historia del dominio público de las minas, pero difícilmente se hurgará en la historia de los textos jurídicos para buscar el recorrido de los derechos mineros de los particulares y cómo se han ido ensanchando esta libertad, su contenido, su naturaleza jurídica, etc. Poco o nada de eso existe, sino sólo colateralmente, como una consecuencia —siempre sólo consecuencia— de lo anterior: de un dominio público.

Es esta preocupación la que nos induce a verificar el contenido de las instituciones jurídico-administrativas, no sólo desde la perspectiva del Estado, sino principalmente desde el individuo, pues bien sabemos que la base, ya no sólo del derecho administrativo y de su desgajamiento, el derecho minero, sino de todo derecho, es el Hombre.

III. SU FORMULACION DOCTRINAL

Es conocido el precario desarrollo de este tema en Chile. La formulación que la doctrina española ha realizado del dominio público, como en otras materias, es claramente tributaria de las construcciones de doctrinas extranjeras: en un principio, de la doctrina del *domaine public* francesa (muestra palpable de ello es la consideración "patrimonialista" del dominio público, de indudable procedencia francesa); en menor medida del sistema italiano del *beni demaniali e patrimoniali indisponibili* (que su huella ha dejado incluso en la importación doctrinal del italianismo "demanial"¹⁰); y, sobre todo, en los últimos años, de la tesis de procedencia alemana de las *öffentlichen Sachen*.

Sin entrar a analizar cada uno de estos sistemas que, por lo demás, muestran más elementos comunes que diferenciales con el español¹¹, explicaremos breve-

¹⁰ La palabra demanial se encuentra hoy ampliamente difundida entre los autores, a pesar del hecho indiscutible que tal término, en este sentido, no encuentra cabida en los diccionarios de la lengua española, del cual se hace derivar, incluso: demanialidad, o, más dudoso aún, demanio. Tampoco es castizo "domanial", que es un galicismo, proveniente el francés *domanialité*. Por último, incluso la muy usada expresión, aparentemente adjetivación castellana, "dominial", creemos que no es correcta, puesto que, en nuestra lengua el adjetivo relativo al derecho de dominio sobre las cosas es "dominical", que sería, entonces, la palabra correcta a utilizar.

¹¹ Cfr. SÁINZ MORENO, Fernando, *Dominio Público. Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional*, en: *Comentarios a las leyes políticas*, (Madrid, Editorial Revista de Derecho

mente el desarrollo de las formulaciones que sobre el tema ha realizado la doctrina española. Hemos simplificado el examen a las concepciones que llamamos “patrimonialistas”, y a la tesis que concibe al dominio público desde el punto de vista “funcionalista”, como la hemos denominado (y muy cercana a nuestra opinión: *vide infra*); mencionando, entre otros, especialmente a un grupo de autores que iniciaron una actitud doctrinal fijando su atención en el papel de la afectación, y su contrapartida: la concepción de bienes del llamado dominio público natural.

Estas no son las únicas concepciones¹², ni los que señalamos los únicos aportes que ha realizado la doctrina sobre el tema¹³.

1. La concepción “patrimonialista”

Es notoria, muy notoria, desde el inicio —algo tardío— de las reflexiones jurídico-administrativas españolas sobre el dominio público, la amplia influencia de la concepción patrimonialista que impera dentro del derecho público francés, influencia que aún hoy perdura.

Hasta 1942 la atención prestada al tema era realmente escasa; en esa fecha, según Recaredo Fernández de Velasco, los trabajos sobre el dominio público eran sólo tres —entre ellos, uno del mismo autor—, al que se sumaría ese año su segunda reflexión sobre el tema¹⁴. En 1921 este autor afirmaba que el dominio público es esencialmente una forma de la propiedad inalienable e imprescriptible; y que la idea del dominio público descansa en la institución de la afectación o destino de las cosas a la utilidad pública.

Luego, como puso de manifiesto en 1958 Manuel Francisco Clavero Arévalo, se habría producido —a su juicio— en esta materia del dominio público un verdadero “progreso en la ciencia jurídico-administrativa española”¹⁵; si es efectivo este progreso, se habría producido, fundamentalmente, por los trabajos monográ-

Privado, 1985), 10, p. 134. Es posible encontrar aquí interesantes referencias al estado actual de las doctrinas respectivas en Francia, Alemania e Italia, con amplias referencias bibliográficas, pp. 128-135.

¹² Es diferente la concepción, tan especial, que ha desarrollado la doctrina chilena, para explicar el dominio público minero, en torno a la figura del dominio eminente. Cfr. VERGARA, *El dominio eminente y su aplicación en materia de minas*, en: *Revista chilena de derecho*, XIII (1988), pp. 87-110. Sobre el origen del concepto, VERGARA, *Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aporías del dominio eminente*, en: *Revista de Estudios Políticos*, 64 (Madrid, 1989), pp. 337-346.

¹³ Desde los ambientes civilistas se ha realizado un interesante aporte, dejando claro que el dominio público no está necesariamente circunscrito a la propiedad, y pueden ser objeto de él los llamados *iura in re aliena*, abriendo así nuevas fronteras dogmáticas a un problema discutido: DIEZ-PICAZO, Luis María, *Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los iura in re aliena*, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 32 (1982), pp. 651-655.

¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Naturaleza jurídica del dominio público, según Hauriou. Aplicación de su doctrina a la legislación española*, en: *Revista de Derecho Privado*, VIII (1921), pp. 230-236; y EL MISMO, *Sobre la incorporación al Código Civil español de la noción de dominio público*, en: *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (1942), pp. 113-127.

¹⁵ CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, *La inalienabilidad del dominio público*, en: *Revista de Administración Pública*, 25 (1958), p. 11.

ficos de Manuel Ballbé, Enrique Martínez Useros, Sabino Alvarez-Gendín y Blanco y Aurelio Guaita, publicados entre los años 1945 y 1956.

Es Manuel Ballbé, con su *Concepto de dominio público* (1945) —luego intitolado *Dominio público*, en una nueva publicación (1955)¹⁶—, quien le da el impulso definitivo a la reflexión sobre el dominio público en la doctrina española y efectúa la primera gran sistematización sobre el tema del dominio público, esquema que marcará posteriores reflexiones. Ballbé desarrolla una investigación del dominio público a través de las que él denomina “distintas notas o elementos que pueden incidir en la esencia del dominio público”: (a) el “elemento subjetivo”, que “estriba en que la titularidad de la cosa corresponde a un ente público”; (b) el “elemento objetivo”, respecto al cual “la noción del dominio público es independiente de la cualidad material de las cosas y que, por ende, pueden integrarlo así las nudas porciones del suelo, como los edificios, los bienes muebles y los incorporales o inmateriales”; (c) el “elemento teleológico”, el que consiste “en la destinación directa de las cosas a la función pública”, es decir “que el nexo entre la cosa y función ha de ser el hallarse “destinada”, esto es “afectada” a su actuación”; y (d) el “elemento normativo”: el sometimiento de los bienes a un régimen de derecho público. Su conclusión es que todos estos elementos, para formar el dominio público, han de concurrir irrecusablemente, sin que pueda faltar ni uno de ellos. Este valioso trabajo, si bien presenta conclusiones muy discutibles, marcó un hito en las reflexiones sobre el dominio público, y su formulación taxativa de estos cuatro elementos sería de alta utilidad, pues tuvo el mérito de señalar los puntos neurálgicos de la estructuración de la institución del dominio público.

Es forzoso mencionar en esta materia a Sabino Alvarez-Gendín y Blanco¹⁷, para quien “el dominio público es, en suma, una forma de propiedad especial privilegiada de los entes públicos, afectada a la utilidad pública, a un servicio público o al interés nacional”, constituyéndose, entonces, en uno de los artifices

¹⁶ Vid. BALLBÉ, Manuel, *Concepto de dominio público*, en: *Revista Jurídica de Cataluña* (1945), 5, pp. 25-73, luego publicado, con sólo pequeñas adiciones bibliográficas como: EL MISMO, voz *Dominio Público*, en: *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Francisco Seix, Editor, 1955), 7, pp. 772-792; *vid.*, además: EL MISMO, *Las reservas dominiales (principios)*, en: *Revista de Administración Pública*, 4 (1951), pp. 75-91.

Luego de la primera publicación del trabajo de BALLBÉ sobre el dominio público (en 1945), le siguió uno de GARCÍA OVIEDO, Carlos, *La teoría del dominio [público] en la nueva Ley de Bases del Régimen Local*, en: *Revista de Estudios de la Vida Local*, V (Madrid, 1946), pp. 549-561, breve, poco citado, y en la línea patrimonialista señalada.

¹⁷ Su primer trabajo sobre el tema es de 1952: ALVAREZ-GENDÍN, Sabino, *El dominio público. Su fundamento y naturaleza jurídica*, en: *Estudios Gascón y Marín* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1952), pp. 259-302; le siguió otro de 1954: EL MISMO, *Naturaleza dominial pública de los edificios y de los bienes muebles*, en: *Estudios García Oviedo* (Nº 342), pp. 17-47; *vid.*, además, el capítulo correspondiente de su: EL MISMO, *Manual de derecho Administrativo español* (Barcelona, Bosch, 1954), p. 510 y ss., todo lo que, junto a una mayor elaboración, cristalizaría en su: EL MISMO, *El dominio público. Su naturaleza jurídica* (Barcelona, Bosch, 1956), según el cual citaremos en el texto principal, y que constituye uno de los pocos trabajos monográficos, con intenciones generales que, sobre el tema, cuenta España; sólo algunos párrafos, incluso resumidos para la ocasión, pasarían a formar parte de su: EL MISMO, *Tratado general de Derecho Administrativo* (Barcelona, Bosch, 1973), 3, p. 295 y ss. Su última aportación al tema es histórica: EL MISMO, *Concepto histórico* (Nº 342).

del asentamiento, por largos años, y hasta hoy en alguna doctrina, de la concepción patrimonialista del dominio público.

En 1954 Enrique Martínez Useros publica un excelente trabajo¹⁸, el que es, a pesar de su título, casi monográfico sobre el dominio público. Su concepción, en la misma línea anterior, es claramente patrimonialista, y marca el acento en un aspecto que la doctrina posterior considerará "clave": la afectación. No obstante, su concepción patrimonialista no es tan cerrada, y ya comienzan a vislumbrarse líneas críticas que más tarde acentuará la doctrina.

Aurelio Guaita publicó en 1956 un trabajo en francés¹⁹, en que utiliza toda la doctrina anterior, y efectúa, a esas alturas, un diagnóstico sobre la concepción patrimonialista, considerando el dominio público como una propiedad de las personas administrativas. Acoge esta tesis patrimonialista, que basa el dominio público en el patrimonio, en el dominio; aunque, forzoso es no negarlo, su actitud carece del acriticismo con que muchas veces se recibió tal postura.

En la misma línea seguiría más tarde Fernando Garrido Falla, desde su primera incursión en el tema, el año 1962, texto publicado luego, con ligeras modificaciones, en 1980, y además introducido en su conocido *Tratado*, en sus sucesivas ediciones, hasta la de 1987, su última edición²⁰; estudia Garrido Falla, en forma bastante amplia, lo que para él es la teoría del dominio público, su concepto, su naturaleza jurídica y elementos (siguiendo, en esto, la categorización formulada años antes por Ballbé), para luego analizar su régimen jurídico ante las leyes españolas. En general, sigue de cerca a Ballbé, postulando la concurrencia necesaria de tres elementos: subjetivo, objetivo y teleológico; sus notas novedosas: mitiga Garrido Falla la exigencia de un elemento normativo y se hace eco de una tendencia doctrinal (que veremos *infra*), que comenzaba a marcar el acento en la "afectación", como aspecto central de la teoría del dominio público; en suma, a nuestro entender, a pesar de la claridad y la calidad de sus desarrollos, no aportó en este tema grandes novedades.

¹⁸ MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público*, en: *Estudios García Oviedo* (Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1954), pp. 137-176 (incluye amplia bibliografía en pp. 174-176).

¹⁹ GUAITA, Aurelio, *Le domaine public en Espagne*, en: *Revue Internationale des Sciences Administratives* (Bruxelles), 22 (1956), 2, pp. 121-140 (incluye una breve bibliografía en p. 138). También encontraremos desarrollos sobre el dominio público de mano de este autor, más tarde en su: *Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas*. (Madrid, Civitas, 1986), especialmente pp. 21-34.

²⁰ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Sobre el régimen del dominio público*, en: *Problemática de la Ciencia del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor José Ma. Pi y Suñer* (Barcelona, Bosch, 1962), pp. 303-340; según él, "la consideración del dominio público como una forma especial de propiedad, constituye, pues, la opinión común en la doctrina actual" [citando, por todos, el trabajo monográfico de ALVAREZ GENDÍN, de 1956 (Nº 17)]; no puede resultar más sorprendente que este mismo texto, inmodificado, sea repetido en 1980: EL MISMO, *Comentario al artículo 338 a 345 del Código Civil*, en: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (Dir. Manuel ALBALADEJO, Madrid, Edersa, 1980), pp. 47-95, y en su *Tratado*, hasta la reciente 8^{va.} edición, en 1987: EL MISMO, *Tratado de Derecho Administrativo*⁸, (Madrid, Editorial Tecnos, 1987), 2, p. 360. Este autor olvida mencionar que a más de 25 años de la primera publicación de su inalterado texto sobre el tema, dicha opinión no es tan "común", como veremos *infra*.

Pasa esta influencia por muchos autores, y es sostenida —por algunos— hasta el día de hoy, con la misma base, buscando, incluso, argumentos en los nuevos textos legales; así, el más reciente estudio monográfico dedicado al tema que conocemos, de Fernando Sáinz Moreno²¹, quien continúa esta línea, adoptando una actitud “patrimonialista” frente al dominio público; para él la noción de dominio público se construye a base de estos tres elementos: (a) titularidad administrativa; (b) afectación a un fin público; y (c) régimen jurídico especial; su concepción patrimonialista la justifica con argumentos novedosos, pero no convincentes; según él, la crítica a que puede estar sometida la concepción patrimonialista “ha quedado en gran medida compensada con la concepción hoy prevalente de la ‘función social’ de la propiedad (art. 33.2 Constitución española) y de la subordinación de ‘toda riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titular, al interés general’ (artículo 128 de la misma Constitución española)”, siendo —a su juicio— la diferencia entre la propiedad pública y privada sólo de grado; dice: “toda propiedad está subordinada al interés general, pero en unos casos con mayor intensidad que en otros: la propiedad privada ha de cumplir una ‘función social’, mientras que la propiedad pública ha de cumplir una ‘función pública’”. Con un afán aparentemente conciliador, en esta tesis se olvida que es perfectamente posible la afectación de bienes privados para el cumplimiento de funciones públicas, lo que echa por tierra su pretendido dualismo patrimonialista. En fin, estimamos un buen intento —no logrado, lamentablemente— por resucitar una tesis superada por los hechos.

2. Dos criterios doctrinales

Hay dos criterios que, más o menos al margen de la línea doctrinal anterior, fueron persistentemente acentuados por la doctrina; criterios íntimamente relacionados, y que merecen un tratamiento especial, previo al análisis de la llamada por nosotros “teoría funcionalista”. Nos referimos, por una parte, a la afirmación de existir bienes de dominio público por naturaleza, y, por otra, a la “afectación”, como criterio central de la teoría del dominio público.

¿Existen bienes del dominio público por naturaleza? Sustenta el criterio afirmativo Aurelio Guaita²²; para él, es indudable que existe un dominio público natural, para lo que no son obstáculo en modo alguno los *mètres carrés* que pueden erosionarlo²³; es natural porque está predestinado o abocado a cristalizar en una ley positiva; según él “pueden existir en él enclaves particulares, pero las grandes

²¹ Cfr. SÁINZ MORENO (Nº 11), pp. 123-217.

²² Cfr. GUAITA, *Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas* (Nº 19), p. 23. En contra, SÁINZ MORENO (Nº 11) opina que el criterio de los bienes de dominio público por naturaleza se ha abandonado, y ello habría quedado claro en el debate de la Constitución [vide los antecedentes del Anteproyecto de Constitución que proporcionan tanto él como GUAITA, *Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas* (Nº 19), p. 22]; no obstante reconocer —dice SÁINZ MORENO, demostrando nuevamente su constante ánimo de eclecticismo— que “es evidente que ciertos bienes de dominio público tienen una naturaleza más adecuada que otros para ser bienes demaniales”, los cuales “entran en el dominio público desde el momento en que reúnen las características tenidas en cuenta por el legislador, sin necesidad, pues, de un acto singular de afectación”, p. 138, Nº 12.

²³ Se refiere a la denominada teoría del “metro cuadrado”, de Maurice HAURIUO.

masas en que consiste, al menos tienden a integrarse en el dominio público, cuya "naturaleza" global no debe negarse porque puedan existir o existan unos metros cuadrados de propiedad particular", pero admite que "este aspecto del problema no es el más decisivo, ni relevante, toda vez que para que una cosa sea de dominio público es inexcusable una ley que lo declare así". Aplica Guaita la categoría de dominio público natural, especialmente a las minas, dándole las siguientes notas: (a) en principio es un dominio público necesario (no tolera "competencias" de la propiedad); (b) es, en los casos más extensos, frecuentes e importantes, del Estado —como las minas—; y (c) tampoco coinciden dominio natural y bienes de uso público, pues hay dominio natural no de uso público, y tal es el caso de las minas. En definitiva, señala que si bien "es la ley la que califica de dominio público a determinados bienes, y en ese sentido todos ellos lo son legalmente, pero es innegable que lo que se declara *ex lege* dominio público, la materia prima de éste, puede ser natural, proporcionado por la naturaleza y, en suma, que existe un dominio público natural, que la ley, quizá nunca por capricho, antes bien forzosamente casi siempre, declara, consagra y positiviza"²⁴.

¿Qué es la afectación? Una pieza clave. En efecto, por otro lado, se encuentra la importante figura jurídica de la afectación²⁵; en esta materia nuevamente es la doctrina francesa la que dio los primeros vagidos²⁶, quien está conteste en que esta nota es esencial dentro de la construcción doctrinal del dominio público. Según nuestras informaciones, quien primero plantea la cuestión en estos términos ante el derecho español es José Antonio García Trevijano²⁷; continúan el tratamiento del tema, en forma monográfica, Ariño Ortiz; Sala Arquer; Sánchez Blan-

²⁴ GUAITA, *Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas* (Nº 19), p. 34. No está exenta de crítica, por su parte, la teoría general de dominio público, pues para él es muy ambigua, "al abarcar aquél [el dominio público] una ingente y abigarrada masa de cosas diversísimas, desde playas, ríos o minas (etc....)"; "aparte de la titularidad pública y de la afectación a un fin público ¿qué tienen de común los bienes dominiales? Muy poco, sólo algunos trazos de régimen jurídico peculiar que deriva de la afectación o destinación pública" (p. 24); señala —con razón, por lo demás, como veremos en nuestro caso: el de las minas—, que "hay instituciones que sólo pueden existir en especies determinadas del dominio público" (p. 25). En suma: según él, tenía razón DUGUIT cuando hablaba de la gradación o *échelle de la demanialité publique*, "según las cosas o bienes posean más o menos notas (y con mayor o menor intensidad) de las que configuran el régimen jurídico del dominio público" (*idem*). Esta idea de DUGUIT no debe perderse de vista, tal como lo recalcamos *infra*.

²⁵ Véase *infra* donde desarrollamos una afectación específica: la minera.

²⁶ Vide, por todos: DE LAUBADERE, André, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation*, en: *Revue du droit Public et de la science politique* (1950), pp. 5-28 [ahora también en: *Pages de Doctrine* (París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980), 2, pp. 75-94]; DURAND, Claude, *Désaffectation et déclassement des biens du domaine public*, en: *Revue de Droit Public et de la science politique*, 72 (1956), pp.233-273; STORAT, Lucien, *La notion d'affectation en matière domaniale*, en: *Revue du Droit Public et de la science politique*, 74 (1958), pp. 866-917; línea que seguirá posteriormente: CHARLIER, Robert-Edouard, *Les biens affectés au service public*, en: *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso* (Uruguay), (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969), 5, § 147, pp. 45-80.

²⁷ Cfr. GARCÍA TREVIJANO, José Antonio, *Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español*, en: *Revista de Administración Pública*, 29 (1959), pp. 11-57.

co y, en fin, Climent Barbera²⁸: todos ellos opinan que la afectación es figura “central”, “clave”, “medular”, “fundamental”, etc., del dominio público. Si bien antes la doctrina había fijado su atención en la importancia de este elemento²⁹, quien primero efectúa un desarrollo monográfico sobre él es García Trevijano (1959), planteando que la introducción del concepto de afectación constituye la superación de la idea de bienes de dominio público por naturaleza³⁰, concluyendo que: “los bienes demaniales necesitan, para ser tales, de la titularidad y el destino como requisitos concurrentes, y en cuanto falte alguno de ellos nos encontraremos con bienes privados”, no abandonando, de este modo, esta visión de titularidad, también afirmada por la doctrina patrimonialista vista anteriormente.

Entonces, su esfuerzo doctrinal dice relación con la acentuación del papel de la afectación, y no introduce una crítica a la teoría patrimonialista, sino, más bien —con la conservación de la titularidad formando una dualidad conceptual con la afectación para integrar el dominio público—, pensamos, la reafirma.

La afectación, como tal, más tarde recibirá los frutos de un nuevo avance doctrinal, de parte de Gaspar Ariño Ortiz (1973), quien, más cerca de las doctrinas “funcionalistas” (*vide infra*), reconoce el papel de la afectación en los bienes del dominio público, pero ya “no como título de propiedad, sino como título (único) de potestad sobre ellos”³¹, propugnando, de este modo, la disociación de la dualidad titularidad-afectación, poniéndose al lado de una corriente muy clara dentro de esta materia, que pretende evitar aquella disyuntiva falsa: o dominio público o propiedad privada, sin más.

Posteriormente la doctrina abundará en el estudio de este instituto. En fin, la idea de la afectación —primero ligada a la titularidad, para luego desvincularse de ella— se ha convertido en el gozne, y principal instrumento de la teoría del dominio público, que ha permitido un amplio desarrollo doctrinal de las tesis que impugnan el concepto patrimonialista del dominio público, y que veremos en seguida.

²⁸ Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La afectación de bienes al servicio público* (Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1973); SÁNCHEZ BLANCO, Angel, *La afectación de bienes al dominio público* (Sevilla, Instituto García Oviedo, 1979); SALA ARQUER, José Manuel, *La desafectación de los bienes de dominio público* (Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1979); CLIMENT BARBERÁ, Juan, *Afectación de bienes al uso público* (Valencia, Facultad de Derecho Universidad de Valencia, 1979); y, EL MISMO, *Perspectivas de la titularidad de bienes de dominio público y la idea de competencia*, en: *Libro homenaje al profesor Galvañ Escutia* (Valencia, 1980), pp. 119-138.

²⁹ No se olvide que ya en 1955 GARCÍA DE ENTERRIA, *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, en su: *Dos estudios sobre la usucapción en derecho administrativo* (Madrid, Tecnos, 1974), p. 95, decía: “toda la institución del dominio público gira sobre un *criterium* esencial: la llamada “afectación”, destinación, destino de las cosas particulares que integran sus dependencias” y que “rigurosamente, la afectación o *publicatio* explica, justifica y mide el conjunto íntegro de las particularidades dogmáticas del dominio público, y entre ellas las fundamentales de su inalienabilidad y su imprescriptibilidad” (p. 95); continúa en esta línea, algo más tarde, CLAVERO AREVALO (Nº 15), para quien la afectación es, precisamente, el fundamento de la inalienabilidad (p. 35).

³⁰ GARCÍA TREVIJANO, *Titularidad y afectación* (Nº 27), p. 16, lo que lo enfrenta de lleno con la tesis de GUAITA, señalada *supra*.

³¹ ARIÑO (Nº 28), p. 31.

3. La concepción "funcionalista"

Frente a la concepción que ve en el dominio público una forma de propiedad, ya no privada, sino pública, se ha venido desarrollando en España, a partir de las reflexiones de José Luis Villar Palasí sobre el tema, una reacción desde el punto de vista de la "función" y es por eso que llamaremos, en forma convencional, a esta corriente doctrinal "funcionalista".

La tesis de Villar Palasí marca un hito dentro de las reflexiones sobre el tema. Según él (1968), "la idea del dominio viene siendo enfocada desde esa coseidad, sin parar mientes, absurdamente, en que es sólo una técnica funcional y no una cosa. ¿Qué sentido tiene el demanio minero desde el ángulo de las cosas reales? El dominio público nació más bien, y pervive hoy, como técnica jurídica eficaz, con un sentido plenamente funcional: construir un título de intervención administrativa plena"³². Agrega, luego, esta idea fundamental: "si la administración tiene públicos hoy una serie de dominios, no lo hace con el viejo sentido regalano de dejar las cosas así, incrementando el acervo del príncipe; antes bien, está interesada en otorgar concesiones al máximo, despojándose aparentemente del contenido útil de lo publicado. Esta aparente contradicción es la que desvela totalmente la función de la *publicatio*: construir sobre ella el título de intervención"³³. Su explicación histórica es la siguiente: del concepto abstracto y difuso de regalía nació el demanio como una clase especial de regalía (que llegó a comprender, entre otros bienes, a las minas, como sabemos); con el advenimiento de la "policía" pasará el demanio a ser un concepto técnico, deviniendo mera policía en algunas de las viejas regalías.

Son estas lúcidas reflexiones las que retomarán más tarde Roberto Parejo Gamir y José María Rodríguez Oliver (1975), quienes siguiendo a Villar Palasí señalan que: "el problema de la naturaleza del dominio público se complica extraordinariamente cuando se confunde con una propiedad administrativa y se explica como una especial categoría de derechos reales semejantes a los de índole privada; ello es consecuencia —señalan— de una confusión previa consistente en establecer que el concepto 'cosa' juega de la misma manera en derecho privado que en el derecho administrativo"³⁴. En definitiva, los autores reafirman la tesis de Villar Palasí, concluyendo: "el dominio público, antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar los conductos de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales".

En 1981, Alfredo Gallego Anabitarte señala en esta correcta línea de pensamiento: "los bienes de dominio público, por sus características de uso y apro-

³² VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas* (Madrid, Universidad de Madrid, 1968), p. 32.

³³ VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo* (Nº 32), pp. 32-33; idea esta que adquiere especial relieve en el caso de las minas, como se verá, donde calza perfectamente. Ya desde aquí comenzamos a pensar si no será necesario construir una tesis especial para el dominio público de las minas.

³⁴ PAREJO GAMIR, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVER, José María, *Lecciones de dominio público* (Madrid, Ediciones Instituto Católico de Artes e Industrias, 1976), p. 7.

vechamiento general, de inalienabilidad e imprescriptibilidad, etc., se resisten a ser configurados en base al concepto de propiedad, que supone la plena disposición sobre el objeto; estos bienes de dominio público serían más bien unas cosas destinadas a un determinado fin, bajo la administración y gestión de los poderes públicos³⁵. Posteriormente, en 1986, este autor aplica, con una riquísima visión histórica, su concepción sobre el dominio público a un caso particular: las aguas, conformando una vez más cómo el dominio público está alejado del concepto jurídico de propiedad³⁶.

En esta misma línea, es interesante el trabajo de Luciano Parejo Alfonso (1983)³⁷, quien pretende una reconstrucción de la teoría general del dominio público.

En fin, esta línea de pensamiento tiende hoy en día a consolidarse, y a ser aceptada mayoritariamente por casi todos aquellos autores que intervienen en el tema, y es visible el amplio desarrollo que podrá recibir a partir de los aportes de Juan Miguel de la Cuétara (1986)³⁸, sobre las potestades administrativas, lo que es, a nuestro juicio, el punto fundamental de la teoría del dominio público. Se adscribe a la tesis funcionalista, ahora último, expresamente, Esteve Pardo (1987)³⁹.

En todo caso, la construcción dogmática de esta teoría funcionalista no ha sido realizada, a cabalidad, hasta hoy, y es una tarea que está a la espera de tal desarrollo⁴⁰.

La anterior es, a grandes rasgos, la elaboración doctrinal española sobre el dominio público. En todo caso, la completa sistematización de la teoría del dominio público, como categoría jurídica, no ha estado exenta de críticas, en cuanto tal⁴¹.

³⁵ Cfr. GALLEGO ANABITARTE, *Los cuadros del Museo del Prado. Reflexiones histórico y dogmático-jurídicas con ocasión del art. 132 y 133.1 de la Constitución Española de 1978*, en: *Administración y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Mesa Moles* (Madrid, Presidencia de Gobierno, 1981), p. 233, nota 14.

³⁶ Cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *El derecho de aguas en la historia y ante el derecho comparado*, en: ----- y otros, *El Derecho de aguas en España* (Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986), 1, especialmente, p. 45 y ss., y 341 y ss.

³⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, en: *Revista de Administración Pública*, 100/102, 3 (1983), pp. 2379-2422.

³⁸ Vide: DE LA CUÉTARA, *Las potestades administrativas* (Madrid, Editorial Tecnos, col. "Temas clave de la Constitución española", 1986), donde aplica al dominio público el carácter de categoría "integrante de las potestades de regulación del uso y otorgamiento de autorizaciones y concesiones sobre el mismos, así como la potestad sancionadora de las infracciones producidas en su peculiar régimen de aprovechamiento" (p. 108).

³⁹ ESTEVE PARDO, José, *Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones "a non domino"*, en: *Revista de Administración Pública*, 113 (1987), pp. 181-213; *vid.*, especialmente, p. 183, Nº 3.

⁴⁰ Pensamos, eso sí, que el más fructífero camino es el sectorial y como ejemplo de ello es la magnífica construcción histórico-dogmática del derecho de aguas de GALLEGO ANABITARTE y otros, *El derecho de aguas en España* (Nº 36) y, ahora, en materia de minas, nuestros trabajos citados *supra*.

⁴¹ Cfr. NIETO, Alejandro, *Bienes Comunales* (Madrid, Editorial revista de derecho privado, 1964), p. 3; y GONZÁLEZ-BERENGUER, José Luis, *Sobre la crisis del concepto de dominio público*, en: *Revista de Administración Pública*, 56 (1968), pp. 191-220.

IV. DISECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO: POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN Y DERECHOS REALES DE APROVECHAMIENTO

En Chile, en general, la teoría del dominio público no ha tenido casi desarrollo doctrinal; al margen de alguna monografía destinada a temas colaterales, no ha habido —dentro de lo que nosotros conocemos— ningún intento de desarrollar una teoría general del dominio público; obviamente, éste no es el lugar de hacerlo, ni las pretensiones del que escribe van hoy encaminadas hacia allá; sólo explicaremos el vínculo jurídico del Estado con las minas.

En todo caso, nuestra opinión ya ha quedado perfilada en las páginas anteriores, y es notorio en el texto nuestro rechazo a la tesis patrimonialista, y nuestro acogimiento a la tesis iniciada por Villar Palasí, vinculada a las funciones o potestades de la administración. Por otro lado, no veo inconveniente alguno, ni dogmático ni legal, para afirmar que las minas constituyen parte del dominio público. Entonces, nuestras ideas están limitadas por estos dos extremos: (a) el dominio público dice relación con las funciones de la Administración del Estado; y (b) en él se encuentran, como parte integrante, las minas. Se trata, entonces, de un dominio público minero.

Me da la impresión que si bien históricamente el vínculo del Estado con las minas ha sido siempre muy cercano —incluso dogmáticamente casi equiparable en su cercanía a esta figura actual del dominio público (con otros nombres: *regalía*; *res publicae*, etc.)—, pero hoy su condición jurídica es diferente, sobre todo por haber variado fundamentalmente la entidad —el Estado— que se arroga su “dominio”, pues éste, más que propiedades, maneja potestades, es titular de potestades; es el particular el que buscará, frente a ellas, libertades y propiedades (o cualquier otro derecho real, incluso —claro está—, administrativo), cuando quiera procurarse el goce de los bienes, estén o no, según los casos, sustraídos a su apropiación (los bienes del dominio público, entonces, son de aquellos que están sustraídos de la apropiación, como tales, del particular).

Y es que esto no se encuentra alejado a la idea de lo que es el derecho administrativo, el que agrupa todas sus instituciones en torno a estos dos conceptos que son a la vez antagónicos y complementarios: la potestad de la administración y la garantía del particular, dentro de la cual se engloban la libertad y la propiedad (u otro derecho real)⁴². Por lo que esta vía de las potestades pareciera ser la más correcta para comprender el dominio público, pues la confusión entre el *dominium* y las *potestas* es tradicional⁴³.

⁴² Esto de los extremos cardinales del derecho administrativo, obviamente, no es idea nuestra, sino que es casi unánime, y está presente, ya expresa o implícitamente, en todas las obras de derecho administrativo (y en cada acto administrativo, aun); *vid.*, por todos: GARRIDO FALLA, Fernando, *Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales*, en: *Revista de Administración Pública*, 7 (1952), p. 35 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa* (Madrid, Civitas, 1984: reimp. facs. de la ed. de 1956), p. 38; y GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (Nº 8), 1, p. 123, quien dice, derechamente: “el derecho administrativo no puede ser comprendido si no se toman en consideración esas dos vertientes hacia las que mira: el poder y la libertad”.

⁴³ No se piense que pudiera ser desencajado hablar de “potestad” cuando se trata de “dominio”, expresión ésta que denota más que nada una relación directa con los bienes. Recuérdese que el señorío del *princeps* era, en el medievo, vinculado al *dominium*, por lo que él era el *dominus*, para indicar un poder de naturaleza pública que correspondía al prín-

Quizás sea necesario olvidarse de un derecho público de cosas que haga partir la teoría del dominio público desde la titularidad, o desde las cosas. Ya no es tanto el titular de la cosa, ni la naturaleza de esta cosa, lo que interesa verdaderamente para los fines de la categoría —temas que, por lo demás, tanto han perturbado a la doctrina (recuérdense las tesis de la titularidad pública o dominio público por naturaleza, v. gr.)—, sino otra categoría dogmática; algo que, por cierto, sea previo a la afectación⁴⁴ y dicha categoría, es a nuestro juicio, la potestad.

Respecto del dominio público, podría ser perfectamente aplicable el concepto de la “escala” de la dominicalidad pública (retomando así la idea de la *échelle de la domanialité publique* de Duguit), del mismo modo que en el tema de la personalidad pública, pues, como dice González Navarro, con un realismo que a veces olvida el jurista, “el dominio público (...) rara vez se ajusta en la realidad a los rasgos que tópicamente se predicán del mismo”⁴⁵.

Con la reserva anterior, pero como un criterio importante, la relación del dominio público la podemos resumir en lo siguiente: aunque la doctrina, y la legislación incluso, patrimonialicen el dominio público, hay que distinguir en él ciertas categorías de bienes, entre los que se encuentran, por ejemplo, las minas o las aguas, en el que la intervención del Estado no es la de un dueño como lo conoce el derecho civil, sino la de un administrador que usa de potestades frente a los bienes, pues no se olvide que es la relación del dominio público⁴⁶ un ejemplo típico de relaciones reales. Lo que no significa, por cierto, facultades arbitrarias, sino una forma de buscar el que esos bienes cumplan con la finalidad pública que justifica su inclusión en tal categoría, y esas finalidades se logran precisamente a través del otorgamiento de derechos reales administrativos a favor de los particulares, para su uso o aprovechamiento común o particular, como es el caso de las minas o de las aguas, por ejemplo.

Se conjugan así, armoniosamente: (a) la potestad del Estado sobre el bien del dominio público, para buscar el cumplimiento de los fines para los cuales fue efectuado a la categoría, potestad que es permanente y jamás termina, ni aun con el otorgamiento de derechos reales a favor del administrado (que es la segunda fase de la armonía); con (b) el derecho del particular al aprovechamiento, que es, en el fondo, parte de su libertad la que está en juego, porque el Estado no podrá siem-

cipe, una *potestas*: cfr. NICOLINI, Ugo, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, (Milán, Giuffrè, 1940), p. 129. Estas dos expresiones: *dominium* y *potestas*, a partir de GROCIO, han tenido un tránsito singular dentro del pensamiento político y, también, del jurídico. *Vide* lo que diremos más adelante sobre la deformación del concepto de *potestas eminens*, hasta llegar (incluso en el mismo GROCIO) a denominarse *dominium eminens*; esto más tarde la doctrina, erróneamente, lo “patrimonializaría”, transformándolo en una “propiedad eminente”, expresión anacrónica. Cfr. nuestro: *El dominio eminente* (Nº 12). Así, queda por investigar el tránsito que vincula a estos tres conceptos que se interrelacionan, de una forma histórico-dogmática, lo que daría respuestas riquísimas; nos referimos a: *dominium*, *proprietas* y *potestas*. ¿Qué ha ocurrido con ellos a través de la historia jurídica?

⁴⁴ Pues la afectación podrá ser todo lo central o fundamental que se quiera, como lo afirma la doctrina, pero, en el fondo, no es más que un mero instrumento de la categoría, no constituye su esencia.

⁴⁵ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (Nº 8), 1, p. 591.

⁴⁶ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (Nº 8), 1, p. 592.

pre arrogarse el uso exclusivo de los bienes que son, más que del Estado, públicos, del público, en fin, del *populus*⁴⁷.

Vemos así funcionar un mecanismo usual y muy singular dentro del derecho administrativo y, por tanto, del derecho minero: la potestad y la libertad.

V. EL VÍNCULO JURÍDICO DEL ESTADO CON LAS MINAS

Hay dos constataciones, diríamos básicas, a partir de las cuales debe comenzar todo razonamiento y desarrollo dogmático del vínculo jurídico del Estado con las minas.

1º La historia jurídica demuestra que, desde su origen, y a través de todo el desarrollo de los textos jurídicos que han precedido a los que conforman nuestros actuales regímenes de la minería, la organización política (o su formulación actual: el Estado) se encuentra, desde el punto de vista jurídico, íntimamente vinculada con las minas o, como se quiera, con la riqueza minera; la naturaleza jurídica de este vínculo es en un principio difusa, formulada casi como una verdadera propiedad, cuyo titular es precisamente la organización política, pero, y a luego, se la afecta definitivamente a un interés general.

En efecto, ya en la última época del derecho romano estaban las minas claramente vinculadas a un destino público, a su explotación pública, garantizada por la organización política; posteriormente, desde el comienzo del derecho medieval, hasta el final de las monarquías, tanto en la península como en las Indias (desde su conquista y colonización), las minas constituyeron una regalía de la Corona, un *iura regalia* más, en una situación semejante a la anterior.

El vínculo jurídico de las minas con la organización que ostenta el poder social siempre estuvo constantemente afirmado, y fue sólo a partir de la revolución francesa y, posteriormente, con la aplicación de ideas del individualismo liberal cuando se pretendió otorgar a las minas el carácter de propiedad privada (aunque, paradójicamente, siguieron siendo "concedidas" por el Estado a los particulares, sin perder éste su vínculo originario), como una forma especial de la propiedad privada, regida, entonces, por el derecho civil; mas, creemos, por el hondo precipicio dogmático que produjo la idea que originó tal planteamiento, y por el peso de la antigua tradición del vínculo ("dominio", si se quiere) estatal (que, guste o no guste, siempre ha existido), esta idea del traspaso de una propiedad a los particulares sobre las minas fracasó en su intento, y las minas se siguieron considerando jurídicamente vinculadas, en exclusiva, al Estado, aun después de concedido su disfrute a los particulares, y no como titular de una propiedad, sino como rector de una riqueza pública, y, como hemos dicho *supra*, en uso de sus potestades.

Así, el nacimiento de la teoría del dominio público no tuvo otra razón para surgir que la de explicar la vinculación del Estado con ciertos bienes, como las minas, en los cuales habría envueltos intereses públicos, caldo de cultivo de las potestades estatales, y llamados no a ser usados, gozados y dispuestos por él, sino prioritariamente, aun cuando en forma individual, por los particulares, pero a través de reglas impuestas por el Estado.

No es necesario desarrollo alguno para afirmar algo, a estas alturas, tópico:

⁴⁷ Cfr. lo que sobre la formación del adjetivo *publicus* decimos en Nº 9.

siempre existió un “dominio público”; una especie de “dominio”, señorío, o como lo hemos llamado, un vínculo especialmente estrecho de parte de la organización social con algunos bienes, entre los cuales se encuentra, históricamente, en forma destacada y sin solución de continuidad, el caso de las minas; lo que es nuevo es la teoría de tal denominación referida a ellos; su explicación doctrinal ha pasado por diversas épocas, que fluyen del mismo carácter en que estos bienes se vincularon al poder público y, también, del avance de la dogmática jurídica: así, primero eran bienes del pueblo romano; luego de la Corona; en fin, desde el final del Antiguo Régimen, bienes nacionales, y hoy más precisamente (desde el punto de vista dogmático) bienes del llamado dominio público, y, aún más, cada categoría recibió una explicación doctrinal, que ha desembocado en la actual teoría del dominio público, cuyos rasgos más característicos hemos desarrollado *supra*.

2º Los regímenes legales de las minas en actual vigor no sólo continúan con esta tradición histórica —que *per se* es un pesadísimo lastre del que es difícil sacudirse—, sino que la acentúan constantemente; así, en ambos casos existe la afirmación legal de constituir las minas parte del “dominio público” o del “dominio del Estado”, como lo veremos a continuación.

VI. LA AFECTACIÓN DE LAS MINAS AL DOMINIO PÚBLICO

1. La afectación minera

a) *En general*. De lo que hemos dicho anteriormente ha quedado suficientemente claro que las minas integran lo que se ha llamado el dominio público o, en términos del legislador chileno, dominio del Estado, en virtud de los artículos 591 del Código Civil y 19 N° 24, inciso 6º de la Constitución. Hemos indicado que el problema de su naturaleza jurídica no dice relación con la titularidad, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina (*vid. supra*), sino con su afectación.

Es la afectación, a nuestro modo de entender, una figura instrumental que opera por los medios normales del derecho —normativos— y en virtud de la cual se hace integrar un bien dentro de la categoría del dominio público.

La doctrina ha discutido si la afectación de las minas al dominio público se hace en forma natural⁴⁸, o de manera expresa, siendo por ello necesaria una ley⁴⁹, discusión que, en el fondo, dice relación con la creación de una categoría dogmática, pues, en los hechos, siempre, al respecto, existirá una declaración formal de la legislación, como ha ocurrido en el caso de las minas durante toda la historia de los textos jurídicos y como existe hoy en la legislación vigente en Chile.

Por lo tanto, si bien dogmáticamente el gozne que instrumenta la inclusión de un bien en el dominio público es la afectación, ella se produce por disposiciones legislativas expresas.

Así en virtud de lo dispuesto en los arts. 591 del Código Civil (“El Estado es dueño de todas las minas”); 19, N° 24 de la Constitución (“El Estado tiene el dominio (...) de todas las minas”); y 1º del Código de Minería (*idem*).

⁴⁸ Cfr. por todos, GUAITA, *Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas* (N° 19), p. 34.

⁴⁹ Cfr. por todos, SÁNCHEZ BLANCO (N° 28), p. 104.

Entonces, siguiendo la probada corriente histórica, se ha producido la afectación expresa de las minas a lo que doctrinariamente se llama dominio público (o al dominio del Estado, como expresa la legislación, lo que, dogmáticamente, como hemos justificado, viene a ser lo mismo).

Ahora, ¿por qué se ha producido esta afectación? La *ratio legis*, además de la herencia histórica, dice relación con la teleología o finalidad de esta afectación; las minas no siguen afectadas al dominio público por casualidad, ni por capricho; hay razones muy precisas para ello, lo que se relaciona, a su vez, con las mismas finalidades que ha de cumplir el dominio público, muy cercanas a las finalidades propias de la actividad administrativa: la afectación de las minas al dominio público (o dominio del Estado, simplemente) ha tenido como justificación, en forma amplia, el "interés público". Y esto lo afirmamos apoyados, además, en el propio texto constitucional, que exige al concesionario satisfacer el "interés público" (art. 19, N° 24, inciso 7°); expresión repetida profusamente en la propia Constitución y en todos los demás cuerpos legales que desarrollan dichos preceptos relativos a la minería, así como en su historia fidedigna.

Una vez afectadas las minas al dominio público, por definición dogmática, pasan a tener la categoría de bienes inalienables⁵⁰ e imprescriptibles, con las matizaciones que le ha impuesto la doctrina a estos caracteres⁵¹; del mismo modo se trata de un dominio inembargable⁵².

La relación que nace para la Administración es una relación de potestades, que justifica, en atención al interés público envuelto, el otorgamiento de derechos reales de aprovechamiento a favor de los particulares, a través de la concesión, y le autoriza, además, para, en uso de sus facultades interventoras, dictar a su respecto toda medida de policía que sea necesaria. Así, se patentiza una vez más la estrecha relación del dominio público con las funciones de la Administración, especialmente con sus potestades; en materia de dominio público minero, se encuentran envueltos la potestad administrativa sobre las minas (como sobre todo el dominio público) y el derecho real que nace para el particular a partir de la concesión. Es esta, por lo demás, una típica relación de derecho público.

b) *El dominio público de las minas.* De este modo, el dominio público de las minas comparte estos caracteres de inalienabilidad, imprescriptibilidad que han definido la doctrina y la legislación desde antaño, como todo otro dominio público, con algún matiz que impone su especialidad (como la necesidad de descubrimiento de las minas, las que, normalmente, y por su propia naturaleza subterránea, usualmente son ignotas); pero tratándose, en el fondo, de caracteres comunes.

En suma, las minas integran el dominio público *ab origine*, pues el régimen jurídico ha declarado su pública dominicalización.

En Chile, el texto constitucional⁵³ le ha otorgado al dominio del Estado sobre las minas, además, el carácter de "absoluto y exclusivo", lo que acentúa aún

⁵⁰ Vid. sobre la inalienabilidad del dominio público: CLAVERO ARÉVALO (N° 15), pp. 11-84.

⁵¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, en su: *Dos estudios* (N° 29), para el caso de las minas, especialmente p. 96.

⁵² Cfr. sobre ello, ARIÑO (N° 28), quien señala con razón que "los bienes afectos [al dominio público] son inembargables por la sencilla razón de que la afectación es ya en sí misma en 'a modo de embargo tácito preventivo' anterior", p. 83.

⁵³ Véase art. 19, N° 24, inciso 6° de la Constitución.

más una característica propia (y que ya hemos indicado) de este dominio público sobre las minas: nunca se traspasa al particular como tal, siempre continúa siendo, en forma absoluta y exclusiva, del Estado, en razón del interés público envuelto; y es este mismo interés público que justifica el otorgamiento al particular, no de la propiedad (pues su carácter exclusivo lo impide; además que, según hemos dicho, el Estado no tiene la "propiedad" sobre las minas, por lo que mal podría transmitir tal derecho), sino del aprovechamiento, a través de la figura de la concesión.

2. El contenido del dominio público minero

Si bien las declaraciones de los textos legales son siempre muy generales, al atribuir al Estado el dominio de "todas las minas", ellas deben ser matizadas, con el fin de verificar posibles excepciones; de aclarar casos dudosos o, en fin, lo que reviste especial importancia, de verificar el régimen jurídico del aprovechamiento de las distintas clases de sustancias minerales, lo que a veces la propia ley se preocupa de realizar, de acuerdo o no con la naturaleza de las cosas.

No se puede, indudablemente, entrar aquí a una conceptualización técnica de las diferentes clases de minerales, ni de los yacimientos mineros, por corresponder tal cometido a la mineralogía; se procederá a consignar algunas precisiones sobre los diferentes grupos de minerales que diferencia la ley para los efectos de su aprovechamiento; por ahora precisaremos la naturaleza jurídica de cada cual —especialmente en aquellos casos que se ha llamado a alguna duda—, pues ello nos servirá como antecedente necesario para verificar el tipo de procedimiento concesional que corresponde para cada cual.

La regla la proporciona la misma Constitución, a través de una cláusula general: "el Estado tiene el dominio (...) de todas las minas"; se exceptúan luego algunas, como las arcillas superficiales, y a otras, sin exceptuarlas del dominio público, se las sujeta a diferentes regímenes de aprovechamiento.

Entonces, en este orden, veremos: (a) aquellas sustancias minerales que no constituyen parte de las minas del dominio público; y, luego, (b) y (c) aquellas que sí son parte de él, pero que están sujetas a regímenes de aprovechamientos diversos, según su importancia y si se las considera concesibles o no concesibles (esto es, susceptibles o no de ser aprovechadas a través de la concesión), en los términos que se señalará.

a) *Arcillas superficiales*. Están excluidas, jurídicamente, de la clasificación de las minas; por lo tanto, no son dominio público, ni están sujetas al sistema de aprovechamiento regulado por la legislación minera. En este caso, operan las leyes civiles, por lo que se produce una accesión al fundo; son *pars fundi*. Esta afirmación resulta del texto de la ley, que las excluye expresamente en los siguientes términos: (a) la Constitución que, luego de declarar el total dominio del Estado sobre las minas, señala que ello es "con excepción de las arcillas superficiales" (art. 19, Nº 24, inciso 6º); (b) por otro lado, la LOCCMi señala que, para los efectos de las concesiones mineras, que han de recaer sobre sustancias minerales, "no se consideran sustancias minerales las arcillas superficiales, las salinas artificiales, las arenas, rocas y demás materiales aplicables directamente a la construcción, todas las cuales se rigen por el derecho común o por las normas especiales que a su respecto dicte el Código de Minería" (art. 3º, inciso 5º); y (c), lo que ratifica el CMi: "no se consideran sustancias minerales y, por tanto, no se rigen por el presente Código, las arcillas superficiales y las arenas, rocas y

demás materiales aplicables directamente a la construcción. Las salinas artificiales formadas en las riberas del mar, lagunas o lagos, tampoco se consideran sustancias minerales..." (art. 13, incisos 1º y 2º).

No se debe pensar que todas las arcillas, arenas y rocas no son minas a los efectos de la ley; sólo están excluidas aquellas "aplicables directamente a la construcción", pues si para su aplicación necesitan transformaciones que alteren sus cualidades físicas o químicas⁵⁴, su situación variará y pasarán a ser, legalmente, minas. En este sentido, el Código actual sigue al Código de Minería de 1932 que, en materia de rocas y arenas, establecía igual disposición.

b) *Las demás sustancias minerales*

Las demás sustancias minerales constituyen, en sentido jurídico, minas; por lo que forman parte del dominio público minero. Si bien algunos grupos de minerales, por diversas razones, están sujetos a regímenes jurídicos especiales, ello no altera su calidad de dominio público; en todo caso, para los efectos de conocer desde ya una clasificación que será determinante para la distinción de los diferentes regímenes jurídicos de aprovechamiento, revisaremos ahora cada una de estas clasificaciones legales.

Diferenciaremos, antes que nada, (a) aquellas sustancias que son susceptibles de concesión, de (b) aquellas que no lo son; la razón de esta diferencia la marca la propia Constitución, sujetando a diversos regímenes de aprovechamiento a algunos minerales, por la importancia que ella les asigna; en todo caso, la regla general será el aprovechamiento a través de concesión, manteniéndose ésta como la institución jurídica central en esta materia; de ahí su clasificación de las minas, precisamente, en concesibles y no concesibles (siendo todas ellas, en todo caso, dominio público).

b') *Sustancias concesibles*

1º *Regla general.* De acuerdo al art. 3º, inciso 2º LOCCMi, "todas las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presenten, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional que tengan acceso por túneles desde tierra"⁵⁵. Esta misma declaración es repetida por el art. 5º CMi.

¿Qué importancia tiene esta cláusula? Que se ha establecido por el legislador una regla general; las sustancias minerales están sujetas al régimen general de la concesibilidad, menos —obviamente— las que se declaran no concesibles por la misma ley.

2º *Desmontes, escorias y relaves.* Constituyen también el dominio público minero y son, además, concesibles, todas las sustancias minerales contenidas en desmontes, escorias o relaves, abandonadas por su dueño (art. 3º, inciso 3º LOCCMi), cuyo régimen de aprovechamiento regula el CMi.

⁵⁴ Cfr. RUIZ BOURGEOIS, Julio, *Instituciones de derecho minero chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949), 1, p. 58.

⁵⁵ La Constitución, recuérdese, usaba sólo la expresión genérica: "todas las minas", agregando: "comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos, y las demás sustancias fósiles" (art. 19, N° 24, inciso 6º) [los hidrocarburos son no concesibles: *vid. infra*].

3º *Minerales de valor energético*. Del mismo modo son dominio público, y concesibles, los minerales de valor estratégico; son de valor estratégico el torio y el uranio, los que se sujetan a normas especiales, las que otorgan al Estado la primera opción de compra (institución jurídica novedosa, que huye de la reserva estatal establecida, por ejemplo, en España).

b") *Sustancias no concesibles*

Por otro lado, existen sustancias que no son concesibles; ello sólo significa que a su aprovechamiento no se puede acceder mediante concesión, pues la regla general en Chile es el aprovechamiento privado de los minerales; el aprovechamiento de estas sustancias podrá efectuarse directamente por el Estado o por sus empresas (situación excepcional, que requiere autorización de ley⁵⁶), o por medio de concesiones administrativas (las otras concesiones son siempre otorgadas en sede judicial⁵⁷) o de contratos especiales de operación, formas de aprovechamiento que, por su carácter especialísimo, quedarán fuera de nuestra actual investigación. Este tipo de sustancias que, a pesar de formar parte del dominio público minero no son concesibles, son las siguientes:

1º *Los hidrocarburos*. Los hidrocarburos líquidos o gaseosos (art. 19, Nº 24, inciso 7º Const.; art. 3º, inciso 4º LOCCMi; y art. 7º CMI), que están sujetos a un régimen de contratos especiales de operación, cuyos términos "no afectarán en caso alguno el dominio del Estado sobre los yacimientos de hidrocarburos y demás elementos y compuestos químicos que los acompañan, no constituirán concesiones, no conferirán ningún derecho sobre dichos hidrocarburos, elementos y compuestos, ni concederán facultades de apropiación o aprovechamiento sobre los mismos"⁵⁸.

2º *Yacimientos bajo las aguas marítimas*. Los "yacimientos de cualquier especie existentes en [sic]⁵⁹ las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional" (art. 19, Nº 24, inciso 10º Const.).

3º *En zonas de seguridad nacional*. Los "(yacimientos) situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional" (art. 19, Nº 24, inciso 10º Const.).

⁵⁶ Cfr. art. 19, Nº 21, inciso 2º de la Constitución.

⁵⁷ Pero las concesiones, ahora se otorguen en sede administrativa o en sede judicial, siempre tendrán una misma naturaleza jurídica: ser concesiones. Es éste su *genus*, su género dogmático. Cfr. nuestros: *Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras*, en: *Revista Chilena de Derecho*, XVI, 3 (1989), y *Esquema del procedimiento concesional minero chileno*, en: *Revista de Derecho*, XII (Valparaíso 1988), pp. 245-273.

⁵⁸ Cfr. Art. 2º del Decreto Ley Nº 1.089, de 1975, "que establece normas sobre contratos especiales de operación para la exploración y explotación o beneficio de yacimientos de hidrocarburos". Este DHÍ ha sido modificado por el Decreto Ley Nº 1.820, de 1977, y por el art. 55 de la Ley Nº 18.482, y cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) Nº 2, de Minería, de 1986 (Diario Oficial de 30 de marzo de 1987).

⁵⁹ Es insólito el error de señalar los yacimientos "en" las aguas; ello ha motivado una original e irónica calificación de tales sustancias como "yacimientos mineros flotantes". Cfr. BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo, *La recepción del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional chileno*, en: *Revista Chilena de Derecho*, 11, 2-3 (1981), p. 523.

4^o *Exclusión legal: el litio.* El litio no es concesible, por expresa mención del art. 3^o, inciso 4^o LOCCMi, criterio ratificado en el art. 8^o CMi, como podrá serlo, por las mismas razones allí señaladas, otro mineral en el futuro. Su régimen especial es consecuencia del sistema de concesibilidad establecido por la propia Constitución, pues de acuerdo a su texto (art. 19, N^o 24, inciso 7^o) corresponde a la ley determinar qué sustancias, de todo el dominio público minero, pueden ser objeto de concesiones; la ley eligió el sistema genérico para la concesibilidad, y la excepción para la no concesibilidad, entre las cuales está precisamente —hoy— sólo litio; de ahí su régimen especial. Al no existir reglamentación sobre su aprovechamiento por particulares, actualmente su exploración, explotación o beneficio sólo podrá efectuarse directamente por el Estado o por sus empresas, único caso de reserva minera en la legislación chilena (vid. Const. art. 19, N^o 24, inciso 10^o).

VII. CONCLUSIONES

1. *La teoría del dominio público: la armónica bipolaridad de potestad y función*

1^o Ante la ciencia del Derecho no existe hoy en día una respuesta definitiva —o, por lo menos, de amplia aceptación doctrinal— sobre la calificación dogmática del llamado “dominio público”.

2^o Una de las formulaciones que, hasta hace algunos años, reclutaba más adeptos era la llamada por nosotros concepción “patrimonialista” del dominio público, de clara procedencia francesa, la que evidencia —asimismo— una errónea infiltración de los principios jurídico privados. Según esta corriente doctrinal, el dominio público no sería más que un conjunto de bienes sobre los cuales existiría una titularidad especial: del Estado, el cual sería un verdadero “propietario” de estos bienes. En otras palabras, casi como decir una “propiedad” pública.

3^o Al margen de esta concepción, la doctrina ha ido acentuando dos criterios, íntimamente relacionados: la existencia de unos bienes de dominio público por naturaleza, poniendo en evidencia la especialidad de algunos de ellos, como las minas; y la existencia de una “pieza clave”, que hace operar el sistema: la afectación.

4^o Frente a la concepción señalada anteriormente que ve en el dominio público una forma de propiedad, ya no privada, sino pública, surgió una corriente doctrinal que hoy goza de amplia aceptación: la concepción “funcionalista” del dominio público, como la hemos denominado nosotros. Según esta tesis, el dominio público no es más que una técnica funcional que, a través de la *publicatio* (cuyo gozne es la afectación), construye un título de intervención, de potestades.

5^o Nuestro pensamiento es cercano a esta última concepción, pues, a nuestro entender, el Estado, en este caso, es titular de potestades (buscando alejarnos de las confusiones tradicionales en el pensamiento jurídico, histórico y dogmático, entre los conceptos de *potestas*, *dominium* y *proprietas*). Por lo que pareciera necesario olvidarse de un derecho público de cosas, pues no hay que partir desde la titularidad de una cosa, sino de la potestad. Es el nacimiento de una potestad estatal, para el cumplimiento de ciertos fines, para ciertas funciones, lo que explica la categoría. Y una de estas funciones, de estas finalidades —especialmente de derecho minero—, es el otorgamiento de derechos reales administrativos

a favor de los particulares. Así, se articula en este caso un mecanismo muy usual y singular del derecho administrativo: la potestad y la libertad.

2. *La afectación de las minas al dominio público: la publicatio de la riqueza minera*

1º Es la afectación una figura “clave” dentro de la relación de dominio público, pues es la figura instrumental que opera por los medios normales del Derecho —normativos— y en virtud de la cual se integra un determinado bien dentro de la categoría del dominio público.

2º Si bien se discute si la afectación se hace en forma natural (de donde surge el llamado dominio público natural), o de manera expresa, siendo por ello necesaria una norma, hemos demostrado que, en los hechos, siempre existirá una declaración formal de la legislación, como ha ocurrido en el caso de las minas durante toda la historia de los textos jurídicos.

3º La relación que nace para la Administración es una relación de potestades, que justifica —en atención al interés público— el otorgamiento de derechos reales de aprovechamiento a favor de los particulares, a través de la concesión, y le autoriza, además, para el uso de sus facultades interventoras.

4º Las minas integran el dominio público *ab origine*; el ordenamiento jurídico las ha “afectado” al dominio público; en otras palabras, hay una *publicatio* de las minas.