



UNIVERSIDAD  
**Finis Terrae**

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

**TRANSITORIEDAD  
DE LA  
SERVIDUMBRE MINERA**

EVELYN VALESCA NAMONCURA ALTAMIRANO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar  
al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas.

Profesora Guía: María Luisa Baltra

Santiago, Chile

2020

## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPITULO PRIMERO .....	3
ORDEN PÚBLICO Y LIMITACIÓN DE DERECHOS .....	3
1.1 Implicancias del derecho de propiedad .....	3
1.2 El Estado y Contractualismo .....	6
1.3 Marco institucional del Estado chileno .....	6
1.3.1 Enfoque filosófico-político.....	7
1.3.2 Enfoque Jurídico-Político .....	9
1.3.3 Enfoque Económico-Social .....	9
1.4 Limitación del Derecho de Propiedad .....	10
1.4.1 La Expropiación .....	10
1.5 Alcance histórico proyecto de ley 18.248 .....	12
CAPÍTULO SEGUNDO .....	22
DERECHO DE SERVIDUMBRE MINERA .....	22
2.1 Contenido del gravamen.....	22
2.2 Alcance Material .....	25
2.3 Constitución .....	30
2.3.1 Medios de Prueba .....	33
2.3.2 Avaluación del suelo superficial .....	34
CAPITULO TERCERO .....	36
DIALÉCTICA DEL JUDICIALISMO EN LA TRIADA DE PROTECCIÓN .....	36
3.1 Principios y reglas en causalidad .....	37
3.1.1 Bases de la Institucionalidad Medio Ambiental.....	39
3.1.1.1 Instrumentos de Gestión.....	40
3.1.1.2 Suelo .....	48
3.1.2 ¿Antinomias en el Derecho minero? .....	58
3.1.3 Interpretación de procedencia a la Servidumbre Minera .....	63
3.1.3.1 En virtud de la Facultad de Catar y Cavar.....	63
3.1.3.2 En virtud del Derecho de Concesión Minera .....	69

3.2 Colisión de derechos fundamentales .....	73
3.2.1 Garantía artículo 19 N°1 .....	74
3.2.2 Garantía artículo 19 N°2 y 3° .....	76
3.2.3 Garantía artículo 19 N°8.....	87
3.3.4 Garantía artículo N°19 numeral 21 .....	91
3.3 Mecanismos de Resolución de Conflictos Aplicable .....	94
CONCLUSIONES .....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	121
LIBROS .....	121
NORMATIVA.....	124
SENTENCIAS.....	127
ANEXOS .....	130

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se desarrolla en base a una problemática actual y principal materia de controversias en el ámbito del Derecho Minero. Es así que, los factores que influyen en la calificación de complejidad que aborda el tema principal de este trabajo, se debe a que trascienden la esfera de la normativa minera. Pues, el problema en análisis trasunta diversas ramas de estudio, áreas del derecho, y, por lo tanto, de una variada constelación normativa. De ahí que, los tribunales de justicia en la materia aportaren con una nutrida jurisprudencia, cuyo análisis de criterios jurisprudenciales, intentaran develar el grado de comprensión atinente a la objeción jurídica de este trabajo.

Es así como la hipótesis de una precedencia de derechos *prima facie*, en materia minera, y la búsqueda del fundamento que le sirva como causa, comprenden la primera parte del estudio y en ello no carece la argumentación de fundamento: la fenomenología del Estado. Pues, no bastará profundizar sobre la normativa que rige a la servidumbre minera, será preciso y necesario abordar los factores que influyen de manera determinante en la aplicación de prelación de derechos establecido en nuestro orden público económico<sup>1</sup> con respecto al derecho de propiedad, su ejercicio y de la subsecuente garantía del mismo derecho establecido en la Constitución Política de la República de Chile. Con ello, se permite abordar la teoría sobre la cual descansa la interpretación de justicia en nuestra sociedad, dada la relación directa, entre otros factores, al asentamiento de las bases de la institucionalidad que rigen actualmente el sistema político, económico y social del país.

Así, no debe extrañar la exhaustiva referencia al rol del Estado y del régimen político-económico, dado que, influye directamente en las políticas sociales-económicas del Gobierno

---

<sup>1</sup> El en el marco de la constitución de 1980, se puede definir el Orden Público Económico como: “*El adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana*”. Fernandois Vöhringer, Arturo. Derecho Constitucional Económico: Tomo I. Garantías económicas, Volumen 1. [Fecha consulta: 12 de enero de 2020]. Disponible en <<https://books.google.cl/books>>. Pp.72.

y que, por cierto, no estuvieron ausentes en la etapa de diseño actual del sistema de concesiones en sus variantes de exploración, explotación y el consecuente beneficio de minerales desde el subsuelo del territorio nacional.

Contextualizado el ámbito de ejercicio del derecho en estudio, el fin aún es una dicotomía, corresponderá tratar exhaustivamente las normas que en sus diversas manifestaciones rigen el derecho minero, en lo específico a la servidumbre minera, referencias que permiten comprender cuál es el procedimiento ajustado a derecho en la Constitución, cuyo resultado será el pleno ejercicio del derecho de servidumbre minera, de sus limitaciones y obligaciones. De ahí que, este análisis hermenéutico propicie la dialéctica entre derechos y facultades de distinta naturaleza; el tratamiento de la inexorable discrecionalidad del juez, cuyo eclipse al objeto del derecho positivo se traduce en que la ley producto de la razón y de la voluntad de la nación no tiene más que una presencia putativa en cuanto a las limitaciones que la misma le impusiera para efectos de privar o limitar un derecho constitucional. De esta forma, la colisión de derechos fundamentales se presenta como una consecuencia de disidencia al dogma “Los derechos fundamentales no son absolutos”, pero que una interpretación sustantiva a manos del nuevo constitucionalismo, viene a modelar una loable operación de interpretación constitucional. Efectivamente, no acaba la labor de este estudio en el enfoque al problema, se traslada el esmero a investigar las posibles salidas del sujeto activo en presencia de una vulneración de derechos fundamentales y/o constitucionales, profundizando sobre los mecanismos de resolución de conflictos aplicables, junto con la interpretación jurídica aplicable al umbral de normas sustantivas actuales.

Sera necesario, por tanto, propugnar el objeto de estudio en base una manifestación real, fuerza del pragmatismo de la jurisprudencia, desplazándonos desde el legalismo abstracto al pluralismo normativo ulterior aplicado, para desembocar en la concurrencia de materia medioambiental en sentido amplio, contemplando hipótesis de afectación a derechos de segunda y tercera generación.

Sin duda, el exhaustivo estudio que trata este trabajo, desemboca en una eclosión argumentos formales y materiales, que permiten abordar desde otra óptica la problemática principal, a saber: “El levantamiento del velo en la transitoriedad de la servidumbre minera”.

## CAPITULO PRIMERO

### ORDEN PÚBLICO Y LIMITACIÓN DE DERECHOS

#### 1.1 Implicancias del derecho de propiedad

Para comprender la colisión de derechos fundamentales y la prelación a todo evento que establece el legislador entre ciertos derechos, menester será referirse a su naturaleza, ejercicio y garantía, a través de su política normativa e interpretación actual en la doctrina y tribuna les llamados a ejercer la jurisdicción en esta materia.

Porque no bastará, aceptar lo que indicare el profesor Guzmán Brito: *“En verdad, no hay que afanarse más por encontrar una conciliación satisfactoria, porque no existe. Tenemos que aceptar como un dogma que el Estado es el dueño del yacimiento, pero que la concesión de explotación grava ese dominio en tal forma, que permite al concesionario el agotamiento material de su objeto; pese a lo cual debemos negar que eso constituya un verdadero dominio del yacimiento”*<sup>2</sup>. Asimismo, tampoco alberga una aceptación inmediata la premisa en la cual los derechos fundamentales, a pesar de la garantía consagrada en la Constitución Política de la República, no son absolutos, siendo una de sus principales limitaciones el poder del Estado en el ejercicio del interés público y que ante ello no cabe cuestionamiento alguno. En seguida la dialéctica o el siguiente desarrollo de tal dicotomía.

Pues bien, como sabemos nuestra doctrina nacional entiende el derecho de propiedad en base a una concepción analítica, cuya definición en el artículo N° 582 del Código Civil comprende una enumeración de facultades o derechos, seguida de las limitaciones y obligaciones que acarrea este Derecho Real: *“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no*

---

<sup>2</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las Cosas Incorporales en la doctrina y en el Derecho Positivo. 1ª ed. Chile: Editorial Jurídica, 1995. 75 p.

*siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”.*

De esta definición y de la interpretación ordinaria que el legislador ha otorgado al derecho de propiedad, no cabe duda, que la facultad expresada no tiene el carácter de absoluta, atendida las limitaciones que acto seguido establece: *“no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.*

Cabe preguntarse en primera instancia, en que situaciones el Derecho de propiedad estará limitado por ley. La respuesta, se asienta como base para otras normas de supeditada jerarquía, la norma contenida en la Constitución Política de la República (capítulo VIII de los derechos y deberes constitucionales) artículo N° 19 numeral 24 establece la forma en que se ha de ejercer, limitar y garantizar el derecho de propiedad, en su inciso 2° establece unívocamente que este Derecho estará sujeto a las: *“limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.*

En seguida su inciso 3° señala el modo exclusivo y absoluto en el cual se podría privar a un individuo del derecho de propiedad que detente sobre una cosa o de algunas de sus facultades o derechos: *“sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”.*

De la norma anterior se desprende que las limitaciones y obligaciones a las cuales está sujeto el derecho real de propiedad, en sentido amplio es **la función social**, en sentido restringido el *derecho ajeno*.

Por otro lado, el artículo N°20 de la carta fundamental establece la garantía al derecho de propiedad que detenta todo individuo sobre una cosa. Del mismo modo, el numeral 24 del artículo N°19 en su inciso noveno establece el amparo que garantiza el derecho de propiedad que detenta todo titular de una concesión minera al prescribir: *“El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número”.*

Como se aprecia, confluyen en este derecho de manera paradójica garantías y limitaciones, derechos y obligaciones, que son causas inherentes a la inminente disensión que implica el

ejercicio de tales derechos cuando recaen sobre una misma cosa. Sobre este axioma, los mecanismos de resolución de conflictos entre derechos fundamentales radican sobre la base del sistema de preferencias que ostenta el régimen político-económico de nuestro país, plasmado en el régimen normativo vigente sobre esta materia, sin soslayar el papel que ejercen los tribunales de justicia en virtud del judicialismo dando origen a una variada jurisprudencia.

Por consiguiente, cabe preguntarse cómo llegamos a un sistema de preferencias para determinar el mejor derecho de propiedad.

Para comprender este mecanismo de resolución de conflictos que es pragmáticamente aplicable en nuestro sistema jurídico, será necesario referirse a las causas generales que dan origen al Estado, porque de los principios que rigen nuestro sistema, desde el punto de vista del Derecho Político, emanan las decisiones en cuanto políticas públicas y proyectos de ley, como también el Rol del Estado.

Junto con ello, será preciso profundizar en el sentido y objetivo que tuvo en mente el legislador cuando reformó el Código de Minería de 1983 y redactó la Ley Orgánica Constitucional de Minería en 1982, porque se trata de una de las directrices que dotan de fuerza a la base de prelación del derecho de propiedad de una concesión minera sobre el derecho de propiedad que detenta el dueño del predio superficial, y cuya jurisprudencia minera no carece de sujeción. Así, la referida premisa trasunta una de las hipótesis de la segunda limitación que prescribe el legislador al referirse: “*Al derecho ajeno*” (artículo N° 582 Código Civil).

## **1.2 El Estado y Contractualismo**

Es dable que el presupuesto de la oponibilidad de los derechos, enfocado al derecho de propiedad, es la organización bajo los cimientos de una sociedad administrada por el Estado, pues, la función de éste no termina en el fin ulterior que diera origen a su nacimiento. Así, diversas teorías proponen identificar la causa del surgimiento del Estado, encabezadas por autores como Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jaques Rousseau. Entre éstas, se encuentra la Teoría moderada organicista: postula que el hombre habría vivido en una etapa pre política denominada *Estado de Naturaleza*, donde las personas vivieron al margen de la organización política, de lo cual sostienen habría llegado un momento en que esas personas decidieron terminar con ésta situación para vivir en un Estado político. De modo que, optaron por una vida sometida a las normas que hoy regulan la organización y el fundamento de una sociedad. Las razones que llevaron a esa decisión, así como los derechos, obligaciones y limitaciones difieren entre los autores. De esta manera, se va desarrollando una evolución atendida la época de referencia.

De acuerdo a lo anterior, se podría arribar con certeza que el objeto del Estado no está dirigido a la sola protección de la propiedad privada, ya que el Estado surge en el seno de una sociedad con el propósito inicial de proteger los derechos de las personas, los que constituyen a la vez el límite del poder del Estado, que en una democracia representativa está conformada por el poder ejecutivo, legislativo y judicial.

## **1.3 Marco institucional del Estado chileno**

No cabe duda que el sistema político que rige un determinado país está en constante transformación y evolución o es lo que naturalmente se espera de una sociedad. Por lo tanto, los cambios podrán ser graduales o incipientes, pero los cimientos sobre los cuales se estructura una determinada sociedad responden a ideologías, bases o principios de

institucionalidad que son constantes en el desarrollo de su historia y decantan en los valores que recogerá todo su ordenamiento jurídico.

### 1.3.1 Enfoque filosófico-político

Nuestro país se asienta en la concepción humanista occidental cristiana de la sociedad, sobre el iusnaturalismo, reconoce que los derechos de todo ser humano son anteriores al Estado, porque son inherentes a toda persona por el solo hecho de nacer como tal, ya que provienen de la naturaleza humana. Por consiguiente, la dignidad comprendida en todas sus dimensiones, es al ser humano y su respeto es el límite al poder del Estado. Tal concepción, se encuentra cristalizada en la Carta Fundamental de 1980, cuyas normas recogen las bases humanistas plasmando cual será el rol del Estado, para llevar a cabo la protección y garantía de los derechos fundamentales de todo ser humano.

El artículo N°1 de la Constitución consagra las bases de la institucionalidad bajo la concepción humanista, reconociendo en su inciso 1°, artículo 5° inciso 2° y artículo N°19: La preexistencia de los derechos fundamentales y la igualdad para todos los habitantes del territorio.

Al respecto, el artículo N°1 incisos 1°, 4° y 5° cuando prescribe: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, “El Estado está al servicio de la persona humana”* desarrolla el rol del Estado consagrando el **principio de subsidiaridad** desde su dimensión positiva. Establece expresamente la tarea que tendrá el Estado: *“promover el bien común contribuyendo a “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, cuyo deber será “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*. Cabe mencionar que, el legislador otorga la esmerada importancia a la familia en el mismo artículo, en efecto, la equivalencia de aptitudes y valores que todo individuo proyecta en la sociedad es el resultado del proceso constructivo que tiene como base inicial

en la familia, de ello se colige que este cuerpo intermedio sea “*el núcleo fundamental de la sociedad.*”

Atento a lo anterior, resulta necesario admitir que el Estado tiene un rol activo en la dirección de la sociedad, no deja todo entregado a los particulares, empero su dimensión negativa trasunta el límite del poder del Estado consagrado en el artículo N°5 inciso 2°: “*con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución...*”. En otras palabras, el Estado reconoce la libertad intrínseca de todo ser humano, manteniendo en potencia el acto dimensión positiva.

Ahora bien, el Estado en el ejercicio de las libertades, se reserva el derecho de poner en movimiento las facultades soberanas en el marco de su dimensión positiva. Por lo tanto, podrá intervenir en el ámbito económico y/o social con el objeto de complementar o rectificar las ineficiencias, deficiencias o insuficiencias del actuar privado.

Con todo, es importante señalar que el deber establecido en su dimensión positiva será siempre atendido a los recursos con los que cuente el Estado. Por esta razón, la imposibilidad de extender a todos los gobernados el principio de la igualdad de oportunidades no es judicializable. De ello, se colige que no todos los derechos que enumera la Constitución de 1980 estén garantizados. Es decir, solo los derechos de carácter individualistas estarían garantizados mas no los derechos sociales. Sin embargo, deberá cumplir con la exigencia de contar con planes de acción<sup>3</sup> u otras medidas para minimizar el impacto en los gobernados.

---

<sup>3</sup> Dado que no todos los derechos fundamentales están garantizados, se hace necesario, que Estado despliegue los esfuerzos necesarios para aminorar los efectos de la privación, perturbación o privación de un derecho fundamental. Puesto que, en este contexto set rata de derechos fundamentales que no son exigibles sustantivamente. En otras palabras, el legislador no ha dispuesto las normas pertinentes para que el afectado de una afectación a un derecho no garantizado pueda accionar contra el Estado. Con todo, el estado debe destinar políticas para desarrollar los mecanismos que permitan atemperar la graduación de la afectación. Como acontece, en los planes de acción que el gobierno es parte a través del Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América Latina y el Caribe. [Fecha de consulta 26 de enero de 2020]. Disponible en <<https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/planes/cuarto-plan-de-accion-de-gobierno-abierto-de-chile-2018-2020>>

### **1.3.2 Enfoque Jurídico-Político**

Como hemos visto, la Constitución Política de la República de manera explícita e implícita consagra la concepción del constitucionalismo democrático, a partir de una serie de principios que en su conjunto decantan en los límites del poder absoluto, cuya evolución del Estado da luz en el siglo VIII y se extiende a las siguientes etapas de la historia. Tales principios, en nuestra carta fundamental, corresponden al principio de soberanía nacional; democracia representativa; separación de poderes; seguridad jurídica; juridicidad o legalidad; de reconocimiento de los derechos de las personas; de responsabilidad gubernamental. De este modo, confluyen en el Estado de derecho, encontrándose plenamente radicados y aplicados en el ejercicio de las funciones del Estado y de la soberanía.

### **1.3.3 Enfoque Económico-Social**

Según lo anterior, sabemos que el Estado está constituido sobre el constitucionalismo democrático, con pleno anclaje a la concepción humanista occidental cristiana de la sociedad. De ello, se infiere que las bases de la institucionalidad podrían corresponder al liberalismo, toda vez que existe reconocimiento y garantías a los derechos individuales, fundamentales y constitucionales. No obstante, con respecto al derecho de propiedad existe plena aplicación de las limitaciones que eventualmente podrá experimentar, las cuales como ya vimos, corresponden a la limitación que implica el ejercicio individual de otro sujeto, o la que implica una connotación de carácter social, es decir la función social. De esta última, se puede concebir que el Estado chileno se rige por una concepción neoliberal, en lo referente al orden económico y social, evolución del liberalismo del siglo XIX, donde ya no solo se reconoce la existencia de los derechos individuales del ser humano, además se conciben los de tercera generación o derechos sociales e incluso con hipótesis de derechos de cuarta generación con pleno enfoque al bien común.

## 1.4 Limitación del Derecho de Propiedad

Del alcance del artículo 19 N° numerales 23° y 24° de la Constitución Política y artículo 582 del Código Civil, enunciados anteriormente, no cabe duda que el derecho en análisis podrá ser sujeto de limitaciones y que ellas sólo podrán ser establecidas por ley. Dada la coherencia entre estas normas, se identifican dos ámbitos de limitación: una será el derecho en beneficio del propio titular o limitación individualista<sup>4</sup>, la otra el interés público o la llamada función social de la propiedad<sup>5</sup>, la que podrá ser parcial o total. De la primera, a modo de ejemplo: estableciendo tributos al patrimonio como acontece con el impuesto de contribución territorial al que todo contribuyente está sujeto, si es propietario de un inmueble urbano o rural; la abstención de efectuar toda clase de actos u omisiones que afecten el medio ambiente, según lo establecido en el artículo N° 8 de la carta fundamental, respecto a la conservación del medio ambiente la Ley N° 19.300, del patrimonio medio ambiental Ley N° 20.930, y otras leyes de carácter ambiental. De la segunda, será total si conlleva la extinción del derecho en virtud de la expropiación, será parcial si comprende la prescripción legal o judicial de abstenerse de ejercer la facultad de uso o goce, e inclusive ambas. A continuación, nos referimos a la limitación total.

### 1.4.1 La Expropiación

En primer término, corresponde al medio que franquea el legislador al Estado, para que limite el derecho de propiedad de un sujeto por iniciativa y decisión unilateral, previa

---

<sup>4</sup> Al tenor del artículo N°732 de Código Civil, que establece las limitaciones al dominio. Destacando para nuestro objeto el numeral 3° “*Servidumbres*”.

<sup>5</sup> Denominación adoptada por León Duguit siglo XX. Señala que la función social del derecho de propiedad consiste en que el hombre usando los bienes sobre los cuales tiene dominio, no los debe considerar como exclusivamente suyos, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente sino también a los demás.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira. Iniciación al Derecho. Publicaciones Universitarias Delta. 2006. Pp.110.

autorización de la ley, si lo amerita una causa de utilidad pública o interés nacional, solo si concurren determinados requisitos prescritos expresamente por la ley.

Cabe mencionar que, la expropiación puede recaer sobre todo tipo de bienes atendida la extensión del derecho de propiedad, ahora bien, en relación al fin de este trabajo nos enfocaremos al bien inmueble urbano o rural.

En esta institución, el legislador establece la generalidad de situaciones, de modo que, corresponderá al administrador tachar el hecho como mérito. Por esta razón, la expropiación debe ser dictada por un órgano de la administración del Estado y específicamente a través de un acto expropiatorio.

Uno de los rasgos principales de esta institución, como primer punto, es que la limitación del derecho de propiedad si bien es cierto podrá ser parcial o total, en ningún caso podrá desvirtuar tal derecho. En otras palabras, si existe una causa que comprenda la limitación de gran parte de las facultades de este derecho, implica necesariamente su desnaturalización, cuya hipótesis solo puede ser subsanada por una expropiación: pues, es el medio<sup>6</sup> unívoco definido por la ley para tal escenario, de modo que, no queda otra alternativa que expropiar al titular del derecho, arrancar su titularidad, pero sólo por las causas establecidas o plausibles según el interés público en conjunto con una previa indemnización.

Desde ya, es primordial tener presente que la indemnización a que se refiere esta institución corresponde al daño emergente y lucro cesante, por lo tanto, queda fuera el daño moral. Además, podrá ser acordado por las partes o unilateralmente por el Estado.

Como segundo punto, es importante destacar que no se podrá disponer de la cosa mientras no se encuentre determinada, al menos de manera provisoria, la indemnización<sup>7</sup> cuyo menor valor corresponderá al avalúo fiscal de la propiedad o predio. Así, sería conveniente mantener

---

<sup>6</sup> Cuya ley expropiatoria sirve de título y modo de adquirir el bien expropiado, que por regla general es a título oneroso.

<sup>7</sup> La aplicación y ejercicio de la expropiación se prescribe en Ley orgánica de Procedimiento de Expropiaciones. Decreto Ley N°2186 de 1978.

este valor actualizado con los aumentos y mejoras que hubiere experimentado el bien en términos tributarios<sup>8</sup>.

Por último, es conveniente advertir que la expropiación no podrá ser paralizada por el afectado si el reclamo recae en el monto de la indemnización, pero si podría, en el evento en que el reclamo comprenda una causal de ilegalidad del acto expropiatorio o tratándose de un motivo de interés nacional o se interponga un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. De esta forma, si en tales escenarios el procedimiento llegare a continuar, cobra relevancia la indemnización provisoria. Por ello, es importante considerar que por mandato constitucional en ningún caso la expropiación es gratuita. En esta parte cabe preguntarse ¿La servidumbre minera que tipo de limitación es? y ¿Cuál es su naturaleza? Respuestas que se podrán desprender el desarrollo de este estudio.

### **1.5 Alcance histórico proyecto de ley 18.248**

Para retomar las causas que originan la prelación de preferencias entre la servidumbre minera y el derecho de propiedad, es necesario profundizar en el fundamento de la primera.

La servidumbre que reglamenta el Código Civil en los artículos N°s 820, 821, 839, 842 y 848 regula el tipo de servidumbre activa o pasiva<sup>9</sup>, reconociendo el tipo de limitación y acuerdo de indemnización, pero contempla solo servidumbres de tránsito. Así, el artículo N°820 parte final reza: “*un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño*”. Sin embargo, el fundamento de la servidumbre minera difiere en gran medida de la servidumbre activa del Código Civil compartiendo solo la naturaleza de gravamen, como veremos.

---

<sup>8</sup> Ganancias de capital generadas por la enajenación de un bien raíz artículo N°s 8 y 17 del Código Tributario.

<sup>9</sup> Desde el punto de vista del predio dominante será servidumbre activa; del predio sirviente servidumbre pasiva. En adelante, nos referimos a la servidumbre como activa, dado el paralelo en análisis.

Debido a que este tipo de servidumbre activa<sup>10</sup> se funda en una causal de necesidad que no contempla la cómoda y expedita ejecución de labores. Aun mas, está pensada para tareas mínimamente invasivas, pues, una servidumbre de tránsito ésta destinada solo para satisfacer una vía de acceso, mas no contempla alteración alguna sobre el predio. Es decir, este tipo de servidumbre no lleva intrínseca la posibilidad de labores que, debido a su naturaleza, se traduzcan en el inminente detrimento del predio superficial<sup>11</sup>. Como se puede observar, en este tipo de servidumbre no se desprende una preferencia del predio dominante al predio sirviente, sino solo el ejercicio de un derecho atendiendo a la necesidad reafirmada por la fisonomía de la servidumbre activa reglada en el Código Civil.

Ahora bien, el fundamento de la servidumbre minera se plasma en el mensaje presidencial contenido en el Proyecto<sup>12</sup> Ley N° 18.248, donde se vislumbra la imperiosa necesidad de contar con un marco normativo minero, en aras de fomentar la actividad minera como la herramienta principal para incentivar la inversión en Chile, propiciando un escenario idóneo para continuar con el desarrollo del país.

De hecho, la década de los 70 fue escenario de una crisis en la actividad minera debido en cierta medida a los siguientes factores:

1. Una reducción de la inversión extranjera en los yacimientos nacionales, consecuencia de ciertos acontecimientos como la nacionalización del cobre, cuya Ley N° 17.450

---

<sup>10</sup> El artículo 841 del Código Civil contempla servidumbres: “especialmente de las de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista”.

<sup>11</sup> Consideremos el principio romano *comportamiento civiliter*, que rige la naturaleza de la servidumbre del Código Civil: “*por el cual, en el ejercicio de un derecho, el dueño del predio dominante debe procurar el mínimo de perjuicio, evitando toda molestia o embarazo innecesario en el predio sirviente. Es la contraparte de la conducta que se pide al dueño del predio sirviente: debe abstenerse de efectuar obras o actos que perturben el ejercicio de la Servidumbre*”.

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. Derecho Reales Limitados. [Fecha de consulta: 25 de enero de 2020]. Disponible en <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-los-bienes-y-de-los-derechos-reales/>>. Pp. 27.

<sup>12</sup> Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Historia de la Ley N° 18.248 Código de Minería. [fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37075/1/HL18248CodigoMineria.pdf>> Pp.20-33.

viene a concretar la Teoría del Dominio Patrimonial<sup>13</sup> del Estado sobre el yacimiento concedido. La reforma llevada a cabo el año 1971, aclara y fija la potestad del Estado en el subsuelo chileno, toda vez que hasta ese momento se entendía que el dueño del yacimiento minero, del subsuelo, era el titular de la concesión. En otros términos, la interpretación implicaba que el mentado minero que contaba con una concesión minera: era titular del derecho de propiedad sobre el subsuelo. Por esta razón, uno de los objetivos centrales de la reforma, fue cristalizar de modo formal para habilitar la expresa aplicación material, y de tal forma que no albergue duda alguna sobre la titularidad del Estado sobre todas las minas del territorio chileno, la reforma al artículo N°10 de Constitución vigente en ese momento, incluyendo la siguiente enmienda aclaratoria: *“el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales”*. Ello como indicamos, tuvo como consecuencia una disminución de la inversión impactando directamente en el área económico-social y político del país.

2. La normativa imperante en materia minera, específicamente el Código de Minería de 1932; supletoriamente el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, no otorgaban la suficiente seguridad jurídica a los agentes de la actividad económica minera.

En efecto, el proyecto Ley N° 18.248 de reforma a la normativa en análisis, del código minero vigente en ese momento, viene a modelar un sistema normativo aplicable a la minería, que redundará en normas favorables al desarrollo minero implicando el inminente aumento de la inversión para este tipo de actividad en Chile.

Así, el discurso del mensaje plasma la necesidad de aprobar con urgencia el proyecto, ya que de ello depende la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.097 (en adelante LOCCM) que, por mandato constitucional, debe reglar la forma en que se ha de

---

<sup>13</sup> artículo Ley 19.750 Minería del Cobre. [fecha de consulta: 21 octubre 2019]. Disponible en <[https://www.archivonacional.gob.cl/616/articles-8083\\_archivo\\_01.pdf](https://www.archivonacional.gob.cl/616/articles-8083_archivo_01.pdf)> Pp.1-5

constituir, ejercer, caducar los derechos y obligaciones de los titulares de las concesiones de exploración y explotación, entre otras finalidades.

De esta forma, el proyecto en comento contiene las normas necesarias para facilitar la exploración, explotación y beneficio de minerales sobre procedimientos expeditos y seguros que permiten operar en el corto plazo, junto con otorgar la anhelada seguridad jurídica a la conveniente actividad económica, que los inversores se decidan a emprender.

Robusta reforma al código minero actual contenía el proyecto, en ella se destaca la mención que realiza el legislador con respecto a la servidumbre de clase minera:

*“El ejercicio de los derechos mencionados importa la realización de trabajos en los predios en que se encuentran los yacimientos, y dentro de los límites de otras concesiones, Por ello, además de la facultad de catar y cavar a que se ha hecho referencia, de que gozan los concesionarios dentro de su concesión, éstos tienen derecho a imponer servidumbres sobre predios o concesiones, que tienen por objeto facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras”.*

*“Para la Constitución de estas servidumbres, su ejercicio y las indemnizaciones a que da origen su imposición, se ha contemplado un procedimiento breve y expedito, confirmandose además el carácter transitorio de ellas, que le asignó la ley orgánica constitucional.”*

*“El concesionario está obligado a indemnizar los perjuicios que cause con motivo u ocasión de la realización de los trabajos de exploración y explotación mineras y por los gravámenes que imponga sobre los precios superficiales o sobre otras concesiones”<sup>14</sup>.*

De estas menciones y del objetivo del proyecto, es acertado deducir que, el legislador establece una preferencia al titular de la concesión minera, que recae en el subsuelo de un predio superficial gravando a este último con la respectiva servidumbre minera. Sin embargo, la norma integra las indemnizaciones a que da origen su imposición. Es decir, a pesar de la

---

<sup>14</sup> Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Historia de la Ley N° 18.248 Código de Minería, Op. cit., Pp. 27.

preeminencia a la actividad minera, el legislador tuvo en mente la obligación de concordar ambos derechos el del titular de la concesión y del dueño del predio superficial.

Se deduce del mismo modo, que la preferencia atribuida responde a un interés social: el bien común. Ya que la causa inmanente del proyecto es el fomento del desarrollo de la actividad minera y de la productividad continuada a largo plazo, lo que es de toda lógica viniendo del sistema democrático y el rol subsidiario que ostenta el Estado en una sociedad regida por el neoliberalismo.

En base a esta corriente económica y política imperante en nuestro país, es necesario referirse a la justicia. Sobre ésta, determinar un concepto de justicia en la historia de la filosofía del derecho, ha sido materia de análisis de diversos escenarios, autores, épocas históricas, entre otros factores. Por esta razón, será menester dedicar algunas líneas a las principales posturas y sus respectivos autores con mayor presencia, desde la filosofía clásica hasta nuestros días.

De los puntos de vistas que han aportado estos autores o representantes de corrientes filosóficas, en el marco del Derecho, se puede arribar a un consenso implícito: la justicia representa “El Bien” porque siendo una virtud en potencia; en movimiento permite el acto en plenitud que decanta en *El Bien*. Desde el mentado punto, parte la disyuntiva de posiciones ideológicas en cuanto a ¿Qué es el Bien?, ¿Quiénes deben ser titulares Del Bien? o ¿Cómo se logra? Hace 2.500 años aproximadamente nace esta necesidad de definición, partiendo con la idea de que “justicia es una virtud” compartida por Sócrates, Aristóteles, Platón. El desarrollo de la concepción de justicia adoptada históricamente hasta nuestros días, comprende varias modalidades de interpretación y de aplicación, con todo, se desprende una idea central como el núcleo: La justicia decanta en el Bien, ella da un significado de trascendente importancia a la función que cada uno debe ejercer en una sociedad. Esto, no dicta de la interpretación que el legislador ha practicado en nuestro sistema democrático, pues, siendo la justicia una virtud: su práctica es externa, toda vez que se presenta en base a otros y no solo a nosotros mismos como el resto de las virtudes cardinales, es claro que, si ella se presenta en una sociedad deberá decantar en el bien común de ésta. Asimismo, el bien social o común contiene en nuestro país, la interpretación según Aristóteles y santo Tomás

de Aquino, desde el punto de vista del primero se rescata en la justicia conmutativa o distributiva y del segundo la implicancia que el ejercicio de la justicia tiene con respecto a otros. De esta forma, si bien inicia en nosotros mismos tiene una proyección hacia otro y por lo tanto hacia la sociedad. Con ello, se puede concluir que, ante la preeminencia abordada en este trabajo, no estaríamos frente a una injusticia cuando el legislador ha otorgado una preferencia al desarrollo de la actividad minera frente al predio superficial, toda vez que se asienta en la contribución legítima que cada uno debe realizar en base al bien social.

Con todo, no es posible eximir una hipótesis de utilitarismo<sup>15</sup>, porque si cada uno debe contribuir al bien común se trata entonces de utilizar como medio a las personas para llegar

---

<sup>15</sup> El utilitarismo, desde el punto de vista del autor contemporáneo John Rawls, que revive la justicia como factor determinante y necesario en una sociedad. En su teoría sobre la justicia, se basa en concepciones ya adoptadas por Kant y Rousseau, el “contrato social” y el “positivismo”, para desarrollar un modelo orientado por el *principio de justicia de utilidad*, por el cual, a través de un sistema político se logre el bienestar de la mayor cantidad de personas. Ello, en virtud de un sistema de preferencias, dando lugar a la justicia distributiva, a través de la redistribución de la riqueza se llegaría a un Estado de bienestar. Su concepción neutral de justicia, se basa en una perspectiva liberal, en la cual, se debe buscar una forma de organización que redunde en beneficio para todos los miembros de una comunidad, no obstante, reconoce que la igualdad no es idónea para el desarrollo, puesto que, si imaginamos un Estado regido por el principio de distribución guiado por la igualdad, la sociedad dejaría de crecer. Porque si todos tuvieran la misma recompensa sin importar los méritos, no habría incentivo para continuar creando, lo que implicaría un estancamiento del crecimiento en una sociedad. Es por esta razón, que Rawls acepta la diferencia, pero sólo si ésta redunde en la satisfacción del mayor número de personas dentro de una sociedad, es decir, que todas las personas estén en un mejor estado, que, como consecuencia de esa diferencia, se permita que los menos aventajados tengan al menos una mejora en su situación. Luego, propone un sistema a modo de ficción para llegar a estructurar una sociedad en donde se pueda impartir la justicia. Supone una situación, en la que todas las personas que comprenden la sociedad, deben partir de un estado denominado el “Velo de la Ignorancia” (Ficción que se traduce en que las personas simulan, se abstraen de sus características personales, económicas, sociales y culturales para debatir sobre una resolución sin factores pre adquiridos (prejuicios) que incidan en ella, de esta forma, se asegura la imparcialidad al momento de deliberar sobre un tema determinado. Así, llegarían a un consenso acerca de los principios de libertad y diferencia respectivamente. Ello, habilitaría el principio de elección racional: las personas realizan la elección basada solo en la información en abstracto, para evitar errores basados en prejuicios. Conforme a esta teoría, las personas no renunciarían a sus libertades, nadie optaría por una solución en donde se limite en alguna medida su libertad. Luego se optaría por un sistema político que redunde en el mayor beneficio, incluyendo a los menos aventajados, utilizando su fórmula de utilidad esperada, máxima y mínima.

En resumen, para Rawls la justicia es imparcialidad. Sin embargo, debemos decir, que se trata de una teoría que es inaplicable en la realidad. Porque para que las personas puedan deliberar sobre un tema sin conducir a errores, deben contar con la información suficiente y oportuna, y que es absolutamente necesario que se manifieste la democracia participativa y no solo representativa, no

a la satisfacción social, contraviniendo el espíritu del iusnaturalismo: donde cada individuo es un fin en sí mismo, de modo que, no cabe desvirtuar dicha condición sometiendo al ser humano como un medio para conseguir otro fin distinto al originario.

Considerando que, nos encontramos en un punto de evolución con respecto al reconocimiento y propensión del respecto a los derechos fundamentales de la persona<sup>16</sup>; al desarrollo de los derechos sociales<sup>17</sup>, debemos decir que, la preferencia al desarrollo de esta actividad por sobre el derecho de propiedad del dueño del predio superficial, da lugar a una interpretación en donde se está sacrificando a una clase de titular de un derecho en favor de otro siendo ambos equivalentes<sup>18</sup>. De la misma forma, se estaría privilegiando la actividad minera por sobre otros derechos, que más adelante se desarrollarán. De lo que se trata, es de mantener la proporcionalidad en la limitación que se impone a un determinado titular de un derecho. Pues como veremos, no es extraña la vulneración de derechos fundamentales a que da lugar el ejercicio del derecho de una concesión minera. Lo que, evidentemente dicta del fundamento del bien común de que trata este epígrafe.

Continuando con la idea del Bien, si atendemos a la inclinación del ser humano de asentarse en grupos, será inherente la necesidad de organización, la cual se da de forma natural y siendo una tarea compleja, es la justificación de la existencia del Estado. Dado lo

---

basta solo con abstraerse de las características individuales. Pues, la información válida o mínima requerida para deliberar sobre un tema de esta relevancia, no se refiere en ningún caso a la retórica política o a la demagogia de los gobernantes, sino que debe ser soberana, real y un presupuesto indubitado es la educación de las personas. De lo que se trata, es que las personas efectivamente estén en igualdad de condiciones para negociar, lo que se traduce en que las personas deben contar con el mismo acceso a la información, y ella en gran medida es proporcionada por la educación del individuo. RALWS, John. Teoría de la justicia. Título original: A Theory of Justice. Editorial Harvard University Press .1971.

<sup>16</sup> Puesto que tal reconocimiento no se limita solo a los derechos que emanan de la persona humana, sino también al reconocimiento de los grupos intermedios como es el caso de las personas jurídicas.

<sup>17</sup> Donde ya existe un reconocimiento mas no una garantía, pero se entiende que corresponde al camino evolutivo que debe recorrer cada ente o en este caso cada derecho para llegar a su concreción y cristalización

<sup>18</sup> Como sucede en la base del socialismo donde la clase burguesa debe desaparecer en pro de la clase trabajadora o en su máxima manifestación tolerada, disponer los medios de producción para el desarrollo del trabajo y el mercado.

anterior, es evidente que el ser humano no es autónomo en una sociedad. Por ello, tiene cierta lógica la contribución que cada integrante de una nación debe realizar a la sociedad. En palabras de Santo Tomas de Aquino “*cada quien debe ejercer su propia tarea en su propio puesto*” y en cuanto a la justicia conmutativa de Aristóteles, será la distribución a todos los integrantes de la sociedad.

En efecto, cada individuo es potencialmente un contribuyente de la sociedad. Ahora bien, no con el solo objeto de contribuir al bien común. Porque el ejercicio de las tareas que cada persona pretenda o quiera ejercer redundan en un beneficio tanto material como espiritual a sí misma, lo cual tiene como consecuencia la proyección de toda acción personal en la sociedad. A ello, se debe agregar que todas las personas no comparten las mismas habilidades o conocimientos, lo que es natural, por ello es acertada la contribución y la interrelación de funciones. Dado que, cada quien aporta en virtud de su aptitud y si se vive en una sociedad es lógica la contribución, porque será un beneficio que retornara hacia nosotros mismos.

Y como todo extremo no es aconsejable empíricamente, es acertada también la función protectora del Estado a través de la subsidiaridad, porque no es seguro confiar la mano invisible de Nozick<sup>19</sup>, con respecto a la organización. La razón es que, por naturaleza el ser

---

<sup>19</sup> Con respecto a la ideología de una organización política (John Rawls), surge el planteamiento adversario, estudiado y descrito por Nozick (Precursor del Libertarismo) en esta obra, que diera a conocer tres años después de la publicación de la “Teoría de la justicia” de Rawls. El autor, concibe la justicia sobre una base totalmente opuesta al liberalismo utilitario e igualitario que abrazara esta teoría. Aquí, realiza un profundo análisis y expone a través de analogías, un modelo de organización política que representa el escenario idóneo en donde se podrá desarrollar una sociedad justa. El núcleo principal de su argumento, es la legitimidad de un Estado y de la inviolabilidad de los derechos y libertades fundamentales inherentes al ser humano, es decir, que la creación de un Estado no significa la transgresión a tales derechos.

En esta teoría, reconoce de igual forma un estado de naturaleza anterior a la creación del Estado, como lo indicare Locke. Sin embargo, Nozick no comparte la idea en la cual, a través de un contrato social, los individuos transen sus derechos y libertades. Indica que, efectivamente era necesario el consenso en un estado pre político para creación de un Estado, pero que el objeto de existencia de éste, es la función de dar protección a los derechos de los individuos que componen esta sociedad, específicamente proteger la vida; propiedad privada; dar seguridad a los ciudadanos y de esta forma al estar delimitado sólo para dicha función, se llega a un Estado Mínimo o Estado Óptimo, porque cualquier otro Estado en donde se extienda esta función es ilegítimo, ya que, se traduce en la violación de los derechos y libertades de las personas.

Nozick siguiendo esta idea, y cuya postura es totalmente opuesta a un estado de bienestar, establece una propuesta de organización política, en la que se llegaría a un funcionamiento espontáneo de la

humano propende a albergar vicios de la conciencia. Por lo tanto, no es seguro entregar esta función a la sola voluntad paciente de los integrantes de la sociedad, que por lo demás demostrado en la historia está. Al respecto, es aplicable el equilibrio en una organización, y es que ha quedado demostrado en nuestro sistema político, basado en la democracia bajo la luz de la concepción occidental cristiana de la sociedad, ya que, reconoce los derechos de primera, segunda y tercera generación, en vías los de cuarta y quinta generación. Empero no otorgar garantía a todos, lo cual no carece de toda lógica atendiendo al beneficio común e individual de la contribución y no caer en el extremo del subsidio.

Teniendo como fundamento lo indicado, se puede arribar a que en materia minera no se está presentando una hipótesis de utilitarismo atendida la función social. Asimismo, con respecto a la preferencia abordada no habría injusticia inicialmente, en la medida en que, el legislador se ha encargado de señalar el fundamento y vías de procedencia de la servidumbre minera, a pesar de la tímida referencia a ésta en la normativa minera, estableciendo las reglas en base a la forma de ejercicio esta facultad, junto con reconocer los derechos del titular del predio superficial debiendo convivir con los derechos del dueño de la concesión.

Retomando el análisis de la reforma a dicha normativa, merece destacar que el legislador ha confirmado el carácter de transitoriedad de la servidumbre minera. Señala que se

---

sociedad, a través de la mano invisible de las relaciones humanas, de la selección natural, pues, una organización sociopolítica, apela exclusiva y absolutamente a la voluntad de los ciudadanos. Porque, siguiendo con su lógica en la que cualquier intervención del estado, en las elecciones que puede adoptar un ser humano dentro de la sociedad, se traduce en una transgresión a la libertad. Así, un estado mínimo que no intervenga en las decisiones propendería a la creatividad, iniciativa, inversión, producción, y desarrollo de una sociedad, lo que es contrario a la justicia distributiva que necesariamente debe recurrir al utilitarismo, donde finalmente se estaría utilizando al ser humano como un medio y no como un fin en sí mismo. En esta parte, conviene precisar que el derecho principal al que se refiere Nozick y en el cual basa su propuesta, es el derecho de propiedad, que se ve vulnerado, toda vez que, el estado interfiere en el derecho de disposición que tiene una persona de una cosa de la cual es dueño, adquirida legítimamente o a través de su trabajo. Extrapola el ejemplo a los impuestos que involuntariamente son arrebatados del patrimonio de un ciudadano para aportar a fines políticos sociales, ello, constituye al fin, una manifestación del utilitarismo. Por último, se desprende de la obra, una concepción negativa de Justicia, por cuanto es injusto un estado paternalista, y será justo un estado regido por principios como el de la no intervención del estado, en el cual no llegue a invadir la esfera de libertades y derechos que permiten el desarrollo material y espiritual de un individuo. NOZICK, Robert. Anarquía, Estado y utopía. Título original: Anarchy, State, and Utopia. Editorial Basic Books. 1974.

establecerá un procedimiento breve y expedito, refiriéndose al *procedimiento sumarísimo* que nombra escuetamente en este proyecto de ley sin profundizar sobre éste.

El reconocimiento de un procedimiento ajustado a derecho, para ejercer la facultad a solicitar e imponer una servidumbre minera con sujeción al derecho de propiedad del titular en desventaja, da origen al problema, cuya causa justifica este trabajo, en razón al escaso detalle del procedimiento; la amplia facultad a la sana crítica y a la voluntad del juez. Debido a que, ha decantado en que el derecho a obtener una servidumbre minera sea fuente de reales injusticias con respecto al titular del derecho de propiedad del predio sirviente. En efecto, la causa del problema *servidumbre minera* no es la limitación del derecho de propiedad, dentro de los márgenes aceptables o mientras no entre en la esfera de la desnaturalización del derecho; no es la preferencia al desarrollo de una actividad económica cuando redunde en beneficio de la sociedad; no es el derecho a obtener una servidumbre minera que detenta el titular de una concesión minera cuando se encuentra en las causales y cumpliendo los requisitos legales. No lo será, mientras se respeten los principios neoliberales ya internalizados. Pero sí lo es, cuando la preferencia al desarrollo de esta actividad es óbice para el respeto y propensión de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados expresamente por la Constitución Política de la República. Debido a que, la tímida vinculación a la normativa minera se tradujo en pábulo a un criterio jurisprudencial que no ha contribuido precisamente al respeto de tales derechos. Ello, no en pocas ocasiones se podrá verificar en la jurisprudencia donde que se ha incurrido en serias vulneraciones a los derechos del dueño del predio superficial y de la sociedad toda, según los derechos que más adelante se desarrollarán en el Capítulo Tercero Dialéctica del Judicialismo, sobre la revisión de las vulneraciones y criterios jurisprudenciales, cuyo análisis de sentencias en base al problema dan luz de evidencia e ideas de la interpretación de las normas mineras que se ha venido construyendo a lo largo de estos años. Sin embargo, antes es preciso referirse a la fisonomía del derecho en análisis, para efectos de habilitar el pleno examen de los principios y reglas correspondientes.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### DERECHO DE SERVIDUMBRE MINERA

#### 2.1 Contenido del gravamen

Como hemos visto, ha quedado establecida la naturaleza de la servidumbre minera, corresponde ver las implicancias de este gravamen.

La misma ley da una idea inicial al indicar que el Estado, cuando en aras del interés nacional o interés público, requiera limitar de forma total el derecho de propiedad de un titular deberá inevitablemente expropiar. Porque, no puede deformar o desvirtuar el derecho en su esencia (artículo N°19 numeral 26 de la Carta Suprema).

Al respecto, es conveniente advertir que la servidumbre minera corresponde a una limitación que tiene una causalidad directa con un fin individualista, ya que se trata de un gravamen experimentado por el predio sirviente en favor de un predio dominante<sup>20</sup>, por el cual, el dueño de la concesión de explotación o exploración requiere la servidumbre con el solo objeto de satisfacer una necesidad individual de carácter particular y no tiene como objeto el fin social, porque no satisface el interés general de la nación sino solo el del titular de la concesión. Ello, por cuanto la característica esencial de una servidumbre minera es su carácter accesorio de la concesión minera. Por tanto, se debe aplicar la correspondiente abstracción de ambos derechos: la servidumbre minera y la concesión minera, es decir, a pesar de que el derecho de concesión minera es individual o particular, su ejercicio comprende actividad económica que tiene efectos en las arcas fiscales y por ende sobre el

---

<sup>20</sup> El Código de Minería de 1983 no define la servidumbre minera, tampoco la LOC 18.092. Ahora bien, con respecto a la característica general, en cuanto corresponde a un gravamen, se condice con los artículos 820 y 821 del Código Civil. Sin embargo, es necesario hacer presente que el sentido de predio dominante y sirviente se modifica en materia minera; en el sentido del primero será la concesión minera o el establecimiento de beneficio; del segundo, el predio superficial o bien otra concesión minera. Asimismo, difieren en cuanto a su duración, pues, la servidumbre del Código Civil es perpetua y la nuestra transitoria.

bien común. Así, el ejercicio del derecho de servidumbre minera nada tiene que ver con un fin de corte social, pues se mantiene en la parcela de aplicación del derecho de concesión minera. Como sabemos, la servidumbre minera es un derecho accesorio, en el sentido de que depende exclusivamente del derecho de concesión minera, y no a la inversa. En otras palabras, el derecho de concesión minera se puede ejercer con prescindencia de una servidumbre minera, de modo que, no cabe considerar que el ejercicio de este último es un presupuesto para la actividad económica del país. Por consiguiente, es preciso mantener la independencia de estos derechos, puesto que, nos permiten comprender desde otras perspectivas el problema que abordamos en este trabajo.

Entonces, si la servidumbre minera corresponde al tipo de limitación de contenido individual establecido en el artículo N°582 del Código Civil “*contra derecho ajeno*” en concordancia con el artículo N°732 del mismo cuerpo legal y el artículo 19 N°24 inciso final “*Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas*”. Se debe agregar “*contra la ley*” toda vez que además existe una disposición expresa por la ley para otorgar la preferencia al titular de concesión minera sobre el dueño del predio superficial. Se deduce por tanto que, estamos frente a un derecho real limitado con efectos relativos, ya que no se desprende de este derecho el interés general de la nación. Sin embargo, siendo un derecho real limitado cuenta con mayores prerrogativas en cuanto a sus limitaciones y obligaciones, dada la nebulosa de los presupuestos de procedencia y ejercicio (que más adelante se examinarán). En efecto, porque el derecho real de servidumbre activa que reglamenta el Código Civil, contiene las directrices atinentes a delimitar las facultades sin incurrir en confusión, así como las medidas necesarias para garantizar la conservación de la cosa sobre la cual recae, de modo tal que, una vez extinguido un determinado derecho real, distinto al de propiedad sobre dicha cosa, el hecho de haber ejercido las facultades de uso o goce no afecte su calidad en todas las medidas.

En este contexto, los siguientes son ejemplos de limitaciones al derecho de propiedad sin caer en su deformación. En ellos, los titulares de derechos reales distintos al derecho de propiedad, cuya nuda propiedad queda reservada, exige al titular en el ejercicio del derecho la conservación de la cosa sobre el cual recae el mentado derecho. Es así como, en los

derechos reales de goce el ejercicio del derecho de usufructo exige por ley al usufructuario el deber de conservar la cosa y tomar las medidas necesarias para garantizar su conservación, para efectos de cumplir con la restitución según el artículo N° 764 del Código Civil no estando habilitado para alterar la cosa bajo motivo alguno, pues, en cuyo evento se sanciona el hecho poniendo término al derecho artículo N° 809 del Código Civil *“por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria”*.

Otro ejemplo se evidencia en el derecho real de uso y habitación, artículo N°811 del Código Civil, el titular del derecho sólo podrá habitar en el inmueble sin tener permitido destinarlo para otro fin, podrá usar la cosa sin alterarla en modo alguno.

Luego, en el derecho real de propiedad fiduciaria se impone el mismo deber de conservación al fideicomisario sobre la cosa mientras no se consolide el dominio en el propietario fiduciario según artículo N°s 756, 758 y 751 inciso 1° del Código Civil.

De la misma forma, en el derecho real de conservación medioambiental se impone la obligación negativa al titular del derecho a abstenerse de realizar actos u omisiones que atenten contra el patrimonio ambiental.

Por último, en la hipoteca siendo un derecho real cuya naturaleza radica en ser una garantía real, mal podría presentarse un goce o uso gratuito.

Como se observó en los ejemplos mencionados, estos derechos reales de uso y goce comparten la misma obligación, la cual es restituir la cosa en las mismas condiciones en que fue entregada sin alterar su esencia. De ahí, se desprende su carácter objetivo de no consumible y en algunos casos no fungibles al recaer sobre bienes inmuebles. Ya que, si bien no se destruyen con el primer uso si son deteriorables por el uso gradual o excesivo causando el inevitable detrimento. Junto con ello, cabe recordar la obligación que recae en el poseedor de una especie o cuerpo cierto en orden a otorgar el debido cuidado y la correspondiente conservación, de lo contrario deberá responder de culpa leve en lo gradual.

## 2.2 Alcance Material

Una de las causas indirectas al problema que merece análisis corresponde a lo que entiende el legislador por *transitoriedad*, porque si se considera el carácter transitorio como elemento esencial de una servidumbre, se entiende porqué el ejercicio de ésta es causa de controversias. Ya que, aun el carácter accesorio de una servidumbre minera importa los efectos adversos de las labores mineras ejecutadas en el subsuelo al suelo superficial. Por lo tanto, mal podría ser transitoria. Sin embargo, esta realidad fáctica al no ser considerada por los jueces junto con la amplia facultad discrecional que ostentan en esta materia los operadores jurídicos, tiene consecuencia inmediata en resoluciones que sólo otorgan preferencia para el titular de la concesión minera.

El Código de Minería establece el carácter transitorio de una servidumbre en términos del artículo N°124 “*Las servidumbres son esencialmente transitorias*” y en el mismo orden el artículo N°8 LOC sobre concesiones mineras. Pero, hasta ahora el enunciado legal sólo integra el significado axiológico o gramatical de la acepción Transitorio “Pasajero, temporal, fugaz”<sup>21</sup>. Ello, por cuanto la expresión “*son esencialmente transitorias*” sólo se puede concebir en el sentido formal. Debido, a que en lo material la servidumbre minera no cumple con el requisito esencial de transitoriedad, toda vez que siendo accesoria a la concesión depende de la duración de ésta y como sabemos la concesión de explotación es generalmente indefinida, de ahí que, se extienda hasta que se agote el aprovechamiento de los minerales.

Con todo, es preciso referirse al criterio del Tribunal constitucional sobre la transitoriedad de la servidumbre minera. Conforme a lo que, esboza el considerando cuadragésimo primero de una sentencia de dicho tribunal, se desprende la interpretación de transitorio relacionada directamente con la característica mutable de las labores mineras. Es decir, la transitoriedad no es interpretada en su acepción temporal, sino que tiene que ver única y exclusivamente *con los cambios e intensidad y ubicación de las faenas mineras de ahí la posibilidad de*

---

<sup>21</sup> Diccionario Real lengua española. [Fecha consulta 18 de agosto 2019]. Disponible en <<https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=transitorio>>

*ampliar o restringir la servidumbre para la conveniente y cómoda utilización y goce de la concesión* <sup>22</sup>. En otra sentencia<sup>23</sup>, se verifica que la acepción de interpretación judicial implica el tiempo que dure el aprovechamiento de las sustancias, e incluso, podría ser otorgado por 40 años. Entonces es fuerza concluir que, siendo la servidumbre minera un derecho real de carácter transitorio, es procedente una demanda para solicitar el término de ella, si ésta ya no cumple con la causal de necesidad prescrita en el artículo N°124 del código minero. Ejemplo de ello, es una sentencia de un tribunal de primera instancia<sup>24</sup> que dictaminó el término de la servidumbre legal minera, por no uso respecto a los fines para los cuales fue constituida en su oportunidad, ordenando oficiar al respectivo Conservador de Bienes Raíces para que proceda a cancelar las inscripciones referidas, lo cual, es de toda sujeción a la regla permisiva en sentido estricto. Con todo, el alcance de la causal de necesidad es volátil y sujeta a la valoración que el operador jurídico le otorgue. Así, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena<sup>25</sup>, fue suficiente el plano de la servidumbre minera presentada por el demandante para que el juez considere que se presentaron de forma suficiente los presupuestos exigido en la norma. Empero, no valoro la prueba testimonial acompañada en

---

<sup>22</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Con fecha 24 de septiembre de 2009. ROL 1284-2008. Acción de inaplicabilidad artículos N°s 124 y 125 del Código de Minería y artículo N°8 inciso 5° de la LOCCMN°18.097. Caratulado “Domancic Dragicevic, Drago, con Bauzá Alvarez, Lorenzo”. [Fecha consulta: 11 de enero de 2020]. Disponible en <<https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=1227>>. Pp.45.

<sup>23</sup> JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE ANTOFAGASTA. Con fecha 04 de junio de 2018. ROL C-914-2017. Caratulado “Minera Michilla SpA/Fisco de Chile”. Considerando Noveno. [Fecha de consulta: 12 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>.

<sup>24</sup> 2° JUEZ DE LETRAS DE SAN BERNARDO. Con fecha 22 de marzo de 2017. ROL C-2344-2012. Caratulado “Padilla/Cristi”. [Fecha de consulta: 12 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>

<sup>25</sup> Se desprende del inciso 3° del considerando Octavo: “*Y por cierto, las referidas condiciones de hecho concurren en la especie. Aserto que emana del mérito de los antecedentes allegados a los autos, como el plano de servidumbre minera Fe Grande - Quitallaco agregado a fojas 20, por cuya virtud se acredita la determinación del gravamen demandado y además, por las precisas y fundadas declaraciones de los testigos*”. CORTE DE APELACION DE LA SERENA. ROL C- 1419-2015. Con fecha 19 de enero de 2020. Caratulado “Compañía Minera Florida S.A. con Comunidad Quitallaco”. Considerando Octavo. [Fecha de consulta: 12 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>

primera instancia<sup>26</sup>, donde se declaraba la existencia de otras vías de accesos menos invasiva a la comunidad, que por lo demás, contaba con comunidades de asentamiento humano.

De ello resulta necesario comprender, qué implica un tipo de labor minera y el alcance de sus efectos. Así, es menester referirse a los tipos de servidumbre minera y verificar cuales son las labores que se permiten en virtud de una concesión de exploración o explotación. Porque no cabe, al menos en este escrito, trivializar los efectos adversos, significativos e incluso irreversibles, que deberá soportar el predio sirviente, producto de las labores que se ejecuten en el subsuelo. Puesto que, es evidente que la inobservancia del carácter accesorio de la servidumbre minera por los jueces trasunta en un evidente paliativo al real alcance de éste *res incorporale*.

A continuación, veremos en detalle el alcance de las labores permitidas en los distintos tipos de servidumbres y los tipos de trabajos que efectivamente permiten las concesiones mineras.

El artículo N°120 del código minero establece los tipos de servidumbres, a saber, de ocupación<sup>27</sup>, eléctricas y de tránsito. De ellas se analizarán los efectos en el suelo.

El DL N°40 que contiene el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental proporciona un catastro de tipologías que permiten cuantificar o a lo menos dimensionar, inicialmente, el real efecto sobre el suelo superficial.

---

<sup>26</sup> De la sentencia de primera instancia que rechazo la constitución de servidumbres, el considerando noveno contiene la declaración de uno de los testigos :”*expresó que existe un portezuelo factible de trazar un camino de acceso, pero se diseñó el camino de servidumbre actual respetando el camino existente; que efectivamente, se podría trazar un camino más corto y directo hacia el lugar de las áreas de servidumbre en la ocupación, pero eso sería en la etapa posterior a la exploración*” para que luego el considerando vigésimo expresa: “*testigo presentado por la propia parte demandante, expresó a fojas 891, la factibilidad de constituir las servidumbres peticionadas, en un sector distinto, más cercano a las pertenencias mineras. Más allá de cualquier consideración técnica, tal afirmación permite concluir que existe otra opción desde dicho punto de vista, que evitaría los perjuicios indicados en el motivo anterior*”. 1° JUEZ DE LETRAS DE COQUIMBO. ROL C-2777-2014. Con fecha 21 de agosto de 2015. [Fecha consulta: 19 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>

<sup>27</sup> De Ocupación: Canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y de beneficio de minerales; por sistemas de comunicación, y por canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones demás obras complementarias;

El artículo N°3 se refiere a los proyectos que son susceptibles de causar impacto ambiental, es por ello que sólo nos enfocaremos en los trabajos que tendrán un efecto permanente en el suelo cuya naturaleza es perentoria a la acepción de transitoriedad, como acontece en la letra i) de la misma ley:

*“Se entenderá por proyectos de disposición de residuos y estériles aquellos en que se dispongan residuos masivos mineros resultantes de la extracción o beneficio, tales como estériles, minerales de baja ley, residuos de minerales tratados por lixiviación, relaves, escorias y otros equivalentes”.*

La ley de cierre de faenas<sup>28</sup> refleja un escenario inicial de los efectos de este tipo de labores, cabe destacar que todo proyecto minero debiera cumplir con esta normativa que adquiere eficacia una vez terminado el beneficio de minerales, cuando establece que uno de los objetivos que persigue es la estabilidad química. La cual, busca reducir el impacto en el aire, agua y suelo del efecto químico que causa acidez producto de los depósitos de relaves, botaderos, depósitos de estériles y rípios de lixiviación.

Obsérvese la consecuencia química sobre el predio superficial. Por ende, ya no estamos frente a una utilización del suelo de manera temporal y en un escenario de resiliencia. Porque, a pesar del tenor del artículo N°137 letra d) (cuyo fin es *evitar, prevenir o eliminar, si fuere necesario*) no es posible eliminar o revertir los efectos, toda vez que el daño químico es irreversible. Apoyan a esta posición estudios de vasta fiabilidad como la Evaluación de Desempeño Ambiental realizado por la Organización de Cooperación de Desarrollo Ambiental (OCDE) y la CEPAL con respecto al examen de las políticas ambientales adoptadas por Chile en los distintos periodos de revisión.

A mayor abundamiento, en el informe de evaluación y desempeño de las medidas comprometidas por Chile en la última convocatoria de 2016, se evidencia que la actividad minera es inmanente al impacto ambiental como indica en uno de sus pasajes: *“El problema de la contaminación preexistente del suelo y las aguas, provocada especialmente por las*

---

<sup>28</sup> Ley 20.551 Regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras y su Decreto 41 Reglamento de la Ley de Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras.

*instalaciones mineras abandonadas, ha sido ampliamente reconocido*<sup>29</sup> , por cuanto es una realidad conocida el impacto del efecto permanente de contaminación por metales pesados y otros en el predio superficial.

Junto con lo anterior, a juzgar por los permisos ambientales sectoriales con que debe contar cada proyecto minero, otorgados por los Órganos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental (OAECA). Es palpable el reconocimiento de las consecuencias físicas y químicas en el lugar donde se realicen las actividades de la industria minera. Los artículos N°s 5 y 6 del Reglamento de Seguridad Minera<sup>30</sup> señalan algunas actividades con efectos sobre el suelo, considerar que no es taxativo. Algunos ejemplos son, la construcción y trazado de caminos, plataformas, ocupación de cerros y quebradas, movimientos de tierra, nivelamiento de terrenos, trabajos de sondajes, tranques de relaves, botaderos de desmontes, pozos, perforación y sondajes, remoción de tierra vegetal, tranques o depósitos de residuos, intervención flora nativa, cortes verticales de los cerros, tubos de extracción de agua, tomas de muestras, construcción de puentes, badén y plataformas y sus respectivas extensiones, entre otros.

En base a lo anterior, no es dable el procedimiento que destinó el legislador para otorgar la servidumbre minera a petición del concesionario minero, toda vez que, al tratarse de un procedimiento sumarísimo cuyo plazo de contestación es insuficiente para realizar todos los estudios necesarios con aptitud de medio de prueba que deberá llevar a cabo el dueño predio superficial, a fin de precaver o evitar perjuicios permanentes en su terreno sin la debida y justa indemnización. Ante este escenario, en la práctica la evaluación de perjuicios e incluso su procedencia quedan a criterio del juez. Un ejemplo de ello, es una sentencia de Corte Suprema<sup>31</sup> que ratifica la decisión de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en cuanto se

---

<sup>29</sup> Evaluaciones del desempeño ambiental Chile 2016, generado por OCDE para Chile a partir de las medidas comprometidas en 2010. Pp. 30.

<sup>30</sup> Servicio Nacional de Geología y Minería Departamento de Depósitos de Relaves Situación de los relaves mineros en Chile agosto de 2016.

<sup>31</sup> CORTE SUPREMA. ROL 43594 – 2017 de 23 de septiembre de 2017. Caratulado “Empresa Nacional de Petróleo (ENAP) con Ganadera Cañadón Grades Limitada”. Considerando undécimo: “...como se observa, dicha norma opera en la medida que la servidumbre, en su noción más básica, en cuanto derecho real que grava y limita el ejercicio de otro derecho de la misma entidad, genere

otorga una constitución de servidumbre minera sin la debida indemnización, no obstante, la ley indica de manera imperativa su procedencia ex ante. Ello, toda vez que, el monto de indemnización no pudo ser acreditada por el dueño del predio superficial. Tal decisión, no deja de llamar la atención, pues, el juez en la facultad de discrecionalidad que le otorga la ley pudo estimar, al menos, el menor valor de indemnización al que hemos venido aludiendo.

### 2.3 Constitución

El artículo N°235 del código minero prescribe este tipo de procedimiento, de breve duración, para la constitución de una servidumbre minera, debiendo incluir la determinación de perjuicios para efectos de indemnizar al dueño del predio superficial de los perjuicios consecuentes del ejercicio de la servidumbre minera. Sin embargo, como se indicó el plazo de duración determinado para este procedimiento es extremadamente breve. Ello, dada la urgencia de iniciar el proyecto minero lo cual es entendible desde el punto de vista social-económico, o atendiendo al criterio de los propulsores de la actividad minera, los cuales aplican un carácter de efecto inmediato al principio *ceteris paribus*, pero desde la posición del dueño del predio superficial no puede ser menos que un pábulo a la práctica de vulnerar los derechos que emanan del derecho de propiedad de éste titular. Debido a que, será inminente la limitación del predio superficial, a favor de una concesión minera, si no se encontrare en las hipótesis restrictivas que disponen los artículos N°s 14,15 y 16 del Código de Minería o no se lograre acreditar que existen otras vías de acceso. Por cuanto, los medios de prueba que pudiere producir el demandado estarán destinados únicamente a acreditar una

---

*algún tipo de detrimento, de modo que su condicionante principal es acreditar su existencia, y su monto deberá ser fijado conforme su extensión, de otro modo, el legislador no habría utilizado la expresión “todo perjuicio” para justificar la reparación, siendo errada la propuesta recurrente, por la cual pretende que se apareje el pago de una indemnización como elemento necesario a la constitución de la servidumbre minera. De este modo, el establecimiento de una servidumbre minera deberá contemplar el pago de la adecuada reparación a la persona que efectivamente sufrió un detrimento como consecuencia de su constitución, de manera que es imprescindible, para ello, determinar su concurrencia y extensión”.* [Fecha de consulta: 12 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl>>.

evaluación anticipada de perjuicios. A mayor abundamiento, ésta solo tendrá efectos si hay acuerdo con el demandante. De lo contrario, debería determinarlo el juez y en este caso una evaluación anticipada de perjuicios no tiene fundamento, toda vez que el efecto aún no se produce y según el criterio jurisprudencial sólo proceden los perjuicios efectivamente causados. Ello, por cuanto el juez en esta materia parece aplicar la subsunción desnuda, lo cual se condice con el artículo N° 14 inciso final del Código Minería “*Los perjuicios que se causen con motivo del ejercicio de esta facultad deberán indemnizarse.*”

Con todo, para un análisis de perjuicios efectivo será necesario que el demandado reúna la suficiente información referente al proyecto minero. Pero, si tenemos en cuenta que esta información actualmente se entrega de forma parcial por los concesionarios a los órganos de la administración encargados de regular este tipo actividad, de esto se sigue, que nada parece indicar que la información será entregada al demandado<sup>32</sup>, como tampoco se espera sea precisa y oportuna. De cualquier forma, de esta información se podría extraer la modalidad de servidumbre que cabe aplicar. La que se distingue entre modalidad de ejercicio único de carácter permanente, es decir mientras dure la explotación y entendiendo por *única* la prohibición al dueño del predio sirviente de realizar toda actividad que impida el libre ejercicio de la servidumbre, como por ejemplo la construcción de obras, plantaciones; o de una servidumbre de modalidad parcial en la cual no se presente una obligación de no hacer por parte del dueño del predio como pudiere ser transitar por ese terreno.

Al respecto, es conveniente advertir que, para conocer el fin del proyecto minero, profundizar en sus antecedentes, verificar la situación de sus permisos sectoriales (PAS), o validar la resolución de calificación ambiental (RCA) si procede. El interesado podría agotar las fuentes electrónicas destinadas y generadas para estos efectos, y que son producto de la

---

<sup>32</sup> Con todo, el interesado podría solicitar información referente al proyecto en cuestión directamente al SERNAGEOMIN. Ello, dado que desde el año 2017 entro en vigencia el decreto supremo N° 104 de 2016 con respecto al Reglamento que Regula la Entrega de Información de Carácter General Obtenida de los Trabajos de Exploración Geológica Básica (artículo N°9). Implica, que el servicio en el ejercicio de sus facultades podrá requerir información de carácter general obtenida de los trabajos de exploración geológica básica a proyectos de hasta 4 años anteriores a la fecha de entrada en vigencia de este Reglamento. Disponible en <<https://www.sernageomin.cl/wp-content/uploads/2018/09/Programa-Requerimiento-2018-Segundo-Semestre-%E2%80%93Diario-Oficial.pdf>> [Fecha de consulta: 11 de enero de 2020]

aplicación de la Ley de Transparencia e información pública<sup>33</sup>, como es la plataforma virtual para consulta de proyectos: Sistema de Evaluación Impacto Ambiental (SIEIA), Sistema de información sobre permisos y autorizaciones de contenido ambiental (SIPACA), sistema de información de líneas de bases de los proyectos sometidos a EIA (SILB), Sistema de consultas de Pertinencias (SCP), Registro Público de resoluciones de calificación ambiental (RPRCA), Registro público de Consultores Certificados (RPCC) los cuales administra el Servicio de Evaluación e Impacto Ambiental (SEIA); Sistema Nacional de Información y Fiscalización Ambiental (SNIFA) que contiene el Catastro de Unidades Fiscalizables, Fiscalizaciones, Registro Público Sanciones (RPS), Seguimiento ambiental de RCA, Programa de cumplimiento; Sistema Nacional de Información Ambiental (SNIA), Registro

---

<sup>33</sup> Con respecto a la Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública, debemos indicar que la inclusión de la tecnología no es un hecho aislado en el contexto del derecho internacional, las políticas adoptadas por cada país en relación a temas de importancia mundial, tiene un efecto en la posición con los demás miembros. A propósito de esta interrelación nos referimos a la ONU, los países que son parte de esta organización mundial de naciones unidas, se encuentran en constante evaluación, en el ámbito que nos compete en este estudio, tal organización a través del indicador de desarrollo de gobierno electrónica tiene por objeto evaluar las políticas adoptadas por un gobierno determinado, miembro de esta organización, que se traduzca en la posibilidad de inclusión de toda la sociedad hacia actividades que fomenten el desarrollo de cada persona. Específicamente este indicador se refiere al nivel de incorporación de las personas a los avances tecnológicos, lo que trae consigo una mayor posibilidad de entregar oportunidades de inclusión y ser parte del desarrollo del país. Específicamente mide este desarrollo a partir de factores como desarrollo de plataformas tecnológicas que permitan acceso de todas las personas, infraestructura, conectividad y capacidad humana. Esta unidad es denominada como E-Government Development Index (EGDI: Índice de gobierno electrónico, corresponde a un indicador que implementa la ONU para medir la inclusión de los gobiernos de las Tecnologías de la información y comunicación (TIC) en sus políticas públicas, considerando que impactan directamente en el desarrollo del país a partir de la inclusión de todas las personas a los diferentes servicios que debe incluir el gobierno para efectos de permitir la innovación en todos los sectores de la sociedad. [www.publicadministration.un.org](http://www.publicadministration.un.org). El indicador EGDI corresponde al promedio de los factores de “Servicios en Línea” + “Infraestructura de comunicaciones” + “capacidad humana”  $EGDI = 1/3 (OSI \text{ normalized} + TII \text{ normalized} + HCI \text{ normalized})$ .

La ONU contempla del mismo modo el indicador de participación electrónica (EPI), siendo completaría del indicador EGDI, mide la inclusión de los ciudadanos en la usabilidad de las plataformas electrónicas para el acceso a la información que debe proveer el gobierno con el fin de permitir el acceso e inclusión a la información lo que se traduce en una mayor posibilidad de participación de los ciudadanos en las decisiones que el gobierno adopte como políticas de desarrollo en los diversos aspectos que convocan a una sociedad.

Todo lo anterior se refleja en el ranking que anualmente realiza la ONU a partir de los indicadores mencionados, de cuyo resultado Chile en el año 2018 se encontraba en la posición 42 con respecto al EGDI Rank. Y posición 46 para el indicador de participación electrónica.

de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (RETC) administrados por el Ministerio de Medioambiente; Plataforma de información sobre áreas protegidas de Chile (RNAP) administrada por el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Entre otros. Cabe destacar, que en ciertas plataformas se aplica el Sistema de Acreditación de personas naturales, de modo que será necesario registrarse previamente.

### **2.3.1 Medios de Prueba**

A este respecto, la mayoría esta conteste en que la producción y preparación de medios de pruebas no es una tarea simple y el plazo de cinco días que establece el legislador para este tipo de procedimiento es insuficiente para abarcar el tiempo necesario que requiere el ejercicio del derecho de defensa del dueño del predio superficial, como indicamos anteriormente. Si sólo atendemos a la normativa minera, lo primero será contar con un informe de perito, como la única salida y solo en el caso que el juez considere oír tal informe del perito, el cual deberá contener a lo menos aspectos como el valor de mercado del inmueble, según análisis del mercado inmobiliario; la rentabilidad ganadera; la productividad forrajera y las condiciones especiales de la servidumbre, todo ello en el entendido casuístico. A modo de referencia el informe debiera contemplar ítems como:

- Real avalúo comercial acreditado por el Certificado de Avalúo Fiscal del predio sirviente con vigencia del semestre y año en curso.
- Ubicación del predio y atractivo turístico, si aplica. Es decir, la ubicación, aptitud, capacidad de suelos y posibilidades de desarrollo.
- Urbanización, indicar si contiene agua potable, electricidad o camino pavimentado.
- Proyectos en tramitación de carácter económico, cualquiera sea su naturaleza, ejemplo turístico. En este caso la indemnización debiera considerar la inversión, planificación de ganancias.

- Certificado de Avalúo con clasificación de suelos del SII, según tabla de clasificación de terrenos para determinar capacidad potencial de uso actual. Desglosado por región, tipos de terrenos y clases determinadas. Según Ley 17.235 sobre impuesto territorial. Actualmente existe el sistema Observatorio del Mercado de Suelo Urbano del ministerio de vivienda.
- Zonificación, certificado de información previa otorgado por dirección de obras municipales del órgano competente.
- En cuanto a la concesión de explotación, se puede verificar el área de influencia a partir de la navegación en tiempo real con el programa Avenza maps, Google Earth Pro, base de datos de CIREN-CORFO

### **2.3.2 Evaluación del suelo superficial**

Para efectos de avalúo fiscal el Servicio de Impuestos Internos (SII) aplica una clasificación de predio agrícola segmentado por clase, el cual comprende una correlación descendente en base a la capacidad productiva del terreno. Es así como, la clase 1R de esta clasificación se refiere a un predio cuya calidad del terreno es óptima para desarrollar todo tipo de actividad agrícola. Tiene una alta capacidad potencial de uso, según criterio de la Resolución Exenta N°57 de 2004 del SII, cuyo antecedente se utiliza para efectos de dar cumplimiento a la Ley N° 20.412 de 2010 sobre el sistema de incentivos para la sustentabilidad agroambiental de los suelos agropecuarios. Las propiedades indicadas según estudios de la Comisión Nacional de riego<sup>34</sup> se aplican con respecto a los indicadores de s: Suelo, w: Humedad, e: Riesgo o de efectos de antiguas erosiones y cl: Clima.

El tipo de terreno podría presentar las siguientes condiciones conforme su capacidad productiva plasmado en los siguientes indicadores: Profundidad, muy profunda >150 de la

---

<sup>34</sup> Biblioteca Digital Cirem. Pautas para estudios de suelo. [Fecha de consulta: 28 septiembre 2019]. Disponible en <<http://bibliotecadigital.ciren.cl/bitstream/handle/123456789/9665/CNR-0147.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

escala de profundidad; Pendiente, casi plana de 0-1%; Pedregosidad, no pedregoso menos de 15% de gravas o piedras en volumen; Tipo de drenaje, excelentes condiciones buena capacidad de retención de agua; Textura, gruesa superficial francoso; Erosión ligera; Salinidad, no salina 1.4 siemens/m; Permeabilidad, moderada; Agua, aprovechable 18 o más litros por segundo.

De esta forma, si el terreno fue adquirido para fines económicos de explotación en calidad de agrícola y corresponde a la clase 1R de suelos regados <sup>35</sup>, y clase 1 de suelos de secanos arables<sup>36</sup> presentando una aptitud favorable, capacidad potencial de uso para todos los cultivos, se trata de un terreno con vasta capacidad de producción.

Se profundizará en las consecuencias en el suelo a la luz del instrumento de gestión de evaluación de impacto ambiental en el acápite de las bases de la institucionalidad medioambiental del siguiente capítulo, ya que es aplicable metodológicamente.

---

<sup>35</sup> Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Decreto 83 Declara clasificación de suelos agropecuarios y forestales en todo el país. [Fecha de consulta: 28 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1019962>>. Establece en artículo 1 letra I a) Suelos Regados Clase 1R: Son suelos sin limitaciones en su uso y con muy buena capacidad productiva. Suelos planos o con pendientes suaves (hasta un 1,5%) que no presentan dificultades para el regadío de tipo gravitacional, profundos. Permiten el desarrollo sin limitaciones de todos los cultivos y plantaciones de la región; los rendimientos son altos o muy altos en relación con los de la zona. La fertilidad natural del terreno es buena; las condiciones de textura, permeabilidad y aireación son muy favorables. No hay problemas de pedregosidad, erosión, salinidad o mal drenaje.

<sup>36</sup> *Ídem* b) Suelos de Secano b.1) Grupo de terrenos arables. Clase 1: Son terrenos que pueden ser cultivados sin riesgo con los sistemas corrientes. Suelos planos o ligeramente inclinados, profundos, regularmente bien dotados de elementos nutritivos; de buena textura y permeabilidad; no erosionables y sin ninguna otra limitación que afecte el uso del suelo. Capacidad productiva buena a muy buena. Bien adaptados tanto a cultivos de cereales como de chacras por no tener períodos de sequía que impidan su cultivo; se adaptan a todos los cultivos propios de la región, además de empastadas artificiales, obteniéndose muy buenos rendimientos mediante un manejo y fertilización normal.

## CAPITULO TERCERO

### DIALÉCTICA DEL JUDICIALISMO EN LA TRIADA DE PROTECCIÓN

Como hemos podido observar a lo largo del escrito, la legislación minera obedece al interés social y económico que el legislador previene en la actividad minera en atención al orden público económico. Para lo cual, ha dispuesto un mecanismo normativo destinado a cumplir con este fin. Tal legislación, fue suficiente en años anteriores, antes de la entrada en vigencia de normativas que fueron desarrolladas en otro escenario social, bajo otra concepción de las prioridades sociales, pero que sin embargo, cuyo régimen minero no fue actualizado para hacer frente a los nuevos requerimientos de convivencia y coherencia con normativas que tienen como fundamentos perspectivas totalmente diferentes en cuanto a una preferencia de derechos, pues propenden a la sustentabilidad en sentido amplio. Por consiguiente, el criterio de interpretación que se ha venido aplicando en materia minera, ya no da lugar a la negación de colisión de los respectivos derechos de propiedad en los términos del artículo N°19 numerales 1, 2, 8, 21 y 24 sobre la cosa, por ello, el mecanismo de resolución de conflictos empleado en la práctica por los jueces, merece una álgida atención.

De esta forma, se presenta una dialéctica que considera como tesis los principios, normas internacionales y reglas; una antítesis que comprende la colisión de derechos fundamentales en el escenario del judicialismo (como la amplia discrecionalidad de los jueces en la materia) y de la síntesis que es la correcta aplicación del derecho armonizando los principios, normas internacionales y reglas, ponderadas en orden a la observancia de los derechos de primera, segunda y tercera generación. De modo que, en realidad no estamos frente a una especie de omnipotencia del judicialismo, por cuanto la interpretación que faculta el legislador al juez no concibe arbitrariedad alguna. A decir verdad, en esencia la desproporción en la aplicación de las normas pareciera obedecer más bien a una incorrecta metodología de resolución de conflictos entre derechos fundamentales.

En consecuencia, para arribar a la identificación de principios y reglas de modo que permitan una correcta aplicación de las metodologías de resolución de conflicto será necesario abordar tales normas.

### **3.1 Principios y reglas en causalidad**

Analizar la función de interpretación de las normas, llevada a cabo por vía del judicialismo, involucra considerar los principios que cimientan las garantías, derechos y amparos que la ley reconoce a la triada de sujetos (en calidad activa o pasiva según el caso) que concurren en el origen, desarrollo y consecuencias de los conflictos que emanan del ejercicio del conflictivo derecho de servidumbre minera.

Y es que, el ejercicio de este derecho para el concesionario y limitación para el dueño del predio superficial no tiene un carácter originario. Se trata más bien de un derecho derivativo y de carácter accesorio a la concesión de explotación (como se ha advertido), motivo por el cual referirse a los principios que marcan el régimen minero debe ser abordable en esta argumentación. Junto con ello, dado el carácter espacial y temporal de las normas en el ordenamiento jurídico, es imperativo referirse a los principios sostenedores del régimen ambiental.

Como hemos visto, en el capítulo del Marco institucional del Estado chileno, se examinó a modo contextual los principios que impregnan de contenido y por lo tanto influyen sobre el régimen minero. Así, es tiempo de referirse a los principios que erige la legislación minera como argumentación preponderante, cuyo pragmatismo ha dotado de autonomía el criterio de interpretación de los jueces titulares de la discrecionalidad en el marco del judicialismo.

En plena articulación se presentan tales principios con el sistema neoliberal que adoptó Chile en el orden económico. De esta forma, en una primera fase se encuentra el *principio de subsidiaridad del Estado*, que en su dimensión positiva habilita el *principio del interés general del Estado* para efectos de dar cumplimiento a la función de contribuir al desarrollo de la sociedad; para lo cual, ha de fomentar el desarrollo del *principio de libertad económica*

confluyendo los *principios de iniciativa, autonomía e inversión privada*; otorgando los mecanismos necesarios para concretar el *principio de seguridad jurídica* a los inversionistas privados, cuyo rol del Estado en esta fase comprende la dimensión negativa del principio de subsidiaridad del Estado.

La interpretación objetiva de este bloque de principios trasunta lo propugnado en el orden público económico, abordado en el capítulo N° 1 de este escrito “*Implicancias del Derecho de Propiedad y Garantía*”, de modo que, intentar buscar líneas de criterios alternativos no alberga mayor recepción. Es así que, conviene adentrarse en la interpretación axiológica de las normas que podrían concretar tales principios y comenzar a establecer el patrón de interpretación que se ha venido decantando e internalizando en el criterio que adoptan los jueces de tribunales ordinarios, al momento de decidir sobre el otorgamiento de la servidumbre minera.

Por cierto, se indicó anteriormente que la aplicación del Derecho minero va acompañada del Derecho medioambiental, mas no fue acogida por el legislador en forma conjunta. Varios motivos subyacen en esta obsolescencia. Uno de ellos, porque la adherencia a los tratados o convenios internacionales en la materia y su ratificación, fueron internalizados por Chile varios años después de la redacción y promulgación de la legislación minera. Sin perjuicio, de algunas normas ambientales excepcionales que serán abordadas en su momento. Es por esta razón, que los principios que sirven de base a la institucionalidad del Derecho ambiental, se examinarán en relación a los instrumentos de gestión con que cuenta el régimen medioambiental y que tienen plena aplicación en materia minera. Cabe señalar, que en la práctica estos instrumentos, en su acepción de herramientas generales y no taxativas, se presentan como un límite al orden público económico (en el contexto de la minería como actividad) atendido el principio de la Supremacía en el Interés Público (propuesto por Eduardo Astorga) en la Protección del Medio Ambiente.

### 3.1.1 Bases de la Institucionalidad Medio Ambiental

El artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República: “*El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”. Comprende la matriz de alternativas que van a dirigir las eventuales consecuencias, determinación fáctica, desarrollo e implementación de normas que habiliten el escenario óptimo para efectos de lograr la concreción del derecho en amparo.

De este modo, las diversas alternativas mencionadas corresponden a las herramientas de que se sirve el sistema medioambiental, para efectos de llevar a cabo los objetivos que contiene el artículo N°69 de la Ley N°19.300: poner en marcha las políticas públicas, programas y planes. Que permitan promover la protección los bienes jurídicos como la salud de las personas, la calidad de vida de la población, la preservación de medioambiente y la conservación del patrimonio ambiental. Por lo tanto, se trata de la forma en que se manifiestan las vías de acción para alcanzar el objetivo base.

De esta forma, cuando la tarea de predicción de riesgos se ha llevado a cabo de manera eficiente será necesario implementarla de modo eficaz, y esto se logra a través de una regulación ex ante. Como indica el profesor Eduardo Astorga el impacto y daño deberá ser contenido en la etapa anterior a su manifestación, dado que el costo de revertir esa situación, o al menos reparar, no sea mayor al costo de prevenir. Así es que, la regulación y control de riesgos en ningún caso debe ser post, puesto que de otro modo no tendría justificación lógica ni práctica.

Lo enunciado, corresponde a una manifestación del *principio preventivo* como valor moderador de la legislación medioambiental.

En cuanto a los instrumentos de gestión se presentan como una herramienta eficaz para la identificación y control de riesgos ambientales, dando cumplimiento a la premisa del régimen medio ambiental y de promoción de los objetivos de desarrollo sustentable y sostenible.

### **3.1.1.1 Instrumentos de Gestión**

Como se indicó, las herramientas que permiten gestionar las políticas públicas, planes y programas de carácter ambiental no son taxativas. Sino, más bien dinámicas dada las características del medio ambiente. Es por ello, que la creación de dichos instrumentos se basa en la identificación pragmática de puntos de riesgo o de apoyo, que se van incorporando o modificando en la medida que se requieran en espacio y tiempo. Por otro lado, los instrumentos de gestión se interrelacionan entre sí de forma que permiten obtener la sinergia necesaria para satisfacer la concreción de las directrices en su conjunto de políticas, planes o programas para lograr el objeto común.

En la Ley N°19.300 (en adelante LBGMA) se regulan una serie de instrumentos, los cuales se analizarán conforme la lógica de aplicación formal y material en lo tocante a la actividad minera.

El título II enmarca tales instrumentos<sup>37</sup> que a continuación se analizan:

#### **A) Educación e Investigación**

En el Párrafo 1° De la Educación y la Investigación los artículos N°s 6 y 7 habilitan la permeabilidad del principio Participativo y de Equidad, de lo cual subyacen el principio de información y educación. De esta última, la educación ambiental entendida a todo nivel, es decir de planes que comprendan la difusión de contenido ambiental de forma organizada, estructurada y pedagógica, como podría ser a través de programas de estudio impartida a los diversos grupos intermedios de la sociedad como la familia, jardines, colegios, universidades, comunidades<sup>38</sup> y otros grupos en sus diversas figuras jurídicas, cuya instrucción y

---

<sup>37</sup> Cabe indicar, que los instrumentos de gestión a los cuales haremos mención serán solo los relevantes para el objeto de este estudio, de modo que, la enumeración solo tiene un fin esquemático.

<sup>38</sup> El convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo propugna la participación de los pueblos indígenas y tribales en la formulación de políticas que impliquen ámbitos de su interés. En

comunicación, a través de los distintos medios que provee la tecnología o de los medios tradicionales, permiten que la información no solo sea conocida, sino que comprendida e interpretada de forma eficiente entre los destinatarios. De modo que, de esa interpretación se concilie la impregnación de conocimiento en materia medio ambiental, promueva la adecuación y prácticas de planes o programas de manejo sustentable, favorezca la creatividad e innovación. Lo cual, sin duda da origen a nuevas formas y posibilidades de implementar modelos de desarrollo social-ambiental apoyado por los fondos de investigación científica y desarrollo tecnológico y social (a través de los recursos asignados en la Ley de Presupuesto de la Nación u otros). De esta forma, se evita la asimetría de información permitiendo el cumplimiento del *principio participativo* toda vez que la difusión es completa y no segmentada. Ello permite, que todas las personas sean potenciales colaboradores a través de la participación, propuesta y promoción de prácticas que favorezcan el desarrollo ambiental sostenido y sustentable. De manera que, promueve el *principio de equidad* ya que todas las personas podrán participar en igualdad de condiciones, con una base de información mínima como fundamento de discusión y sin privilegios o menoscabo en su derecho de información.

## **B) Evaluación Ambiental Estratégica**

En el Párrafo 1° bis De la Evaluación Ambiental Estratégica los artículos 7° (bis, ter y quáter), de imperativa observancia según el artículo N°8 inciso 4°, de la LBGMA disponen las directrices que rige todo diseño, creación o modificación de una política, plan o programa que tenga impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad. Este instrumento, implica una manifestación del *principio participativo* y *principio de sostenibilidad* ya que cada proyecto que comprenda la materia referida a la política en cuestión, a iniciativa del presidente de la república y la comisión de ministros de la sustentabilidad, deberá

---

otras palabras, evita que se margine de la decisión y adopción de políticas públicas a comunidades afectadas en sentido amplio. Una manifestación en el régimen ambiental chileno es la consulta indígena obligatoria en la tramitación de solicitudes de calificación ambiental para proyectos de diversa índole que pudiere afectar a dichas comunidades en sus diversas esferas.

obligatoriamente ser sometida a publicación y comunicación a todos organismos sectoriales con competencia ambiental vinculados a la materia objeto de la evaluación. Ello, para que tales organismos se pronuncien a través de un informe, que comprenderá los requisitos establecidos en el reglamento de evaluación estratégica ambiental Decreto N°32<sup>39</sup>, con el resultado del examen que exhaustivamente hicieren al proyecto o estudio, indicando las observaciones, consideraciones y criterios referidos al diseño de la política, plan o programa.

Con todo, las políticas o planes reguladores de ordenamiento territorial siempre deberán someterse a este instrumento. Toda vez que, implica materia referente a planes regionales o reguladores, comunales, intercomunales, manejo integrado de cuencas, territorio marítimo entre otros. Por último, la gestión de este instrumento es administrado por el Ministerio de Medioambiente apoyado por los sistemas de información electrónica destinados a la consulta y seguimiento del procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica de políticas, planes y otros instrumentos de planificación territorial.

### **C) Evaluación de Impacto Ambiental**

En el párrafo 2° De la Evaluación de Impacto Ambiental los artículos N° 8 al 25 sexies establecen los lineamientos por los cuales se va a regir este instrumento de gestión ambiental. Antes bien, conviene observar la importancia de esta herramienta ya que comporta la orquesta entre el *principio preventivo, principio precautorio, principio contaminador-pagador, principio de la graduación, principio de responsabilidad medio ambiental, principio participativo, principio de equidad, principio de la sostenibilidad, principio de la equidad intergeneracional en el acceso a los recursos naturales.*

---

<sup>39</sup> El Decreto N°32 año 2015 (*artículo 1°: Establece las disposiciones que regulan el procedimiento para la aplicación de la Evaluación Ambiental Estratégica, de conformidad con lo preceptuado en la ley N° 19.300*) comprende los lineamientos de pronunciación de los organismos sectoriales con competencia ambiental en la materia correspondiente como la forma de consulta y coordinación: el plazo, procedimiento y forma en que se someterá a participación y publicidad.

Así pues, se desarrolla el principio preventivo en tanto que la identificación de riesgos y contención de efectos irreversibles se ejecuta ex ante. Lo que a juicio del profesor Eduardo Astorga, es de toda lógica considerando que el costo de revertir tales efectos será mayor en términos económicos, humanos y ambientales si se realiza una regulación ex post, como acontece en la fiscalización. De ello, enfatiza prestar atención a instrumentos de prevención como la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA).

Por otro lado, el principio precautorio que, además, se encuentra consagrado a nivel internacional en el Convenio Marco de Naciones Unidas por el cambio climático (artículo N°3 de los principios, tercer numeral) esboza de manera imperativa: *“Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”*. De esta forma, una vez que se han identificado las actividades o procesos, acciones u omisiones que impliquen al menos uno de los efectos determinados por ley, como acontece en las leyes en análisis (LBGMA y Ley N°20.417 respectivamente), la necesidad de cautela o precaución ya es no discutible ante la iniciativa o modificación de un proyecto cuya tipología se encuentre entre los numerales 10° y 11° de la LBGMA, que más adelante se analizaran.

En otras palabras, en el escenario de tales normas la necesidad de aplicación es la regla general de modo que la institución de Declaración de Impacto Ambiental siendo somera viene a ser la excepción. Que, por lo demás a juicio del profesor Eduardo Astorga es un error destinar recursos a la regulación ex post como acontece en la fiscalización que deberá llevar la Superintendencia del Medioambiente y otros organismos con competencia ambiental en la vigilancia del cumplimiento de mecanismos sometidos a su conocimiento. Por lo tanto, la institución de Estudio de Impacto Ambiental es coherente con la precautoriedad dado el requisito de eficiencia establecido en el artículo N°12 LBGMA la letra e) ejemplifica tal principio al disponer: *“Las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente”*.

Al respecto, en la actividad minera tales principios se manifiestan en la medida en que el beneficio de minerales implica actividades o labores que de forma inherente producen consecuencias en el medio ambiente. Debido a la necesidad de abarcar la mayor parte de actividades lesivas, el legislador va incorporando paulatinamente normas atinentes a amparar y proteger los bienes jurídicos afectados en este tipo de labores.

De lo anterior, corresponde iniciar el estudio de las normas a las cuales debe dar cumplimiento un determinado concesionario minero cuando pretenda llevar a cabo un proyecto minero. Ello, por mandato de la normativa ambiental interna, de aplicación territorial y temporal determinada. Y de las normas internacionales según la vinculación establecida en virtud del artículo N°5 inciso 2° de la Constitución Política de la República.

A su vez, menester es referirse a la extensión de la obligatoriedad de cumplimiento de ésta normativa, considerando la hipótesis de exención del imperativo ante proyectos que no son alcanzados por esta obligación de cumplimiento. Es así, como en primer término el Reglamento de Seguridad Minera<sup>40</sup> establece el precepto de cumplimiento normativo ambiental en su artículo N°67<sup>41</sup> y con énfasis la vinculación en el inciso 2° *“Pero, el Servicio no podrá emitir su Resolución Aprobatoria mientras La Empresa Minera no presente la Resolución emitida por la COREMA (...)”*<sup>42</sup>. Conforme al tenor del inciso expresado, se

---

<sup>40</sup> Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Decreto Ley 132 Reglamento Seguridad Minera. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221064&r=1>>

<sup>41</sup> *Ídem*, artículo 67.- La Empresa Minera, junto con la presentación del proyecto de explotación, enviará al Servicio la Resolución exenta emitida por la COREMA respectiva, donde se señale la aprobación del proyecto de explotación, desde la perspectiva ambiental. Esta resolución ambiental aprobatoria, constituirá requisito fundamental para la aceptación del proyecto presentado. No obstante, y para agilizar los trámites previos al inicio de la construcción del proyecto, la Empresa Minera podrá presentar antes de la aprobación por la COREMA respectiva, su proyecto minero al Servicio para que éste lo estudie y señale cambios o solicite mayores antecedentes, si corresponde. Pero, el Servicio no podrá emitir su Resolución Aprobatoria mientras La Empresa Minera no presente la Resolución emitida por la COREMA, donde se señale la aprobación del proyecto de explotación, desde la perspectiva ambiental.

<sup>42</sup> Nótese que la norma se refiere a la COREMA organismo que hasta el año 2010, con la entrada en vigencia de la Ley 20.417, desaparece para dar paso a la nueva institucionalidad medioambiental compuesta por el Ministerio de Medioambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación Ambiental.

colige a través del conector de negación “*Pero*”, que el cumplimiento de la normativa ambiental para nuevos proyectos mineros siempre es obligatorio mientras se encuentre en los casos establecidos en la LBGMA ya referidos.

En segundo término, para los proyectos mineros que se encontraban en desarrollo al momento de entrar en vigencia la norma en análisis, lamentablemente no tienen la obligación de someterse a una Evaluación de Impacto Ambiental. Ahora bien, podrían someterse voluntariamente a este proceso según artículo N°9 LBGMA. Sin embargo, aunque se trate de un proyecto exento, dada la condición inferida anteriormente, en el evento que éste se requiera modificar, alterar o extender deberá necesariamente someterse a la Evaluación de Impacto Ambiental y dar cumplimiento, si procede, a los permisos ambientales sectoriales (PAS) que se verifiquen por los demás organismos de la administración del estado con competencia ambiental.

Con todo, la fiscalización que las autoridades con competencia ambiental deban llevar a cabo, a efectos de dar cumplimiento a sus funciones, no será eximible para ningún tipo de proyecto. En efecto, para el caso de un proyecto que esté dentro de la esfera exenta será inocua la época de inicio del proyecto y/o desarrollo de las faenas mineras, ya que siempre estará sometido a fiscalización.

Luego, resulta necesario referirse al procedimiento de tramitación para obtener una concesión minera de exploración o explotación. A través, de la actuación del Servicio Nacional de Geología y Minería<sup>43</sup> como órgano de la administración del estado encargado de llevar a cabo las tramitaciones que implique la actividad minera y que les han sido encomendadas por ley. De manera que, las normas que requieren la actuación del SERNAGEOMIN corresponden al Código de Minería, Reglamento del Código de Minería, Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, Ley sobre Patente Minera Especial para Pequeños Mineros y Mineros artesanos, Reglamento Depósitos de Relaves, Ley que regula el Cierre de Faenas Minera, Reglamento de la Ley de Faenas e Instalaciones Mineras.

---

<sup>43</sup> Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Decreto Ley 3.525 Servicio creado el 26 de noviembre de 1980. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7160&idParte=8629045&idVersion=>>

Por ende, el SERNAGEOMIN en el desempeño de sus objetivos estratégicos<sup>44</sup> número 4 debe asistir a las demás autoridades con competencia medioambiental en el proceso de evaluación de impacto ambiental y en la ejecución del programa de fiscalización ambiental; número 1 requerido en el procedimiento de tramitación para la constitución de concesiones mineras. De cuyos productos estratégicos, comprenden en sentido restringido realizar las fiscalizaciones a las faenas y depósitos de relaves mineros; asesoría a tribunales para la tramitación de constituciones de concesiones mineras; asesoría a las demás autoridades (se encuentra el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental y la Superintendencia del Medioambiente) con materia ambiental, en lo referido a emitir opiniones técnicas relacionadas al cumplimiento normativo de los proyectos con impacto en materia ambiental.

En consecuencia, corresponde profundizar sobre las actividades mineras que generan impacto medioambiental.

Primero, resulta necesario dejar establecido que la consecuencia de impacto ambiental no es absoluta para este instrumento. En otras palabras, a pesar de partir sobre la base que toda la actividad minera de manera intrínseca generará un impacto medioambiental, tal premisa no es suficiente para someter al proyecto o actividad que se pretenda desarrollar, dentro del ámbito minero, a una Evaluación de Impacto Ambiental. Ya que, además, deberá ser susceptible de causar impacto ambiental. Es así, como la obligación de someterse a un Estudio o Declaración de Impacto ambiental sólo se aplica cuando tales impactos sean susceptibles de causar daño a los bienes jurídicos establecidos en el artículo N°2 letra m) de la ley N°19.300 sobre bases generales del medioambiente. Es decir, cuando exista riesgo a la salud de las personas, riesgo a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental. En este contexto, la misma ley establece en su artículo N°10 las tipologías de carácter minero que deberán someterse a Evaluación de Impacto Ambiental a través del Servicio de Impacto Ambiental (SEIA en adelante). Consecuentemente, el artículo siguiente indica cuando esa actividad minera, que está comprendida en el artículo anterior, deberá someterse a una Declaración de Impacto

---

<sup>44</sup> Servicio Nacional de Geología y Minería. Opción Institucional. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.sernageomin.cl/mision-y-vision-institucional/>>

Ambiental (DIA) o un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) atendida la graduación de impacto en los bienes jurídicos en protección.

De esta forma el artículo N°8 de la Ley N° 19.300 establece la obligación de los proyectos a someterse a una EIA y como consecuencia el artículo N°10 enuncia las tipologías susceptibles de impacto ambiental que obligatoriamente deberán comprender una tramitación a través del SEIA, estos son (se mantiene la letra asignada en la ley):

- a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas;
- i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda;
- j) Oleoductos, gasoductos, ductos mineros u otros análogos;
- r) Proyectos de desarrollo, cultivo o explotación, en las áreas mineras, agrícolas, forestales e hidrobiológicas que utilicen organismos genéticamente modificados con fines de producción y en áreas no confinadas. El reglamento podrá definir una lista de especies de organismos genéticamente modificados que, como consecuencia de su comprobado bajo riesgo ambiental, estarán excluidos de esta exigencia. El mismo reglamento establecerá el procedimiento para declarar áreas como libres de organismos genéticamente modificados.

Sin embargo, ante la generalidad expresada será necesario dirigirse a la norma especial que aclara en que situación o escenario la tipología enumerada en el artículo N° 10 es requerida específicamente dentro de la naturaleza de la labor minera, a través de lo que señala el artículo N°3 del Decreto Ley N°40 en las letras a), i), j) y r).

Ahora bien, para determinar la susceptibilidad de las causales materiales mencionadas conforme a la obligación de presentar una Declaración de Impacto Ambiental o un Estudio de Impacto Ambiental, debemos dirigirnos al artículo N°11 de la LBGMA que contiene las

causales<sup>45</sup> de necesidad de protección, bastando al menos una para entrar a la esfera de susceptibilidad de afectación a los bienes jurídicos protegidos en materia medioambiental. Al respecto, para verificar el riesgo y efectos de las causales a) y b) se aplicarán las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes, y a falta de ellas las normas vigentes en los Estados que señale el DL N°40 en su artículo N°11.

Ahora bien, para cuantificar la afectación material de las causales indicadas cuyo origen sea la actividad minera, nos enfocaremos específicamente a las causales b) y d) del artículo N°11 de la LBGMA atendiendo a las consecuencias del beneficio de minerales en virtud de una servidumbre minera.

### **3.1.1.2 Suelo**

Para analizar la afectación material de este recurso natural, se estudiará en orden a la investigación realizada por determinados servicios en cuanto órganos de la administración del estado con competencia ambiental. Por lo tanto, será el caso del Servicio Ganadero Agrícola (SAG) dada la facultad y atribución de protección sobre el recurso suelo según la Ley N° 18.755<sup>46</sup>, utilizando la Guía de Evaluación Ambiental del Recurso Natural Suelo<sup>47</sup> ;

---

<sup>45</sup> Ley N° 19.300, artículo N°11 Bienes jurídicos afectados: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, pertenecientes al patrimonio cultural.

<sup>46</sup> Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Ley N° 18.755 Sobre el Servicio Agrícola y Ganadero año 1988. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30135>>

<sup>47</sup> Servicio Agrícola Ganadero del Ministerio de Agricultura. Guía de evaluación ambiental: Recurso natural suelo. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en

de la Guía de Proyectos Mineros cobre, oro y plata del Servicio de Evaluación de Impacto Medioambiental<sup>48</sup> y de la normativa ambiental vigente.

Para verificar las causales de necesidad de protección mencionadas, se atiende a lo establecido en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental título *II De la Generación o Presencia de Efectos, características o circunstancias que dan origen a la necesidad de presentar un estudio de impacto ambiental*. Pues bien, con respecto a la causal de la letra b) de la LBGMA del artículo N°11, ésta se verifica en el artículo N°5 letra c) y d), y artículo N°6 letra a) de la Ley en estudio DL N°40. En este caso se considerará la exposición de los contaminantes según las cantidades susceptibles de causar daño establecidas en las normas de calidad y emisión correspondientes y a falta de esta se podrán aplicar las normas de calidad y emisión de los estados enunciados en el artículo N°11 del reglamento DL N°40, como se ha indicado anteriormente.

De los efectos adversos se hace cargo el artículo N°6 inciso 3° considerando:

*“Se entenderá que el proyecto o actividad genera un efecto adverso significativo sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire si, como consecuencia de la extracción de estos recursos; el emplazamiento de sus partes, obras o acciones; o sus emisiones, efluentes o residuos, se afecta la permanencia del recurso, asociada a su disponibilidad, utilización y aprovechamiento racional futuro; se altera la capacidad de regeneración o renovación del recurso; o bien, se alteran las condiciones que hacen posible la presencia y desarrollo de las especies y ecosistemas. Deberá ponerse especial énfasis en aquellos recursos propios del país que sean escasos, únicos o representativos.”*

El análisis de impactos, de éste artículo, referente a los efectos adversos significativos sobre recursos naturales renovables que implican especialmente al suelo, se evidencia en la

---

<[https://www.sag.gob.cl/sites/default/files/guia\\_evaluacion\\_ambiental\\_recurso\\_natural\\_suelo\\_2019.pdf](https://www.sag.gob.cl/sites/default/files/guia_evaluacion_ambiental_recurso_natural_suelo_2019.pdf)>

<sup>48</sup> Servicio de Impacto Ambiental. Guía de Proyectos Mineros cobre, oro y plata. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <[https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/01/25/guia\\_proyectos\\_mineros\\_cobre\\_oro\\_plata.pdf](https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/01/25/guia_proyectos_mineros_cobre_oro_plata.pdf)>

letra a) **La pérdida de suelo o de su capacidad para sustentar biodiversidad por degradación, erosión, impermeabilización, compactación o presencia de contaminantes.** Que a continuación se analiza:

La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura<sup>49</sup>, señala lo que se entiende por degradación del suelo en concordancia con el criterio de Evaluación de la Degradación del Suelo en Tierras Secas (LADA)<sup>50</sup>: *“Un cambio en la salud del suelo resultando en una disminución de la capacidad del ecosistema para producir bienes o prestar servicios para sus beneficiarios.”*

La Oficina de Estudios y Políticas Agrarias<sup>51</sup> en el estudio de Degradación de suelos agrícolas<sup>52</sup> indica que comprende la afectación al terreno, al tenor: *“La degradación del suelo no es otra cosa que la reducción de la capacidad del suelo para mantener una productividad sostenida. La sostenibilidad no implica necesariamente una estabilidad continua de los niveles de productividad, sino más bien la resiliencia de la tierra; en otras palabras, su capacidad para recuperar rápidamente los niveles anteriores de producción o para retomar la tendencia de una productividad en aumento después de un período adverso a causa de sequías, inundaciones o abandono, mal manejo humano, entre otros factores”*<sup>53</sup> (el subrayado es nuestro).

---

<sup>49</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Portal de Suelos de la FAO. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <<http://www.fao.org/soils-portal/soil-degradation-restoration/es/>>

<sup>50</sup> Land Degradation Assessment in Drylands. Se trata de una metodología diseñada en el año 2003, con apoyo de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura para la medición de degradación de suelos en base a tecnologías espaciales y temporal que será difundida a través de mapas y parámetros entre otros. [Fecha de consulta: 19 de septiembre de 2019]. Disponible en <[http://www.fao.org/tempref/agl/agll/docs/lada\\_s.pdf](http://www.fao.org/tempref/agl/agll/docs/lada_s.pdf)>

<sup>51</sup> Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Ley N° 19.147 Crea la oficina de estudios y políticas año 1992. [Fecha de consulta: 13 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30514>>

<sup>52</sup> Oficina de Estudios y Políticas Agrarias. artículo Degradación de suelos agrícolas y el SIRSD – S año 2013. [Fecha de consulta: 13 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.odepa.gob.cl/wp-content/uploads/2013/10/SueloAgricola201310.pdf>>

<sup>53</sup> *Ídem*. Pp 1.

Cabe destacar, que este organismo de estudios establece la degradación de suelos como la consecuencia final de la concurrencia de fenómenos de aspectos físicos, químicos y biológicos que se traducen en un impacto directo a la aptitud de resiliencia que tuviera originalmente la tierra. Por lo tanto, comprende fenómenos como la erosión, afectación por contaminantes, acidez, salinidad, alcalinidad. En consecuencia, ello implica la pérdida de nutrientes orgánicos como carbono, fósforo, y la inevitable degradación total. Toda vez que, el suelo es un recurso altamente vulnerable a la acción antrópica y a las condiciones de variabilidad climática global. De esta forma, define la erosión como el desgaste de la superficie terrestre por actos de la naturaleza o humanos. De este último, podría ser a través de prácticas incorrectas de uso y manejo.

El Servicio de Evaluación Ambiental como organismo encargado de la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, además, de uniformar criterios entre los distintos órganos de la administración del estado con competencia ambiental (OAECA) que participan en la evaluación de efectos significativos sobre los bienes jurídicos protegidos con carácter ambiental; dictar instrucciones compuestas por guías<sup>54</sup> de elaboración propia. Imparte las directrices centrales para llevar a cabo la evaluación los efectos adversos significativos sobre los componentes del medio ambiente y/o recursos protegidos. Precisamente, es en base a esta función y de sus respectivas herramientas que se podrá examinar el alcance real de una servidumbre minera y, por lo tanto, verificar si los efectos se condicen con la denominada *Transitoriedad* de este gravamen sobre el predio superficial.

Así, es dable la mención de instrumentos de gestión en relación a normas de calidad y de emisión establecidas para la materia. Y especialmente sobre la base que establece el SEA, en virtud de las guías atinentes para verificar la existencia de los efectos adversos sobre el suelo, de recursos renovables u otros componentes medioambientales que se vean afectados por el desarrollo de la actividad minera en el uso de la servidumbre en estudio. Debido a que, confluyen en el impacto real y en los efectivos perjuicios al dueño del predio superficial. Es

---

<sup>54</sup> Servicio Evaluación Ambiental. OF.ORD N° 151276 Imparte instrucción sobre el uso de las guías elaboradas por el SEA. [Fecha de consulta: 13 octubre 2019]. Disponible en <[https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration\\_files/of\\_sea\\_ndeg151276\\_de\\_2015\\_instruye\\_uso\\_guias.pdf](https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/of_sea_ndeg151276_de_2015_instruye_uso_guias.pdf)>

por ello que la letra a) en análisis comprende recursos renovables incluidos el suelo, agua y aire. Ya que, finalmente la afectación podrá ser singular o extensiva a múltiples recursos o componentes y afectar de modo permanente el suelo superficial y sus componentes.

Así, el SEA en la identificación de los impactos potenciales<sup>55</sup>, prescritos en el artículo y letra en análisis, define la erosión como: *“la modificación de condiciones que provocan la pérdida de la mantención del suelo in situ y el movimiento de sus partículas de un sitio a otro. La erosión del suelo puede generar el deterioro de sus propiedades como la fertilidad”*<sup>56</sup>

De la compactación del suelo identifica como impacto potencial, la consecuencia en el agua: un cambio en la escurrentía o aporte de agua al flujo de un río, lo que genera un impacto en la cantidad de agua del éste, en la cantidad de agua subterránea o en la calidad del agua. Esto puede generar impactos en el suelo marino o de suelo aguas superficiales ocasionando un cambio en las propiedades físicas, químicas o microbiológicas del suelo, como en el contenido de materia orgánica, PH y concentración de sustancias químicas<sup>57</sup>. Al respecto, cabe destacar que la evaluación de impactos se realiza según mandato del artículo N°2 letra h) bis de la Ley N° 19.300 en relación a que tal evaluación se debe extender a todos los efectos en cascada o derivados del original. Y de ello, la relación entre agua-aire-suelo-biota.

Ahora bien, con respecto a la letra c) La magnitud y duración del impacto del proyecto o actividad sobre el suelo, agua o aire en relación con la condición de línea de base. Letra f) El impacto generado por la utilización y/o manejo de productos químicos, residuos, así como cualesquiera otras sustancias que puedan afectar los recursos naturales renovables.

---

<sup>55</sup> Servicio Evaluación Ambiental. Guía recursos naturales año 2015. [Fecha de consulta: 13 octubre 2019]. Disponible en <[https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2016/02/08/guia\\_recursos\\_naturales.pdf](https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2016/02/08/guia_recursos_naturales.pdf)>

<sup>56</sup> *Ídem*. Pp.19

<sup>57</sup> *Ídem*. Pp.25

## **D) Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental**

La participación a gran escala comprende uno de los principios inspiradores de la nueva institucionalidad medioambiental. En tanto que, el principio participativo es transversal a todas las instituciones que persigan como objeto satisfacer el cumplimiento de la legislación ambiental vigente. De ahí que, tal principio se exprese en varios instrumentos de gestión, como podemos ver en el artículo N°14 de la LBGMA letra d) contiene materialmente el objeto del principio participativo. Y es que, a través de este instrumento se propicia el ejercicio de tal principio. De manera análoga, el artículo N°18 quáter prescribe que el Director Ejecutivo deberá abrir un periodo de participación ciudadana para DIA letra c); en el artículo N°25 quáter la resolución que califique favorablemente el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental deberá ser notificada al proponente, informada a la Superintendencia del Medio Ambiente, a la comunidad y a todos los organismos que hayan participado del proceso de calificación ambiental.

Con respecto al párrafo 3° destinado en la ley LBGMA que comprende el principio en análisis de manera explícita. Los artículos N°s 26 al 30 ter comprenden de qué forma se ejerce la participación ciudadana estableciendo el procedimiento aplicable dentro del marco de un EIA o DIA respectivamente. Luego, el principio está relacionado directamente con el derecho a la información. El artículo N° 27 señala que toda persona natural o jurídica podrá imponerse a los antecedentes relacionados a los proyectos sometidos a tramitación por el servicio. En su inicio, a través de la respectiva publicación en el Diario Oficial con los antecedentes identificativos y característicos de todo proyecto para su acertada inteligencia, dentro los diez días desde su presentación. Sin perjuicio, del derecho a reserva por el tiempo necesario por el solicitante, dando satisfacción al derecho a desarrollar cualquier actividad económica artículo N°19 numeral 21 de la carta fundamental, cuando del ejercicio sea plenamente procedente el derecho de propiedad intelectual a efectos de dar protección a los derechos que subyacen de esta garantía.

Atento a lo anterior, decíamos que de la publicación inicia el ejercicio de la participación ciudadana, a través de las observaciones que podrá formular la comunidad, en sentido amplio, al proyecto determinado en un plazo de 60 días según lo que establece el artículo N°29 de la LBGMA. El que se podría abrir por otros 30 días más en el caso que un Estudio de Impacto Ambiental hubiera sido objeto de aclaraciones, rectificación o ampliación.

De las observaciones que la ciudadanía hubiere impetrado a un proyecto sometido a una EIA, deberán ser resueltas y publicadas hasta 5 días antes de la pronunciación de la RCA. En caso contrario, de no ser resueltas en el procedimiento por el servicio se dispone el recurso de reclamación en los términos del artículo N°20 de la LBGMA, pero en el solo efecto devolutivo.

Antes bien, al tratarse de una DIA el Director Ejecutivo o la Comisión de Evaluación con el objeto de mantener debidamente informada a la ciudadanía. Los primeros 10 días del mes deberá publicar los proyectos que en el mes anterior se hayan sometido a esta tramitación. A través de la publicación del extracto del EIA para su acertada inteligencia, acto seguido la ciudadanía podrá formular sus respectivas observaciones o consideraciones en un plazo de 60 días, cabe señalar que esta es la única instancia de participación de la comunidad para incidir de alguna forma en el citado proyecto. Para el caso de publicación de una DIA, a petición de 10 personas naturales a lo mínimo o dos organizaciones con personalidad jurídica, se podrá abrir un periodo de participación ciudadana por 20 días. Tarea llevada a cabo por los directores regionales o el Director Ejecutivo. Si es voluntaria serán 10 días.

#### **E) Normas de Calidad Ambiental y de la Preservación de la Naturaleza y Conservación del Patrimonio Ambiental.**

En el párrafo 4° los artículos N°s 32 al 39 establecen el procedimiento de creación, evaluación o revisión de normas de calidad primarias y secundarias. Las primeras, de aplicación general sobre el territorio nacional. Comprenden la definición de situaciones que originan situaciones de emergencia. Estas, podrán ser iniciadas por el Ministerio de Salud y dictadas en un plazo no superior a 5 años por el Ministerio del Medio Ambiente, y en el caso

en que éste decida no acogerlas a tramitación se deberá pronunciar antes del plazo. Con respecto, a las normas de calidad secundarias mantiene la función de tramitación el Ministerio del Medioambiente, su alcance territorial es específico y su objetivo la preservación de naturaleza.

Tanto las normas primarias como secundarias se dictarán por decreto supremo llevando la firma del Ministro de Medio Ambiente y del Ministerio de Salud o del ministerio que corresponda a la materia objeto de la norma. El objeto de estas normas será asegurar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación consagrado en el artículo N°8 numeral 19 de la carta fundamental.

La dictación de normas de calidad ambiental considera las siguientes etapas: análisis técnico y económico, desarrollo de estudios científicos, consultas a organismos competentes, públicos y privados, análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad.

En otro aspecto, el artículo N°35 señala la forma de incentivar la preservación de áreas protegidas, de la biodiversidad y conservación del patrimonio ambiental en propiedad privada, a través del derecho real de conservación que rige la Ley N°20.930 sujeto a obligaciones y cargas. La constitución de este derecho es voluntaria y bajo resolución dictada por el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNASP) administrada por La Corporación Nacional Forestal. Mediante este sistema, el propietario deberá reducir la resolución a escritura pública e inscribirla para efectos de publicidad en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces competente. El derecho, podrá terminar por plazo, incumplimiento o a petición, con posible multa en los últimos dos casos. Por último, el artículo N°39 establece que la ley velará por que el uso del suelo se realice en forma racional, a fin de evitar su pérdida y degradación.

## F) Normas de Emisión

En el Párrafo 5° De las Normas de Emisión el artículo N°40 señala brevemente cual es el ámbito de acción de estas normas. Que, de forma análoga se dictan conforme a lo indicado en el artículo N°32. Estos instrumentos de regulación, se aplican por sector dentro del territorio nacional mas no son de aplicación general. Sobre el particular, se manifiesta en este instrumento el *principio de gradualidad*<sup>58</sup> señalado por el Profesor Eduardo Astorga. En el sentido, que la ley dispone de la discrecionalidad necesaria a los órganos con competencia en esta materia, para que considerando las condiciones y características ambientales propias de una zona determinada podrán utilizar las mejores técnicas disponibles y de la misma forma definir el criterio para determinar los valores o parámetros exigibles en la norma, cuando corresponda. Es en esta determinación de normas y fijación de objetivos, en donde se debe propender a una amplia consideración de las posibilidades reales de cumplimiento de la norma de emisión en un sector determinado. Es decir, la aplicación de normas y su respectivo cumplimiento deberán ser definidas con plena observancia a la situación cultural, social y económica del país o más bien del sector al que se pretende abordar. Ya que, de otra forma, se trataría de normas inocuas como ocurrió con la norma de emisión<sup>59</sup> de arsénico.

---

<sup>58</sup> ASTORGA JORQUERA, Eduardo, Derecho Ambiental Chileno (Parte General). 4ª edición actualizada, colección tratados y manuales. Thomson Reuters. 2014. Pp. XI-XV. Pp. 15

<sup>59</sup> Algunas normas de emisión corresponden a la Ley 9618 del año 1950 destinadas a proyecto minero de beneficio de petróleo para obras, instalaciones o actividades; Reglamento Decreto Supremo N° 148 año 2004 Regula el manejo de residuos peligrosos; Decreto Supremo N° 288 año 1969 Reglamento sobre Sistema de tratamiento primario de aguas servidas mediante estanques séptico prefabricados. Ministerio de salud; Decreto Supremo N° 248 año 2007 Reglamento aplicación proyectos diseño, construcción, operación cierre de relaves. Ministerio de Minería; Decreto Supremo N° 144 año 1961 Normas Evitan emanaciones o contaminantes atmosféricos. Ministerio de Salud; Decreto Supremo N° 1 año 2013 Reglamento de Emisiones y transferencias de contaminantes. Ministerio de Medio Ambiente.

### **G) Planes de Manejo, Prevención o Descontaminación**

El párrafo 6° trata un instrumento que es transversal a otros instrumentos de gestión. Se aplica por área, proyecto o actividad; en proporción y plazos. El Ministerio del Medio Ambiente (elabora y propone) exige a los Organismos de la Administración del Estado con competencia ambiental<sup>60</sup> (OAECA) la presentación y cumplimiento de planes sobre: a) Mantenimiento de caudales de aguas y conservación de suelos; b) Mantenimiento del valor paisajístico; c) Protección de especies clasificadas según artículo N°37.

Los planes de manejo no se aplican a los EIA y DIA ya aprobados. Su objeto es regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada. El artículo N°43 indica que la declaración de una zona del territorio como saturada o latente, cuyo cumplimiento del plan de descontaminación o prevención es obligatorio, se hará por decreto supremo que llevará la firma del Ministro del Medio Ambiente más la del ministro que corresponda sectorialmente. De manera análoga, se dejan sin efecto, ello, sin perjuicio de la continuación del artículo N°45 letra f) que podrá continuar por un plazo máximo de 2 años más. Este instrumento, permite utilizar otros instrumentos como las normas de emisión e impuestos entre otros. Por último, a los actos administrativos que se dicten por los Ministerios o servicios. El artículo N°48 bis indica que para la ejecución o implementación de normas de calidad, emisión y planes de prevención o descontaminación señalados en tales instrumentos deberán contar siempre con un informe previo del Ministerio del Medio Ambiente.

---

<sup>60</sup> Entre los organismos con competencia ambiental se encuentran: la Dirección General de Aguas (DGA), el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU), Ministerio de Obras públicas (MOP), Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Energía, Ministerio de Salud, Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), Ministerio de Minería, Dirección de Obras Hidráulicas (DOH), Subsecretaría de Fuerzas Armadas, Corporación Nacional Forestal (CONAF), Consejo de Monumentos Nacionales y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

### 3.1.2 ¿Antinomias en el Derecho minero?

*“La ignorancia es la causa principal de las desgracias de los hombres y, por eso, cuando sus nieblas se disipen, «la legislación positiva deberá ser tan sólo declarativa de las leyes naturales... no deseará ni podrá desear leyes positivas perjudiciales para la sociedad o para el soberano». Por tanto, «la razón esclarecida por el conocimiento evidente de las leyes naturales, constituye la regla del mejor gobierno posible». La calidad de las leyes depende, pues, de una voluntad política guiada por las luces de la razón; el paradigma epistemológico dominante se traslada al Derecho diseñando un modelo ideal de ley que luego se convierte en realidad merced a la propia fuerza transformadora de la razón asentada en los tronos ilustrados.”<sup>61</sup>*

En el capítulo N°1 del Marco Institucional del Estado Chileno, *Naturaleza del derecho de propiedad* y de *Las Implicancias del derecho de propiedad y garantía*, hemos podido observar cual es la causa que habilita la preminencia entre derechos de la misma naturaleza y alcance (derecho de concesión y derecho de propiedad), empero, el marco normativo e institucional del derecho de propiedad. En tanto que, sabemos que este derecho tiene la naturaleza de derecho fundamental y constitucional por tratarse de un derecho individual cristalizado en la Constitución Política con la finalidad de otorgar la respectiva garantía. A esta idea, no es inocuo recordar el alcance de una norma constitucional atendiendo a su respeto inherente y permanente por sobre otras normas contenidas en el ordenamiento jurídico. Lo cual, implica la facultad del Estado, a través de los poderes del estado: legislativo y ejecutivo, de establecer la forma en que se ha de obtener, ejercer, limitar y extinguir sus facultades de manera parcial o total. Así, las bases de este derecho se encuentran establecidas en el artículo N°19 numeral 23 “*derecho a la propiedad*” y numeral 24 “*derecho de propiedad*” de la Constitución Política.

---

<sup>61</sup> SANCHÍS PRIETO, Luis. “Ley principios, derechos”. Editorial Bartolomé de las Casas 1998. Pp 17.

Como primer punto, se destaca que la aludida institución contempla el derecho para adquirir toda clase de bienes con la única limitación que debe contener causa y objeto lícito. Por lo tanto, comprende cosas corporales, incorporales, tangibles o intangibles. Es decir, cosas o derechos de manera parcial o total, y bajo las múltiples figuras. En cuanto derecho real: plena propiedad, nuda propiedad, usufructo, propiedad fiduciaria. Y podrá constituirse de manera individual o a través de un grupo intermedio como una sociedad, comunidad o participaciones entre otras figuras.

Lo anterior, se condice con lo prescrito en el numeral 24 del artículo N°19 en análisis, que, reconoce el derecho de propiedad en sus múltiples manifestaciones, no obstante, las limitaciones que la ley establezca.

En breve, este capítulo tratara del examen de normas que dan origen a incompatibilidades de aplicación. Por cuanto, no se tuvo en mente la armonía normativa ni coherencia requerida en la redacción legislativa en materia minera. La intención, se colige del capítulo indicado. No obstante, el objeto de este acápite es reunir los antecedentes en forma de normas que sirven de base para determinar qué mecanismo de resolución de conflictos aplican los jueces en la materia, en el escenario de discrecionalidad que algunas normas otorgan y otras restringen.

Comenzamos, con lo prescrito en el inciso 3° del numeral 24 artículo N°19 de la carta originaria evidencia el preámbulo de esta incompatibilidad normativa. Indica: *“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.”*

Se observa en esta norma, una proyección del principio de seguridad jurídica que abarca al derecho de propiedad cuya garantía se consagra en el artículo N°20. Y que, conforme al artículo N°1 inciso 1° de la Constitución Política es de aplicación general. Sin embargo, es dable mencionar que la seguridad jurídica ya establecida según lo anterior, se reitera para el derecho de concesión en el mismo artículo y numeral inciso 9°: *“El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.”*

De esta forma, se concibe que la norma destacada corresponde a una regla de carácter prohibitivo al tenor de su texto: “Solo en virtud de un acto expropiatorio y por las causas taxativas de interés nacional, el titular del derecho de propiedad podrá ser privado de su derecho fundamental”. Establece categóricamente la aplicación restrictiva de la privación de este derecho y demuestra que la protección de la propiedad privada es de álgida importancia. De modo que, no cabe duda que el principio de seguridad jurídica no podría ser interpretado de una forma distinta a la regla enunciada. Puesto que, no concurren aquí los presupuestos de operación de la discrecionalidad del juez, toda vez que existen normas especiales para proceder a la expropiación de un bien inmueble, según se analizó en acápite *La Expropiación*, que complementa la regla base que rige esta limitación.

Se desprende que, el legislador con el objeto de habilitar y garantizar la plena manifestación del principio de seguridad jurídica para el concesionario minero, recurre a una tautología normativa al reiterar la garantía que protege el derecho de propiedad fuera del artículo N°20 incluyéndolo, además, en el inciso 9° del numeral 24 artículo N°19 de la Constitución Política. Y no hizo menos, al determinar un procedimiento exclusivo para llevar a cabo la expropiación del derecho de concesión y determinar la evaluación anticipada de los perjuicios, de carácter no convencional, al menor valor en la escala del valor comercial disímil a la expropiación ordinaria. De esta aseveración, se desprende sin lugar a dudas la preferencia e incluso hipótesis de desigualdad entre titulares de derecho de propiedad. Que, si bien es cierto, recaen sobre cosa distinta comparten la naturaleza del derecho en protección.

Por consiguiente, cabe mencionar brevemente en que consiste la institución que rige la expropiación de la concesión minera. Como se vio anteriormente, la evaluación en la expropiación ordinaria (consagrada en el artículo N°19 numeral 24) de una cosa inmueble, si bien, contiene el requisito de evaluación de perjuicios, su valorización es absolutamente disímil a la establecida para un concesionario minero. Así, en la primera, la evaluación sólo comprende el avalúo fiscal de la propiedad en comparación a la valorización que se establece en la expropiación del derecho de concesión: la cual comprende la evaluación del valor presente de los flujos de caja efectivos que genere el conjunto de establecimiento de la concesión durante la vida útil de la mina, correspondiendo al daño patrimonial efectivamente

causado.<sup>62</sup> A este respecto, conviene recordar cual es el fundamento de la expropiación como institución. En efecto, el derecho de propiedad es un derecho dotado de garantía, de carácter individualista y legalista. Sin embargo, no siendo absoluto está sujeto a limitación. Empero, habida cuenta de las bases de la institucionalidad que rigen al Estado y que se encuentran cristalizadas en nuestro ordenamiento jurídico, la limitación de un derecho no podrá implicar la *desvirtuación* del mismo. A este respecto, cabe la pregunta ¿El ejercicio del derecho de servidumbre minera mantiene los límites de una desnaturalización del derecho de propiedad con respecto al otro titular? Porque, no se puede obviar la regla contenida en el artículo 19 N°26, que dispone “*La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”. Se colige de esta norma que la prohibición de desvirtuación de un derecho no es una invención gratuita en este escrito.

El texto de la norma expuesta, de carácter prohibitivo, esboza que no se podrá afectar un derecho que desvirtúe su esencia. Ahora bien, en la práctica los jueces no son reticentes a deformar este derecho en virtud del principio de seguridad jurídica para la protección del concesionario minero. Al respecto, existe una errada idea en la cual el juez estima que la no imposición de la servidumbre minera se traduce irremediabilmente en una limitación al derecho de concesión y con ello supone una agresión a la concepción del orden público económico. Y por esta razón, no es posible evidenciar ponderación alguna de los derechos en juego. Lo cual, tiene como único resultado la aplicación una fórmula de resolución de conflictos que va en el solo favor del minero.

---

<sup>62</sup> Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Historia de la Ley N° 18.097. [Fecha de consulta: 23 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37081/1/HL18097.pdf>>

En consecuencia, es preciso dejar establecido que las normas comprendidas en la legislación minera habilitan la tarea del juez a una interpretación declarativa, extensiva o restrictiva, y algunas sirven de pábulo al origen de las antinomias<sup>63</sup> en la materia.

En este contexto, el rol de los principios en juego, refiriéndonos a los que sirven de base al Derecho Minero y Ambiental, debiera guiar la praxis nacional, doctrinal y jurisprudencial. En el entendido axiológico de su naturaleza, por cuanto son los valores que sirven a la interpretación e integración de las normas ante lagunas legales, seguidas por la interpretación del artículo N°24 del Código Civil: “*conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural*”. Cuando no hubiera sido posible aplicar las reglas de los artículos N°3 y 13, y N°s 19 al 23 del mismo cuerpo legal. Y es que, en la práctica de interpretación judicial la concepción de los principios generales del derecho no está resuelto. Bajo esta postura, se podrá evidenciar en ciertas sentencias la aplicación multifuncional de los principios. Debido a que, en la jurisprudencia nacional la definición de principios se acerca más bien al sentido positivista y no como principios generales del derecho en su dimensión extra sistémica. Lo cual, limitaría los mecanismos de resolución de conflictos a la subsunción. Con todo, la definición y en consecuencia la interpretación de principios no está resuelta, argumento suficiente para examinar las normas mineras que implican *contradictio in adjecto*. En base a ello, se podrá evidenciar que el legislador ha redactado textos legales que van en contradicción de los principios que sirven de guía interpretativa, integradora, armónica y de coherencia con el ordenamiento jurídico. A este respecto, claro está, que cuando el legislador redactó el código minero, no visualizó los principios que pasarían a formar parte del ordenamiento jurídico interno en el marco ambiental sustentable y sostenible. Es por ello, que en los siguientes párrafos la idea de análisis de las normas mineras

---

<sup>63</sup> Tomaremos la definición de antinomias según Bobbio: “*La antinomia jurídica se puede definir como la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen un mismo ámbito de validez*”. En otras palabras, concurriendo tales requisitos: es la situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. BOBBIO, Norberto. Teoría del derecho. [Fecha de consulta 11 de enero 2020]. Disponible en <[https://www.academia.edu/32057830/Teoria\\_General\\_Del\\_Derecho\\_Bobbio\\_Norberto\\_Cap?auto=download](https://www.academia.edu/32057830/Teoria_General_Del_Derecho_Bobbio_Norberto_Cap?auto=download)>. Pp.189

va en relación a identificar si la interpretación, en su sentido declarativo, permite la extensión por analogía, lo cual en ningún caso quiere decir arbitraria, atendiendo a la concepción de principios que registra la jurisprudencia nacional según el artículo N°24 del Código Civil (positivista).

### **3.1.3 Interpretación de procedencia a la Servidumbre Minera**

A continuación, las normas cuya interpretación otorga el derecho a imponerlas.

Tanto el Código Minero de 1932, el actual de 1983 y la ley orgánica constitucional de Minería de 1982 regulan la facultad de catar y cavar, y en forma paralela, la concesión de exploración y explotación otorgando el derecho a imponer servidumbres mineras. De este modo, se colige que el dueño del predio superficial está supeditado a la labor minera en sentido amplio. Incluso, ante un titular que carezca del respectivo derecho de propiedad cuyo amparo está destinado sólo para las concesiones de exploración o explotación. Por lo tanto, aumenta automáticamente el espectro de posibilidades de sufrir perjuicios por parte del sujeto pasivo en virtud de una servidumbre minera.

En atención a lo anterior, los perjuicios que pudieran emanar como consecuencia de la imposición de servidumbres mineras tiene estricta relación con el tipo de labor que se podrá practicar sobre el predio sirviente. De esta manera, resulta procedente y preciso dedicar unas líneas al alcance de estas labores en un sentido deóntico y en el marco de la institución que diera origen a la imposición de la respectiva servidumbre minera.

#### **3.1.3.1 En virtud de la Facultad de Catar y Cavar**

Ya el Decreto Ley N°488 de 1932 (Código de Minería) se refería a la Facultad de Catar y Cavar en el artículo N°13 como una institución “*para buscar minas en la heredad ajena*”. Refiriéndose a ella, como la acción de investigar comprendiendo trabajos de reconocimiento

de mineral o calicatas como lo expresa el tenor del artículo N°15 del precepto legal en el Título III De La Investigación.

Cabe señalar, que no es inocuo mencionar la interpretación de labores mineras a la luz del precepto derogado, toda vez que la actual normativa se basa en su fundamento o al menos mantiene residuos como acontece en el artículo N°1 del actual Código de Minería que mantuvo el texto expreso al referirse a la facultad de catar y cavar: *“Pero toda persona tiene la facultad de catar y cavar para buscar sustancias minerales”* y artículo N°19 del actual Código establece que esta facultad: *“comprende no sólo las de examinar la tierra y la de abrirla para investigar”*. De este análisis, se colige que la facultad de catar y cavar<sup>64</sup> solo comprende las labores mineras relacionadas a la búsqueda de sustancias minerales con un grado de invasión mínima al suelo, si consideramos lo que se entiende por calicatas. Cabe destacar, que los cuerpos normativos enunciados comparten el mismo criterio de duración para ejercer este derecho, el cual no debe superar los seis meses, pero que de cualquier forma se podrá deferir para otra época previa autorización del juez.

Con respecto, a las labores que comprende o que se podrán realizar mediante una concesión de exploración. El artículo N°20 del Código de 1932, expresaba: *“cuando una persona desee establecer trabajos de investigación o cateo por medio de barrenos mecánicos o por otros procedimientos que supongan el uso de maquinarias o instrumentos para buscar sustancias de libre adquisición”*. Es decir, este escenario de exploración, a través de la respectiva concesión, implica realizar labores más allá de perforaciones de reconocimiento o

---

<sup>64</sup> Una sentencia de la Corte Suprema, concibe la facultad de catar y cavar como: *“aquella que asiste en general a toda persona para examinar y abrir la tierra en que se conjetura que se hallan las sustancias minerales con el objeto de buscarlas; es una de las tantas que comprende la facultad de investigar, que es un instrumento jurídico al alcance de los interesados para realizar trabajos en los predios superficiales y, como su nombre lo sugiere, no constituye un derecho patrimonial, no es exclusiva ni susceptible de disposición, por lo mismo, puede ser ejercida por todas las personas; salvo que la búsqueda de yacimientos y reservas minerales se lleve a cabo previa la constitución de una concesión minera de exploración o de explotación, en cuyo caso no es una mera potestad, atendido lo dispuesto en los artículos 113 y 116 del Código de Minería”*.

CORTE SUPREMA. Con fecha 30 de noviembre de 2017. ROL N° 58842-2016. Recurso de casación en el fondo, se acoge con sentencia de reemplazo. Caratulada “Suarez Sandoval Mario con Agrícola Agropal Ltda. Y Otra”. Considerando 3°. [Fecha de consulta: 18 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>. Pp.3.

extracción de minerales desde la superficie o arrancados con ocasión de los trabajos de investigación en las cantidades toleradas.

En el código minero actual bajo el Título VIII De los Derechos y Obligaciones de los concesionarios mineros, la concesión de exploración comprende en las labores mineras los trabajos de reconocimiento del párrafo 1° artículo N°108: *“a hacer libremente calicatas y otras labores de exploración”*; arrancar sustancias concesibles: *“con motivo del ejercicio de ese derecho”* artículo N° 113. Por otro lado, el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental considera: *“Se entenderá por exploraciones al conjunto de obras y acciones conducentes al descubrimiento, caracterización, delimitación y estimación del potencial de una concentración de sustancias minerales, que eventualmente pudieren dar origen a un proyecto de desarrollo minero, que consideren menos plataformas que las indicadas en el inciso anterior, según las regiones respectivas.”*<sup>65</sup>

Al evaluar estos textos legales, pareciera que el legislador considera las labores mineras habilitadas a la facultad de catar y cavar, equivalentes a las que necesariamente comprenden las labores mineras en el ejercicio de la exploración de yacimientos. No obstante, nótese que al disponer preceptos tratando separadamente las instituciones de facultad de catar y cavar; concesión de exploración y explotación, dada la lógica de interpretación, se entiende que se ejercen en instancias, tiempos y por calidad de agentes distintos. A propósito de la primera, establece que es un derecho que se reconoce a todos los particulares atendida la expresa literalidad en el artículo N°1 del código minero derogado: *“se concede a los particulares la facultad”* y el actual código minero artículo N°14: *“Toda persona tiene la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio”* y artículo N°20: *“toda persona tiene la facultad de buscar sustancias minerales en terrenos de cualquier dominio”*

De este modo, al aplicar la precedente armonización de los preceptos comprendidos en el Código de Minería actual (en adelante CM) y la ley N°18.097 (en adelante LOCCM). Se puede arribar a la hipótesis, que no debe estar ajena del criterio decisional por parte de los jueces, en que la facultad de catar y cavar se subsume dentro de la facultad que otorga una

---

<sup>65</sup> DL 40 Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Medioambiental artículo 3 letra I) numeral I.2.

concesión de exploración, porque de la interpretación en correcta armonía de los siguientes preceptos se llega al preciso silogismo jurídico.

Por consiguiente, si abordamos la conclusión producto de la armonización de los artículos N°s 108 y 113 antes descritos, se podrá arribar a la premisa en donde la facultad de catar y cavar se subsume en las labores mineras que se deberán efectuar o que a lo menos comprende la concesión de exploración. Por lo tanto, al prescribir el numeral 107 en la frase inicial de la Ley N°18.248: *“Sólo desde que quede constituida la concesión, el titular podrá efectuar los trabajos que estime necesarios para la exploración”* no habría un derecho anterior que faculte a un particular a realizar labores mineras de investigación y reconocimiento de minerales sobre el suelo. Lo que, se encuentra en correcta armonía con el artículo N°113 al prescribir: *“Durante la vigencia de la concesión, sólo su titular tendrá derecho, dentro de los límites de ella, a hacer libremente calicatas y otras labores de exploración”*. Pese a todo, la norma aclaratoria corresponde a la contenida en el artículo N°7 de LOCCM cuyo texto expresa en su primer párrafo *“Todo concesionario minero tiene la facultad exclusiva de catar y cavar en tierras de cualquier dominio con fines mineros dentro de los límites de la extensión territorial de su concesión”*. Por último, debemos agregar el artículo 10 N°s 1 y 3 que extinguen toda duda sobre el supuesto donde la facultad de catar y cavar corresponde a un derecho que solo otorga una concesión de exploración. Por lo tanto, tales labores mineras se podrán realizar sólo en virtud del tipo de resolución judicial que la otorga y quienes podrán ejercer la mentada facultad serán solo los titulares de tal concesión mas no toda persona. En conclusión, el análisis expuesto corresponde a la posición que concibe la jerarquía intermedia de la ley orgánica constitucional.

Con todo, en la jurisprudencia nacional convive la posición escéptica de la jerarquía intermedia<sup>66</sup> de la LOC, que atribuye una subordinación normativa de la ley común a la ley

---

<sup>66</sup> Tesis adoptada por un sector de la doctrina, bajo este contexto un autor (Lautaro Ríos) define esta idea como: *“las leyes orgánicas constitucionales tienen una índole política, como es la consolidación de una determinada institucionalidad”*, plantea que *“con todo, las leyes orgánicas constitucionales no son parte del contenido material de la Constitución, sino leyes complementarias; no se dictan en el ejercicio del Poder Constituyente, sino de la Potestad Legislativa; no se elaboran para reformar la Constitución, sino, precisamente, para reafirmarla. En resumen, son menos leyes que la Constitución, pero más leyes que las de quórum calificado y que las leyes ordinarias”*.

orgánica constitucional, cuya naturaleza difiere solo en una especie de superlegalidad de forma<sup>67</sup>. Esta última posición, no deja de ser relevante en materia minera. Así, anteriormente se afirmó que la interpretación de tales reglas debe ser restrictivo, es decir, la facultad sólo es aplicable en el contexto de una concesión minera. La jurisprudencia no es unánime, de modo que, podremos encontrar sentencias cuya interpretación sobre la facultad de catar y cavar es de carácter amplio, general, pues en puridad no existe jerarquía de la LOCCM sobre el CM. De modo que, los preceptos contenidos en la primera se aplican solo a situaciones en el contexto de una concesión minera, y el párrafo 2º De la facultad de catar y cavar (artículos N°s 14 y 15 CM), contenido en el último, tiene por objeto abordar situaciones en donde no existe un derecho de concesión minera, de ahí, la denominación de potestad y no de derecho

---

ZAPATA LARRAÍN, Patricio. Justicia Constitucional. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Pp.404.

Del mismo modo, se observa de forma itinerante por el Tribunal Constitucional el reconocimiento de una especie de jerarquía de la LOC sobre las leyes ordinarias en sentencias dictadas en ciertas épocas, con la reciente entrada en vigencia de la nueva constitución de 1980 el criterio: *“Afirma que las LOC están entre la Constitución y la ley común. Son una categoría intermedia: Según su filosofía matriz, puede decirse que esta nueva categoría de leyes está llamada a ocupar un lugar intermedio entre la Constitución y la ley común”*. Luego, en 1997 asentó el criterio: *“sosteniendo que entre las LOC y la ley ordinaria hay una diferencia en el ámbito de competencia, no de jerarquía”*. En otra sentencia esboza: *“Que, si bien es efectivo que el constituyente ha entregado diversas materias a la regulación de la ley orgánica constitucional, ello no implica que estas leyes tengan una jerarquía superior a las otras leyes y mucho menos que puedan asimilarse a la Ley Fundamental”*. Lo anterior, como ejemplo y en virtud de la línea que adoptare: autocontenida o expansiva sobre la referencia expresa del legislador denomina LOC o ley ordinaria.

SIERRA I, Lucas y MAC-Clure, Lucas. Frente a la mayoría: Leyes supra mayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile. Primera edición: octubre de 2011. Santiago Chile. [Fecha consulta 18 de enero 2020]. Disponible en <[https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095718/libro\\_Frente-a-las-mayorias\\_web\\_LSierra-LMacClure.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095718/libro_Frente-a-las-mayorias_web_LSierra-LMacClure.pdf)>. Pp.34-57.

<sup>67</sup> *Ídem*. Se refiere a que la diferencia entre las LOC y la ley ordinaria es que las primeras están sujetas a una “superlegalidad de forma”, por los mayores requisitos que deben cumplir, pero ambas son disposiciones legislativas que se sitúan en un pie de igualdad bajo la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional, en una de sus sentencias indica: *“Que si se ha sostenido que las leyes orgánicas constitucionales tienen una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley (sesiones Nos. 344, 353 y 358, de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y Rol N° 7, de 22 de diciembre de 1981, del Tribunal Constitucional) ello es sólo porque la propia Constitución les ha exigido mayores requisitos de forma, lo que en doctrina se denomina una superlegalidad de forma, pero no porque se haya querido privar a la ley orgánica de su jerarquía normativa de ley frente a la ley superior que es la Constitución. De aquí que el problema respecto de los distintos tipos de leyes sea de competencia y no de jerarquía (C/25)”*.

como acontece en el artículo N°16, que regula una condición de preferencia condicionada solo a situaciones que involucren a titulares de un derecho de concesión minera. En efecto, una tesis de carácter expansiva<sup>68</sup> reconoce que la facultad aludida es una potestad general, por cuanto, puede ser ejercida por cualquier persona. En esta posición, el artículo N°14 CM en el párrafo 2° *De la facultad de catar y cavar*, el criterio interpretado por la jurisprudencia asienta la idea de potestad que implica que: “*Toda persona tiene la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, salvo en aquellas comprendidas en los límites de una concesión minera ajena, con el objeto de buscar sustancias minerales*”, es decir, sin requerir de un justo título (concesión minera) que habilite el ejercicio de esta potestad. Desde esta óptica, en materia de permiso el artículo N°15 inciso 1° constituye la regla general en la cual no se requiere permiso alguno para “*catar y cavar, libremente, en terrenos abiertos e incultos, quienquiera sea su dueño*”; la excepción se representa en el inciso 2°, se requerirá permiso del dueño o autoridad (según corresponda, se debe relacionar con el artículo 17 de la misma norma legal) tratándose del resto de los terrenos. A este respecto, la norma se refiere a los terrenos cerrados. La contra excepción, el inciso 3° ante la negativa del dueño o autoridad, en su caso, el juez podrá otorgar el permiso aún con el disenso de quien ha debido otorgarlo, en el sentido legal, pues no se trata de una norma deóntica de obligación, el titular del predio o quién detente la potestad, podrá elegir en asentir o denegar el permiso en el ejercicio de su legítimo derecho, y ante la negativa lo que hay no es una sanción, sino una medida de imposición cuya fuente es la ley a través de la actuación del operador jurídico. Con todo, la excepción a esta contra excepción la contiene el inciso 3°, no será procedente el

---

<sup>68</sup> Esta posición es la que considera una parte importante del sector, así, uno de los fundamentos de las mociones que buscan modificar el código de minera esbozan como fundamento que existen dos clases de facultad de catar y cavar: una exclusiva para concesionarios mineros y otra de carácter general, es decir, que podrá ejercer cualquier persona. Al respecto, los considerandos: 5) *La facultad de catar y cavar es el poder que le asiste en general a toda persona para examinar y abrir la tierra, con el objeto de buscar sustancias minerales, y de imponer transitoriamente las servidumbres que sean necesarias sobre los predios superficiales (artículos 2, 14, y 19 del Código de Minería).* 6) *Esta facultad, tiene además un fundamento en el artículo 7 de la LOCCM, que lo refiere sólo a los concesionarios. Con todo, es un derecho exclusivo en relación al concesionario minero constituido. Pero, además, el Código de Minería concede en general a toda persona natural o jurídica, chilena o extranjera, esa facultad.* CÁMARA DE DIPUTADOS. Boletín N° 10441-08. Ingreso 10 de diciembre de 2015. [Fecha consulta 19 de enero de 2020]. Disponible <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=10864&prmBoletin=10441-08](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10864&prmBoletin=10441-08)>

remedio jurídico ante terrenos con casas y sus dependencias, vides, árboles frutales o arbolados, ello, si adherimos al criterio de aplicación observada por la Corte Suprema, pues se aplica el artículo 7° cuya interpretación comprende no solo los vides y árboles frutales del artículo N°16 sino que se extiende a los arbolados<sup>69</sup>.

### 3.1.3.2 En virtud del Derecho de Concesión Minera

Una primera evidencia de la obsolescencia del legislador, en cuanto al principio consagrado en el artículo N°19 numeral 24 inciso 3° de la norma suprema, se presenta en el mismo artículo y numeral pero inciso 6°: *“Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas”*

El precepto establece una limitación a todo evento al dueño del predio superficial, no obstante, la forma prescrita en la cual se deberá llevar a cabo. De forma análoga, las siguientes normas:

artículo N°14 del Código de Minería: *“Toda persona tiene la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, salvo en aquellas comprendidas en los límites de una concesión minera ajena, con el objeto de buscar sustancias minerales”*. En la misma línea LOCCM artículo N° 8°: *“Los titulares de concesiones mineras tienen derecho a que se constituyan las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras”*.

---

<sup>69</sup> La Corte Suprema ha entendido arbolados, en el sentido económico, pues solo están considerados las especies forestales que detenten un carácter económico, fehacientemente acreditado, al dueño del predio superficial. Ello, como se ha podido observar en las sentencias invocadas. Apoya esta idea, las mociones presentadas como proyectos de ley, aún en trámite, modifica el Código de Minería respecto de los terrenos en que se requiere permiso del propietario para catar y cavar. Expresa de manera unívoca la intención del legislador de hacer *necesaria la debida protección y concordancia de nuestra legislación en cuanto a las concesiones mineras y con ello, este proyecto permitirá también establecer un criterio base sobre prioridades forestales o mineras en tanto visión de país*, a partir del proyecto que solicita: *Modifíquese el Código de Minería en su artículo 15, sustitúyase la palabra “plantados de vides o de árboles frutales” en el inciso final, por la siguiente frase: “que contenga en ellos vides, árboles frutales o de otra especie”*. Ídem. Pp.1-3.

artículo N°109 del Código Minería: *“El concesionario tendrá derecho a imponer las servidumbres a que se refieren los párrafos 1° y 2° del título IX.”*

artículo N°116 del Código Minería: *“El concesionario tiene los derechos exclusivos de explorar y de explotar libremente su pertenencia, sin otras limitaciones que las establecidas en los artículos 14, 15, inciso final, 17, en el párrafo 2° del título IX y en las normas sobre policía y seguridad mineras.”*

De la prematura concordancia de las normas enunciadas, se podría extraer someramente que el derecho<sup>70</sup> de exploración o explotación comporta de manera intrínseca el derecho de servidumbre restando solo su constitución, pues la justa causa ya se ha prescrito por el legislador. Y frente a esto, el dueño del predio superficial no debe mas que asumir tal situación. En suma, esta interpretación no ha sido escasa en la jurisprudencia frente a las demandas de constitución de servidumbre minera, donde pareciera que el solo título de concesión minera es suficiente para ejercer las facultades del derecho de propiedad en cuanto uso y goce.

Atento a lo anterior, pareciera que el judicialismo en el otorgamiento de una servidumbre minera opera bajo la óptica del principio de la especialidad; la interpretación declarativa y, por tanto, de la subsunción. Dado que, en los textos legales plasmados no se observa un texto oscuro e ininteligible. A causa de esto, se puede ver en que algunas sentencias los demandantes dotan de autonomía al artículo N°120 del código minero, y que los jueces no realizan una aplicación armónica y coherente del ordenamiento jurídico en el intento de incluir los valores que impregnan el derecho de propiedad del sujeto pasivo y del derecho ambiental.

Lo anterior, responde a una interpretación de letrados y jueces que aplican el derecho de forma selectiva, somera y literal. Dado que, la interpretación literal de la normativa expuesta

---

<sup>70</sup> Siguiendo la acepción identificada por Guzmán Brito, toda vez que no corresponde aplicar el concepto concesión a un derecho que emanada de una resolución judicial, nos referimos a “Derecho” de exploración o explotación. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Op. cit., Pp 71.

no es suficiente para arribar a una decisión que exima la contienda de derechos fundamentales.

En consecuencia, es necesario realizar la correspondiente concordancia, ponderación, proporcionalidad, verificación del cumplimiento de normativas judiciales y administrativas. Incluso, si tenemos en cuenta la temporalidad de los principios dado el momento histórico en que ya no hablamos solo de derechos de primera, segunda o tercera generación; han surgido ya sea a modo de reconocimiento o de reminiscencia derechos de cuarta y quinta generación. El profesor Pérez Luño propone una definición de derechos fundamentales: *“Los Derechos Humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*. Se observa que una aplicación válida y legal de la ley debe obrar en base al momento actual de una sociedad en el ámbito interno y externo. Porque, no se debe ignorar que los tratados internacionales en que Chile es parte pasan a ser vinculantes en la vida del derecho interno a través del artículo 5 inciso final carta fundamental: *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. De esta forma, es imperativa la observancia a tales principios legislativos al momento de aplicar el proceso interpretativo por el juez.

Conforme a lo anterior, la tarea de interpretación que aplicara el juez para llegar a la decisión de otorgar una servidumbre minera, debiera considerar las limitaciones del ejercicio de la actividad minera. Por lo tanto, observar y considerar todas las restricciones aplicables a los titulares de derechos de explotación y explotación no solo en el ejercicio de las labores mineras sino, además, en las causas que las originen. Esto, porque el título de concesión minera no tiene fuerza vinculante, por sí solo, para el otorgamiento de un acceso por vía consensual o judicial, entendiéndose por acceso al respectivo permiso y/o correspondiente servidumbre minera.

Ello, porque la regla general es el ejercicio de un derecho sin gravamen o limitación. De ahí que, solo pueda ser privado en base a excepciones y en el caso que nos convoca tal

presunción no puede ser destruida mientras no se presenten las excepciones dispuestas por ley. Es decir, se mantiene el libre ejercicio mientras: no nos encontremos en un terreno abierto o inculto; no se trate de otra concesión minera; no empleando desde afuera equipos o máquinas, instrumentos cuando se trate de terrenos de cualquier dominio; o se trate de un permiso autorizado por el dueño, o que este último sea el interesado en llevar a cabo el trabajo<sup>71</sup>.

Se debe recordar, que el derecho de servidumbre minera es dependiente del permiso. En otras palabras, no se podría otorgar una servidumbre sin antes contar con un permiso. Mas, podría existir un permiso sin llegar a obtener una servidumbre según concordancia del artículo N°19 incisos 4° y 5° CM.

Con todo, habida cuenta que los casos en que no se requiere permiso alguno para ingresar al predio superficial sean taxativos. Por esto, no es superfluo enfatizar que una mera expectativa de beneficio de minerales no puede albergar la fuerza suficiente para imponer una servidumbre minera, aun considerando la vía subsidiaria ante la negativa de quien deba otorgar el permiso<sup>72</sup>. Porque, en el caso de una concesión de exploración no es lógico una servidumbre minera. Toda vez que, las labores susceptibles de ejecutar, en virtud de ésta, solo corresponden a la búsqueda y reconocimiento de mineral. Además, el tiempo de duración de este derecho no podrá ser mayor a 2 años extensibles por otros 2 años, y bajo este escenario a lo más una servidumbre minera debiera ser solo de tránsito en su más mínima afectación.

---

<sup>71</sup> Las labores que se podrán realizar en virtud de un permiso comprenden el reconocimiento y búsqueda superficial, no cabe remover suelo, con el objeto de ubicar una mera expectativa de exploración, en sentido material. artículo 16 Código Minero, estableciendo la ley el número de personas que se emplearan, el plazo y restricciones.

<sup>72</sup> Deberá otorgar el permiso y/o la servidumbre minera: el dueño o morador, en los casos que sea oponible, del predio superficial; en terrenos municipales o que pertenezcan a la nación el gobernador o alcalde; ante negativa el juez competente del punto medio o de interés según corresponda, a excepción tratándose de casas o dependencias, o terrenos plantados de vives o árboles frutales o con arbolados o viñedos. Artículo 15 Código minería, artículo 7 LOC 18.097. No obstante, el gobernador deberá oír a otras autoridades cuando se trate de las hipótesis del artículo 17 del Código minero.

En suma, se desarrollará la teoría de la interpretación jurídica procedente a un Estado de derecho y/o constitucional en el subcapítulo *Mecanismos de Resolución de Conflictos Aplicable*. En otras palabras, a la luz de un sistema evolucionado o complejo como el que inexcusablemente debe operar en un Estado contemporáneo.

### **3.2 Colisión de derechos fundamentales**

Como se indicó en el epígrafe anterior, la tarea de interpretación que implica la decisión a la que arriba el juez para otorgar o denegar una servidumbre minera, debiera considerar todas las limitaciones o restricciones que este derecho implique junto con excluir la subsunción como mecanismo resolutivo, inmediato mas no total. En un escenario optimo, donde se respeten los principios consagrados en la norma suprema, tratados internacionales y a través de armonización de los diversos preceptos legales en coherencia con el ordenamiento jurídico en materia minera y ambiental, se presentan los conflictos entre derechos fundamentales. Y es que, el ejercicio de labores mineras realizado sobre el terreno que corresponde al predio superficial, en virtud de la servidumbre minera otorgada, afecta a diversas garantías constitucionales.

Como se analizó anteriormente, el efecto permanente e irreversible del suelo puede ser una de las consecuencias de la actividad minera. De esta forma, lo que sigue corresponde a exponer los derechos fundamentales con mayor afectación en el ejercicio de faenas mineras.

Como decíamos, la minería corresponde a un tipo de actividad susceptible de causar impacto ambiental, toda vez que, comprende la extracción de mineral. Y en el caso que, ésta se prevea superior a cinco mil toneladas mensuales (5.000 t/mes) en concordancia con el artículo N° 3 del DL N°40 letra i) subíndice i.1, debe someterse a un procedimiento de Estudio de Impacto Ambiental a través del Servicio de Impacto Ambiental (SEIA) por mandato del artículo N°10 y 13 de la LBGMA.

La razón es que, el tipo de labor que implica el beneficio de minerales, los procesos de pulverización, tronaduras, fundiciones, lixiviación, depósitos de residuos, intervención en

cursos de agua superficiales y subterráneas, intervención en la topografía natural por excavaciones y deposición de botaderos de lastre, rípios y/o relaves con metales pesados peligrosos en cantidades y periodos son susceptibles de causar daño a la salud de las personas; a la calidad de vida de la población; a la preservación de la diversidad biológica y a la conservación del patrimonio ambiental.

Lo anterior, en relación a lo que estima el legislador como susceptible de causar daño según Ley de medio ambiente N°19.300 en su artículo N°2 letra m) entendiendo a contrario sensu al señalar que se entiende por contaminación ambiental: *“aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”* y artículo N°11 letra a) Al señalar cuando el daño es susceptible de causar impacto *“Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos”* ambos artículos en concordancia con el contenido de las normas de calidad primarias ya que comprenden la categoría de afectación al riesgo a la salud de las personas. No obstante, un proyecto minero en desarrollo afecta también al medio ambiente, de modo que cabe tener presente las normas de emisión de aire, suelo y agua en conjunto con las normas de calidad primarias y secundarias.

### **3.2.1 Garantía artículo 19 N°1**

#### **“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”**

El derecho fundamental consagrado en el artículo N°19 numeral 1 inciso 1° de la norma suprema garantiza el derecho a la vida de todas las personas, tal como lo establece el artículo N°1 inciso 1° del mismo cuerpo legal: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Ahora bien, ello no obsta a la protección del que está por nacer consagrado en

artículo 19 N°1 inciso 2°: *“la vida del que está por nacer”* toda vez que el legislador otorga la atendida importancia a la Familia de acuerdo a las bases de la institucionalidad del Estado.

El derecho fundamental en análisis, se ve perturbado y amenazado por vía del riesgo a la salud de las personas. Lo cual, se traduce en el inminente, progresivo y gradual desarrollo de enfermedades tanto físicas como psíquicas. Dado que, la exposición a contaminantes en cantidades y periodos susceptibles de causar daño, según estándares de las normas de calidad primarias y secundarias, implican una perturbación al estado de bienestar pleno que es inherente a toda condición humana; estado óptimo alcanzable por todo ser humano y que no cabe por ningún motivo coartar o mutilar, con el único objeto de dar prioridad al ejercicio del derecho de propiedad de un particular en virtud de la garantía que le otorga la misma Constitución Política al titular de una concesión minera según artículo 19 N°24 inciso 9°.

Adicionalmente, las labores mineras cuya contaminación de aguas subterráneas y superficiales ocasionada por los efluentes de residuos con materiales peligrosos impacta directamente en la salud y vida de las personas. En efecto, no es superfluo referirse a la dependencia vital del ser humano al elemento agua siendo absolutamente necesaria para que las personas puedan mantenerse con vida.

De esta manera, la preferencia señalada en favor del concesionario minero es contraria incluso al criterio adoptado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículo N°12 numeral 1°: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. Igualmente, el respeto a la vida de las personas es un derecho reconocido internamente, como se aprecia en el Pacto San José de Costa Rica de 1969 ratificado por Chile el año 1990 artículo N°4 Derecho a la Vida: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”* Y en concordancia con el artículo 5 N°1 Derecho a la Integridad Personal: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*. Incluso, se observa la esmerada atención a la familia, núcleo de la sociedad reconocida en la Constitución Política de la República de Chile artículo N°1 inciso 2°; artículo N°17 del Pacto La Protección a la Familia: *“La familia es el elemento natural y*

*fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” con exclusivo reconocimiento en el artículo N°19 de la convención Los Derechos del Niño: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.*

### **3.2.2 Garantía artículo 19 N°2 y 3°**

Los derechos fundamentales se erigen sobre la base unívoca de la dignidad, la libertad y la igualdad humana. Dada esta afirmación, el principio que se desarrollara en este acápite requiere de manera inexorable la referencia a la trilogía de principios, es decir, dado que la igualdad tiene una naturaleza polifacética, comprende una amplia exégesis de cuya hermenéutica no se agota en un solo principio o garantía, si se quiere. Es por ello, que en este acápite se reúnen las garantías que sirven de fundamento al principio de igualdad en su género, y a las que corresponden a su especie, pues la igualdad como principio se observa desde la deóntica: en la ley y ante la ley.

La naturaleza polifacética del principio de igualdad permite su carácter abstracto, es decir, su aplicación dependerá de la causal silogística de su referencia. De esta forma, la igualdad en su acepción garantía, será autónoma en su aplicación; en su acepción principio viene a ser un presupuesto de ejercicio y complemento de las garantías y/o principios de dignidad y libertad. De ello, cabe referirse brevemente a la *dignidad*.

Como se indicó en líneas anteriores, la concepción jurídico-filosófica de nuestro Estado de derecho, se asienta sobre las bases de la concepción humanista occidental cristiana de la sociedad. En efecto, existe reconocimiento constitucional al enfoque filosófico-teleológico de la persona humana, en su dimensión individual y social. De esta forma, inicia el artículo N°1 de la carta fundamental: “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. La expresión, trasunta la noción de persona humana, recogida en nuestro ordenamiento jurídico y político, que reconoce al ser humano “*y en general todo ser racional, existe como*

*fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad”*<sup>73</sup>; *“persona es la sustancia individual de naturaleza racional”* (Boecio); *“una persona es un ser espiritual constituido como tal por su forma de subsistencia y de independencia en su ser”* (Mounier); *“Cuando hablamos de persona, no queremos decir solo que es un individuo como lo son un átomo, una espiga de trigo, una mosca(...) sino que es un individuo que se rige con la inteligencia y con la voluntad; no existe en modo solamente en modo físico sino que sobre existe espiritualmente”* (Maritain); *“es quien se posee a sí mismo”* (Karol wojtyła)<sup>74</sup>. En otras palabras, la dignidad de la persona humana comprende el recogimiento de acepción pretérita: el personalismo solo exige el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades inherentes a la naturaleza humana en sus múltiples dimensiones, y es aquí, que el Estado encuentra su fundamento de existencia.

Así es dable, que el mismo artículo N°1 en su inciso 3 señala *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (...)”* tal precepto, da una clara idea de la función que le corresponde ejecutar al Estado, en su dimensión positiva y negativa. Por cuanto, debe velar por la protección, promoción y respeto de los derechos fundamentales, ya que son derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos y garantizados en la constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (Artículo N°5 inciso 2°). Acto seguido, los artículos N°s 6 y 7 inciso 1° consagran el principio de juridicidad o legalidad, por lo tanto, la organización, planificación de las políticas públicas y la redacción de las normas jurídicas deben ceñirse a las directrices que impregnan el ordenamiento jurídico, en el cual se encuentra plenamente reconocido el principio de igualdad, como presupuesto al pleno ejercicio y goce de la dignidad y libertad humana.

Llegado a este punto cabe la pregunta ¿Qué implica el principio igualdad? Decíamos que, este principio es de base abstracta, de ahí su naturaleza polifacética. Por cuanto, tal principio

---

<sup>73</sup> KANT, Manuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa Primera Edición San Juan, Puerto Rico. Madrid, 1921. Pp.41.

<sup>74</sup> BURGOS, Juan Manuel. Definiciones extraídas de obra Antropología: una guía para la existencia. Editorial Palabra, España, 2008. Capítulo La persona: dignidad y misterio. Pp. 41-43.

se observa en dos ámbitos: *artículo N°19 numeral 2 “en la ley”, numeral 3 “ante la ley”*. A continuación, lo que respecta al trabajo en estudio, desde el punto de vista de ambas esferas.

Podemos afirmar que, desde el prisma iusnaturalista del artículo N°1 de la carta fundamental rige la generalidad, pues todas las personas son iguales en dignidad y derechos, de modo que, el mandato al legislador será considerar y respetar de modo imperativo tal principio en el desarrollo de las funciones que le sean encomendadas por ley.

Desde el punto de vista jurídico objetivo, el principio de igualdad establece la vinculación del poder legislativo en la creación, modificación y redacción de normas jurídicas esencialmente justificables, objetivas y razonables. Ello, no implica de modo alguno normas jurídicas generales en su aplicación, es decir, en esta acepción la igualdad significa que la definición y redacción de normas debe atender a identificar los escenarios y posibilidades jurídicas desiguales. En otras palabras, la igualdad no supone el tratamiento jurídico igual para todas las personas, por cuanto, no todas las personas se encuentran en las mismas condiciones políticas, sociales y económicas. Y es en esta identificación de diferencias, donde el legislador debe propugnar al trato justo e igualitario para la mayor cantidad de situaciones que pueda controlar normativamente. Es decir, el principio de igualdad desde el punto de vista del artículo N°19 numeral 2° de la Constitución Política, implica que *“Se trata de contar con una misma ley para las mismas situaciones”*; *“Consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición”*<sup>75</sup>. De lo anterior, se desprende, por tanto, que el principio de igualdad supone inexorablemente la relatividad en su aplicación. De ahí que, una norma jurídica sustantiva prescrita para quienes se encuentren en tal situación será imperativa a diferencia de quienes no se encuentren en dicha situación. Con todo, la aplicación desigual de normas

---

<sup>75</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, Angela. Curso de Derecho Constitucional. Ediciones Universidad Católica de Chile 2006. Pp.337 y 338.

debe ser justificada, objetiva y razonable<sup>76</sup>, eximiendo por completo el tratamiento basado en arbitrariedad y privilegios sin ningún fundamento de relevancia jurídica.

Por consiguiente, no podemos dejar de mencionar el trato diferenciado que el legislador ha otorgado, y en el sentido de prerrogativa, al concesionario minero para instituciones que comparte con los sujetos normativos a que se refiere el artículo N°23 de la carta fundamental “*La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes*”. El sentido de ese principio es general, es decir, se trata de una prescripción *Erga omnes*, de modo que, entre los sujetos normativos a que se refiere tanto el concesionario minero como el dueño del predio superficial se encuentran incluidos. Así, el derecho de propiedad que ambos titulares detentan, debiera observar los mismos mecanismos de tutela. Sin embargo, las reglas de carácter instrumental que el legislador ha prescrito para ambos titulares en las mismas situaciones es diferente. Este escenario, se presenta en materia de expropiación, indemnización de perjuicios y procedimiento de constitución de derechos. Antes bien, es necesario dejar establecido, que el objeto y fin de este capítulo es exponer las situaciones de vulnerabilidad que ha debido soportar el dueño del predio pasivo, a merced de las normas primeras y secundarias que ha dictado el legislador para cumplir el resultado previsto, en orden a dar prioridad a la actividad económica, y que merecen ser tratadas a la luz del estudio del principio de igualdad, por cuanto suponen justificación, objetividad pero no razonabilidad, ya que “*No existe así la posibilidad de introducir elementos o factores de diferenciación cuando este último carece de racionalidad, cuando no es necesario el factor diferencial para la protección del bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger*”<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> De este modo, no será razonable la arbitrariedad definida por la Corte Suprema como: “*discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias*”. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 13 - N° 2, 2006. Pp.11.

<sup>77</sup> Ídem. Pp.14.

En otro aspecto, la interpretación jurídica de estos preceptos se detalla en siguiente capítulo titulado *Mecanismos de Resolución de Conflictos Aplicable*.

Así pues, la diferencia de trato en materia indemnizatoria radica en las normas de carácter instrumental que ha destinado el legislador para garantizar la tutela del principio previsto en el artículo N°19 numeral 24 de la constitución política, de aplicación general y reitera esta vez, de modo particular, para el concesionario minero en el artículo N°6<sup>78</sup> de la LOC. De ahí que, los requisitos para imponer gravamen a la propiedad de uno y otro titular comprenden asimetrías que bordean una desproporcionalidad que se traduce en una hipótesis de discriminación por una condición social y/o económica que no amerita razonabilidad y es, por lo tanto, carente de justificación suficiente.

Bajo este contexto, primero desde la posición del concesionario minero, si se encuentra en una situación que le pudiere producir perjuicios como es el caso de la expropiación, cuenta con mayores prerrogativas que el procedimiento ordinario destinado para la expropiación de terrenos o inmuebles (como se vio en el epígrafe de *La Expropiación*), en cambio en esta posición, se rige por la Ley orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, siendo relevante el menor valor establecido entre una concesión y un terreno o inmueble que se rige por la citada ley. El primero, será el avalúo fiscal y el segundo parte desde su valor comercial. Ello es prescrito en el artículo N°11 numero 3, con respecto al concesionario de explotación y su derecho: *“a ser indemnizado, en caso de expropiación de la concesión, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base*

---

<sup>78</sup> Esta norma no deja de ser controversial, toda vez que, el inciso 2° recuerda al operador jurídico no interferir en el ejercicio del derecho de concesión, so pena de desnaturalizar el derecho de propiedad, suponiendo una mutación de las facultades del dominio cuando se intente observar al menos una de las limitaciones que luego la misma ley impone de manera latente al minero. La norma reza: *“La privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella”*.

*de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión*” (el subrayado es nuestro), del cual nótese la obligación para el juez determinar el monto, sólo con el previo dictamen de peritos. Caso diferente se observa en el procedimiento contemplado para determinar los perjuicios al dueño del predio superficial. Ciertamente, el legislador estableció un procedimiento distinto al ordinario para el tratamiento de las servidumbres legales, recordemos que la servidumbre minera es una especie de servidumbre legal, ya establecido a través del juicio sumario normado el Código de Procedimiento Civil artículos 680 a 692, cuyo artículo N°681 numeral 2° indica que se deberá aplicar este tipo de procedimientos para la constitución, ejercicio, modificación o extinción de servidumbres naturales o legales. No obstante, el legislador crea otro procedimiento con mayores prerrogativas al concesionario minero, a partir de un juicio sumarísimo reglado en el Código de Minería artículo N°235 prescrito por el artículo N°234 inciso 2° para la constitución, ejercicio y terminación de servidumbres, así como las indemnizaciones y cauciones que procedan.

Es en el marco de este procedimiento, donde podemos observar el incumplimiento de al menos uno, de los presupuestos que exige el *principio de proporcionalidad*<sup>79</sup> para efectos de no configurar un escenario de vulneración del principio de igualdad. Recordemos, lo que prescribe el artículo N°19 numeral 3 inciso 6, desde la óptica de La igualdad ante la ley:

---

<sup>79</sup> La vulnerabilidad del principio de igualdad se podría reprimir a partir de la implementación del principio de proporcionalidad que implica la prohibición constitucional de medidas excesivas, el cual se descompone en: Subprincipio de adecuación el cual considera la idoneidad de la medida, consiste en examinar si el tratamiento diferenciado establecido en el precepto legal por el legislador conduce a la obtención del fin constitucionalmente legítimo; Subprincipio de necesidad, exige al legislador utilizar aquel medio legislativo de entre los posibles que siendo necesario para el logro de la finalidad perseguida, afecte menos los derechos e intereses de las personas; Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación, consiste en que La ponderación en el caso de la igualdad supone la colisión entre el derecho igualdad el fin constitucional del trato diferenciado. Así cuanto mayor sea la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor debe ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple la medida legislativa de intervención en la igualdad será constitucional, por el contrario, en el supuesto que la intensidad de la afectación de la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional. El legislador debe evitar los medios legislativos que generen afectación de derechos e intereses desmedidos o excesivamente gravosos. NOGUEIRA ALCALÁ Humberto. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 13 - N° 2, 2006. El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas. Pp.17-19.

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Así, no cabe atemperar los efectos de la aplicación de un procedimiento que es mucho más concentrado que el juicio sumario, el que desde ya, tampoco ofrece reales posibilidades de defensa para el titular del predio superficial, en orden a obtener un monto eficaz y suficiente para compensar los perjuicios que inevitablemente sufrirá el predio superficial, pues, lo incierto solo tendrá lugar cuantitativamente y no sobre la existencia del daño, atendido los efectos ya estudiados que generan las labores mineras sobre el terreno.

Entonces, no es discutido que la carga procesal recae sobre el demandado, toda vez que, es el quien debe alegar que ha sufrido o sufrirá perjuicios de manera indubitada (y así obtener mayores posibilidades de revertir una sentencia que le produzca un agravio difícil de reparar). Ello, en un periodo de 5 días desde que fue notificado. Ya que, deberá en primer lugar, buscar un letrado para que lo represente y de esa forma pueda obtener mayores posibilidades de revertir la presunción de necesidad<sup>80</sup> que goza el concesionario minero. Lo anterior, no obstante, el código indica que se celebrará la audiencia con el que asista, se entiende que se podría celebrar sin la representación de un abogado para esta parte.

De esta forma, se presenta aquí una especie de *probatio diabólica*<sup>81</sup> para el dueño del predio superficial, ya que el plazo de 5 días con que cuenta el demandado para producir la prueba es insuficiente para acreditar los perjuicios materiales presentes o futuros que le

---

<sup>80</sup> La necesidad en este procedimiento debiera acreditarse a través de todos los medios de pruebas que permite el artículo N°341 del Código de procedimiento civil, uno será, que se dé cuenta de manera fehaciente e indubitada que el único acceso a las faenas mineras es a través del terreno solicitado, objeto de la servidumbre minera.

<sup>81</sup> <<Se trata de una situación procesal que afecta a la parte a la cual le corresponde la carga procesal de probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de los efectos jurídicos que producen los hechos constitutivos de la pretensión del demandante. Ya en dicha situación, la parte demandada se encuentra impedida de ejercer su derecho a la defensa por corresponderle, según la regla general de distribución del *onus probandi*, la acreditación, bien de hechos de muy difícil o imposible prueba, bien de hechos cuya prueba resulta mucho más asequible para la contraparte>>.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, La carga de la Prueba en la Práctica Judicial Civil. Editorial La Ley 1 edición. Marzo 2006. Pp. 124.

ocasionaran los efectos de las labores mineras que se lleven a cabo en el margen de vulnerabilidad de su terreno, se trata de tarea dispendiosa, además, se deben considerar los honorarios del letrado encargado de su defensa y las costas, en su caso.

Con todo, la entrada en vigencia de la ley de bases generales del medio ambiente podría ser considerada un fundamento para la que la carga procesal se invierta a favor del dueño del predio superficial, finalmente, no es él quien inicia el procedimiento, pues el interés de constituir una servidumbre minera corresponde al concesionario, toda vez que, es él quien tiene un proyecto económico que satisfacer cuyo instrumento es el terreno que comprenderá la servidumbre. De este modo, se extinguiría por completo la hipótesis de enriquecimiento sin causa que afecte al demandado. A mayor abundamiento, en este caso tiene plena adherencia la teoría de la relación jurídica procesal, puesto que, entre el concesionario y el titular del predio no existen obligaciones, pues lo que origina la relación procesal es la pretensión del concesionario, luego la fuente que obliga al demandado a ser parte del proceso es la ley y no un hecho de su parte sea lícito o ilícito. En fin, siendo el sentido de este epígrafe demostrar a través de la jurisprudencia nacional el real efecto material en cuanto a afectación, decíamos que la determinación de la indemnización debe llevarse a cabo ex ante, es decir, como requisito para constituir el gravamen. La jurisprudencia no ha sido unánime en esta materia, de modo que, podremos encontrar sentencias de primera instancia en donde el juez realice una correcta interpretación de los artículos N°122 de la LOC y enfatiza que no se podrá dar lugar<sup>82</sup> a la constitución de servidumbre mientras no esté determinado el monto de la indemnización, a través de la incorporación de pruebas que acrediten el monto que se pretende pagar como indemnización, como la que determino: *“Sin embargo, y en esto hay que insistir, de todos los medios probatorios incorporados al juicio, no hay ninguno que dé cuenta de los perjuicios ocasionados al demandado, ni por cierto, de cómo llegara través de ellos prudencialmente por parte de este sentenciador a un monto indemnizatorio. Y lo señalado no es baladí, ya que precisamente, según los propios dichos, alegaciones y prueba acompañada por el actor, dan cuenta que la parte demandada si ha opuesto trabas al ejercicio de la servidumbre que se reclama autos, ha sido por la falta de acuerdo entre las*

---

<sup>82</sup> Ídem Pp.28 Y 29.

*partes en el monto de la indemnización a pagarse por la servidumbre, lo que ha llevado a la interposición de esta demanda, mas el demandante no ofrece ni una sola prueba en relación a este punto, siendo su obligación, ya que de acuerdo a los artículos 122 y 123 del Código Minero (...)*”; en el mismo orden de ideas, el considerando segundo de un fallo de la Corte Suprema<sup>83</sup> argumenta: “*como se dijo- resulta esencial para acceder a la limitación del dominio de que se trata. Insuficiencia que en caso alguno salva el informe pericial evacuado a fojas 133, el cual, apreciado a la luz de las reglas de la sana crítica y más allá de la ubicación de los predios dominante y sirviente ó la exposición de parámetros para el cálculo de la indemnización pertinente, no aporta elementos a partir de los cuales se entiendan y justifiquen razonablemente los cálculos que aparecen allí realizados*”.

Otra sentencia del Juez de Letras de Putaendo<sup>84</sup> del 28 de agosto de 2019, indica que la sola constitución del derecho de concesión no implica que se trate de un derecho absoluto y que se otorgue la servidumbre minera a todo evento argumenta: “*¿Es esta servidumbre minera un derecho absoluto? ¿Basta con su constitución para que automáticamente se entienda a la vez otorgada la servidumbre por parte del predio sirviente? La respuesta es negativa*”.

Empero, un caso sobre indemnización de perjuicios en el contexto de una constitución de servidumbre minera, refleja la desidia o ligereza con que algunos jueces abordan la indemnización de perjuicios. La sentencia<sup>85</sup>, confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta (ROL 662 - 2018), primero trasunta la ineficacia del mentado procedimiento para otorgar igualdad efectiva en términos de defensa para la parte demandada, pues, se

---

<sup>83</sup> CORTE SUPREMA. Con fecha 16 de marzo de 2010. Rol N° 183-2010. Minas, Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Soc. Contractual Minera Romeralito con Inmobiliaria Puerto Velero Cinco S.A”. Considerando Tercero. [Fecha de consulta 27 de diciembre de 2019]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>. Pp. 1.

<sup>84</sup> JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE PUTAENDO. Con fecha 28 de agosto de 2015. Rol N° 105-2015. Minas, Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Lazcano con Compañía Ganadera de Tongoy Limitada”. [fecha de visita 27 de diciembre de 2019]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>. Pp. 23.

<sup>85</sup> JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE ANTOFAGASTA. Con fecha 04 de junio de 2018. ROL C-914-2017. Op. cit.

otorgó la constitución de una servidumbre minera sin considerar la prueba que rindió el demandado en un momento posterior a la audiencia fijada al quinto día hábil. Tal prueba, demostraba fehacientemente que el monto fijado por los perjuicios era superior al determinado por el juez, al cual arribó con el sólo mérito de un informe pericial<sup>86</sup> carente de pruebas técnicas que reflejen el valor real de los terrenos en cuestión. En efecto, el perito basó el valor de la indemnización, a partir del valor de tasación de otros predios con similares características gravados por servidumbres mineras, considerando dicho valor como factor preponderante. Es decir, el juez no considero las pruebas aportadas por el demandado que demostraban el real valor de los terrenos, a partir de la tasación comercial<sup>87</sup> suscrita por la Seremi de Bienes Nacionales. Al respecto, cabe la observación sobre el criterio de determinación de valores tomando como referencia otros montos determinados en juicios sumarísimos para la constitución de servidumbres mineras. Lo cual es absolutamente improcedente, el efecto de cada sentencia es relativo, y el valor de los terrenos depende de las propiedades de cada terreno, se trata de una valoración sustantiva, a la cual no es aplicable la analogía de valores en el marco de un litigio *inter partes*. Por esto, no cabe hacer extensivo el monto de indemnización determinado para un predio superficial a otros, aun cuando se encuentren en el mismo sector, pues se deben considerar además escenarios protección destinados por el legislador como por ejemplo áreas protegidas o monumentos nacionales. De lo que se trata es que, siendo la imposición de este derecho real un gravamen; una limitación al derecho de propiedad del titular del predio sirviente, su aplicación debe ser restrictiva. De este modo, la determinación del monto de perjuicios en ningún caso podrá ser de carácter general, pues es relativizada al caso concreto. Así, aun cuando se tome como referencia el valor comercial de un terreno ello no implica que se deba considerar, además, como referencia el monto de determinación de perjuicios de otros litigios, son ámbitos que a la luz de máximas de la experiencia guardan autonomía en su construcción, de modo que no cabe una aplicación en bloque.

---

<sup>86</sup> *Ídem*. Informe pericial. Folio 19 de la tabla.

<sup>87</sup> *Ídem*. <Tasación comercial en copia de ORD.SE02-000212/2018, suscrito por la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, y que contiene Informe de Tasación Comercial N°3288, Informe de Validación Catastral I N°475>

Otro punto de pábulo, que a lo menos debiera generar cierto nerviosismo o aceptar desde ya, es que la mencionada vulneración al principio de igualdad es el subterfugio de la transitoriedad que el legislador ha utilizado, para atemperar el efecto real de la servidumbre minera, una especie de barbitúrico para atemperar el ánimo de los afectados y del proceso hermenéutico de los operadores y usuarios jurídicos.

Cabe hacer presente, que este tema se debió abordar en el capítulo destinado a la interpretación jurídica (mecanismos de resolución de conflicto), sin embargo, dada la relación directa con este principio, es menester continuar con esta cita:

*“Así que las antinomias son la realidad del sistema, mientras que la coherencia representa su ideal; un ideal al que, sin embargo, no debe renunciarse, pues, entre otras cosas, es garantía de la seguridad jurídica y la igualdad de trato”*<sup>88</sup>

Lo que parece indudable, es que el artículo N°19 del código minero inciso 2°: *“La duración de tales servidumbres no excederá de seis meses, contados desde la iniciación de su ejercicio”* es una manifestación directa de antinomia en relación a la duración efectiva de la concesión minera: de exploración, mínimo 2 años máximo 4; de explotación, indefinida. Pero, lo que conjuga la antinomia es el artículo N° 24 del código minero, expresa: *“Las servidumbres son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse, según lo requieran las actividades propias de la respectiva concesión o del establecimiento”*. Lo anterior, desde un prisma en base a la jerarquía intermedia que vimos en la hermenéutica de la facultad de catar y cavar. No obstante, también se extiende a la tesis de la supralegalidad bajo una consideración de empírica integridad y robustez.

En suma, estamos ante una regla válida pero ineficaz. Es decir, una antinomia de primer grado de tipo *total-parcial*. Puesto que, a nivel empírico la duración de 6 meses de una servidumbre reconocida en esta norma, no trasunta la realidad en la mayoría de los casos.

---

<sup>88</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. Editorial Trotto. 2005. Pp.142

Toda vez que, la duración de la servidumbre es determinada por la vida útil del proyecto<sup>89</sup>, siendo la servidumbre accesoria a la concesión sigue la suerte de lo principal, y por lo tanto queda sujeta a la duración de ésta. Así las cosas, se podría impetrar una acción dirigida a enervar la presunción de necesidad de la servidumbre minera, pues ésta podría quedar al arbitrio del minero, por cuanto en el ejercicio del legítimo derecho a desarrollar una actividad económica, será el proponente del proyecto quien defina cuanto tiempo han de permanecer las labores mineras sobre un determinado predio sirviente. Por todo lo anterior, cobra relevancia el estudio de evaluación medioambiental que la ley exige para todo proyecto nuevo, y toda modificación o ampliación de uno existente. El cual, además, debiera ser consistente con la vida útil que se hubiere presentado en el respectivo Plan de Cierre de Faenas según Ley 20.551. Pues, finalmente es una de las formas que permiten proyectar de manera eficaz y cierta la duración de las labores y el impacto de estas sobre el terreno.

### **3.2.3 Garantía artículo 19 N°8**

#### **“Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”**

Atendido el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República de Chile a saber: *“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”* reforzado por la Ley especial sobre bases generales del Medio Ambiente N° 19.300 artículo N°1: *“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del*

---

<sup>89</sup> Dada la obligatoriedad de presentar un plan de cierre para la aprobación de un determinado proyecto ante el SERNAGEOMIN, el artículo N°15 de la Ley 20.551 prescribe la obligación de mencionar en el respectivo plan de cierre la vida útil estimada del proyecto minero letra g). Ello, para efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el Reglamento N°41 Capítulo II Procedimiento de Aplicación General, referente a la presentación del Plan de Cierre y de sus menciones obligatorias. Ahora bien, se entiende por vida útil: *“Aquel cálculo que se efectúa en función de las reservas demostradas, probadas más probables, certificadas por una Persona Competente en Recursos y Reservas Mineras de acuerdo a las disposiciones de la ley N° 20.235, en relación con los niveles anuales de extracción de mineral”* (artículo N° Ley 20.551 letra q).

*patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia*". En su artículo 10 letra i), j), ñ), o) y r) expresa de manera indubitada que el ejercicio de actividades relacionadas a la minería, y en lo que convoca a esta afectación, queda establecido que el desarrollo de faenas mineras implica una afectación directa al derecho fundamental referido. Puesto que, el beneficio de minerales corresponde a una actividad que afecta la salud de las personas reconocido a nivel normativo y ambiental cuyo párrafo 2° Del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en su artículo N°8 reconoce abiertamente cuando prescribe la obligación de someterse a una Evaluación de Impacto Ambiental a proyectos que impliquen las actividades descritas anteriormente. De igual manera, el reglamento, por mandato de la Ley N°19.300 artículo N°13, DL N°40 del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental señala en el artículo N°3 los tipos de proyecto o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, y en lo que respecta la afectación en análisis específicamente en la letra i) subíndices i.1; i.2; i.3. Letra j) y r).

Consecuentemente, cabe la aplicación de los tratados internacionales en la materia como la Convención Marco sobre el Cambio Climático del año 2015 ratificada por Chile el año 2017, cuyo objetivo es reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza. Manteniendo el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales. Así también, de propender y concretizar el desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero <sup>90</sup>.

Así, de acuerdo con los principios que asientan la base de la institucionalidad medio ambiental, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre cambio climático de 1992 cuyo principio precautorio se consagra en el principio N°3. En lo que respecta, a la vulneración de los derechos fundamentales en análisis establece en concordancia con lo expuesto por

---

<sup>90</sup> Biblioteca Nacional del Congreso. Decreto N°30. Promulga el acuerdo de París ratificado por Chile el año 2017. [Fecha de consulta: 28 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1103158>>

profesor Eduardo Astorga<sup>91</sup> a propósito del principio precautorio: “*Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas*”. Cabe destacar, que este criterio de consideración al principio precautorio ha sido adoptado por la jurisprudencia en materia nacional. Por ejemplo en la causa ROL R-111-2016 del Segundo Tribunal Medioambiental incluye como uno de sus principales argumentos, para mantener la medida transitoria adoptada por la Superintendencia del Medio Ambiente a efectos de clausura temporal de los pozos de extracción de agua, dado que una empresa minera no contaba con medidas que abordaran los efectos no previstos que estarían generando un daño inminente y grave al medio ambiente.<sup>92</sup>

Igualmente, se puede apreciar en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia<sup>93</sup>, el criterio que promulga el desarrollo sustentable, en orden a que, fue acogida la acción que solicitaba una protección efectiva a los bienes jurídicos de la salud de las personas y la calidad de vida de la población. Debido a que, en base a la vulneración de las garantías establecidas en el artículo 19 N°s 1 y 8 de la norma suprema el recurrente, en conjunto con otras personas, interpone la acción de protección por amenaza y perturbación de su salud; la preservación ecológica y del medio ambiente. Toda vez que, la empresa de Servicios Sanitarios Los Lagos S.A en el ejercicio de sus funciones contamina las aguas del Lago Panguipulli al descargar aguas servidas utilizando habitualmente esta práctica como sistema de aliviadero.

De modo semejante, el criterio jurisprudencial se aprecia en la sentencia de Corte Suprema<sup>94</sup> al acoger un recurso de apelación proveniente de una acción de protección

---

<sup>91</sup> ASTORGA JORQUERA Eduardo. Op. cit., Pp. 1-33.

<sup>92</sup> Tribunal Ambiental. Con fecha 31 de agosto de 2017. ROL N° 111-2016. Sentencias e Informes. [Fecha de consulta: 29 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2014/07/R-111-2016-31-08-2017-Sentencia.pdf>>.

<sup>93</sup> CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA. ROL 874-2017 con fecha 11 de octubre de 2017. Caratulado “david Ruiz Cifuentes contta Essal S.A.”. Considerando Octavo. [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2019]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>

<sup>94</sup> CORTE SUPREMA. 12 de septiembre de 2018. ROL N° 5171-2018. Apelación Protección, se acoge. Caratulada “Denise Choloux Rios y otros C/Cogua Corporation S.A.”. Considerando Octavo. [Fecha consulta: 12 de diciembre de 2019]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>. Pp.5.

rechazada por la Corte de Apelaciones de Valdivia. En ella el afectado, junto con un grupo de personas provenientes de la Isla Teja de la Ciudad de Valdivia, recurre contra una empresa por la ejecución de obras, remoción de tierra y alteración de cauces de agua sin contar con los respectivos permisos, perturbando y amenazando las garantías establecidas en el artículo N°19 numerales 8 y 24 de la Carta Suprema. Así es que, luego de oficiar la corte suprema a la Superintendencia del Medio Ambiente, argumenta que corresponde acoger la acción por estar plenamente afectada la garantía del artículo 19 N°8 ya que se constató “el desarrollo de actividades de extracción de sedimentos desde el fondo de cursos de agua sin descartar en ello riesgo para el ecosistema o el curso de las aguas en que se desarrollan, y no contando con las autorizaciones ambientales y sectoriales necesarias” (el subrayado es nuestro).

Del examen anterior, se observa que de los acuerdos internacionales en materia ambiental emanan una serie de principios que sustentan el Derecho Ambiental, lo cual decanta en la constante adopción de principios provenientes de normas internacionales como por ejemplo La Convención de Estocolmo y Convención de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de Río<sup>95</sup>. Es así, como todos los principios se unen en el *principio in dubio pro natura*: el cual comprende la exigencia de conciliar el modelo de desarrollo del Estado con la necesidad de proteger el medio ambiente. Sobre el particular, el *principio in dubio pro natura* es un estándar de comportamiento general para todas las personas y particular para los órganos del Estado. Tiene un carácter ecléctico, ya que ante la posibilidad de elegir entre varias medidas, acciones o soluciones posibles, en el caso concreto se debe optar por aquella que tenga un menor impacto en el medio ambiente.<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Declaración acordada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992, Río de Janeiro.

<sup>96</sup> OLIVARES, Alberto y LUCERO, Jairo. Revista Ius Et Praxis. Contenido y Desarrollo del Principio In Dubio pro Natura [Fecha de consulta: 29 septiembre 2019]. Disponible en <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1192/598>>. Pp. 8 y 9.

### **3.3.4 Garantía artículo N°19 numeral 21**

**“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”**

El derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N°21 inciso 1° de la Constitución Política de la República garantiza el derecho de toda persona a desarrollar la actividad económica que prefiera mientras se encuentre dentro de las normas de orden público, legal y moral.

En este contexto, supóngase el caso en que el titular de un predio superficial decida destinar el predio a la agricultura y fruticultura o a una actividad que dependa absolutamente de la calidad del predio en su calidad de agrícola. El titular seleccionara específicamente un predio que ostente estas características. Tal es el caso de los predios ubicados en una zona productiva como la localidad de Hijuelas de la comuna de La Calera Región de Valparaíso, donde la principal actividad es silvoagropecuaria, cuyo porcentaje del PIB corresponde al 10,4 del total nacional según informe de la Odepa en año 2016.

Por lo tanto, si la calidad del terreno es óptima para desarrollar todo tipo de actividad agrícola, dada la alta capacidad potencial de uso, según los criterios mencionados anteriormente en el ítem de evaluación de predio superficial, da lugar al escenario en donde el predio superficial corresponde a una cosa no fungible para el titular del derecho de propiedad. De modo que, el gravamen impuesto por una servidumbre minera de tránsito u ocupación viene a coartar el libre ejercicio de las facultades de uso y goce inherentes al derecho de propiedad sobre una cosa.

De esta forma, el ejercicio del derecho de servidumbre Minera y derecho de propiedad sobre la concesión Minera implica una privación del derecho a desarrollar una actividad económica por parte del dueño del predio superficial, ya que al imponer una servidumbre de tránsito se le podría impedir, a voluntad del solicitante, el acceso a las hectáreas de su predio superficial de manera total o parcial y no suficiente con ello la servidumbre de ocupación le

podría impedir de la misma forma, ejercer las facultades esenciales del derecho de propiedad a saber: uso y goce de las hectáreas del predio superficial total o parcialmente.

En tal caso, se presenta una privación absoluta del derecho a ejercer una actividad económica, ya que no se podría llevar a cabo por ejemplo una producción silvoagropecuaria. Así, se presenta un escenario en donde la posibilidad de trabajo, del dueño de un predio superficial, ha sido arrebatado para dar preferencia al titular de un derecho de propiedad sobre una concesión minera con el solo efecto de satisfacer una actividad económica de carácter individualista (recordemos la abstracción de derechos y efectos, pues no desconocemos el fin del que defiende el orden público económico, pero, álgida atención comprende la proporcionalidad y, por lo tanto, el efecto en la igualdad). Ello, está en absoluta contradicción a juicio de Raúl Bertelsen Repetto académico y miembro de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución que ha fijado el sentido y alcance de la norma constitucional en los siguientes términos: "*significa que toda persona, sea esta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la normativa constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea considerada en sí misma ilícita, y lo son solo las que la Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legal es que la regulen*" (el subrayado es nuestro). En el mismo orden de ideas, se debe tener en consideración lo señalado por el Pacto San José de Costa Rica de 1969 con respecto al artículo N°32 de la correlación entre Deberes y Derechos: "*Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*". Y es que debemos tener presente que, cuando identificamos esta vulneración como potencial, nos estamos basando en la diversidad de criterios jurisprudenciales. Por ello, más allá de que exista un criterio que considere como legítima excepción: que el terreno se destine a la una actividad económica, de la misma forma, nos encontramos con criterios que desconocen tal excepción. A mayor abundamiento, debemos tener presente que existe la misma diversidad de criterios, al

considerar dentro de los factores de indemnización los valores presentes y no futuros, y en este caso, estamos frente a una inexistencia del periodo de carencia que tuviere el dueño del predio superficial para implementar su proyecto, pues no servirá la mera expectativa del negocio, para acreditar los perjuicios.

Por lo tanto, ante la inobservancia de los principios vinculantes en materia ambiental y económica, en lo que respecta a esta garantía, se presenta una amenaza implícita a las garantías constitucionales del derecho a desarrollar una actividad económica y del derecho de propiedad sobre el predio. En razón que, es inminente el detrimento irreversible del predio superficial. Debido a que, la minería en el desarrollo de sus labores realiza actividades que impactan directamente en el terreno y medio ambiente como es la salinización, reducción y contaminación del agua, pérdida de la raíz efectividad en la profundidad por excavaciones y depósito de residuos entre otros.

De este modo, el terreno va perdiendo gradualmente, hasta llegar por completo, la capacidad potencial del suelo y por lo tanto de la posibilidad de cultivo. Es decir, las propiedades del suelo se verán afectadas irremediablemente a lo largo del periodo restante de la duración de la concesión y de las servidumbres mineras impuestas el terreno. Inevitablemente perderá las propiedades que ostenta una determinada clase. Lo que, en el caso de la clase 1R sobre clasificación de suelos con alta capacidad potencial de uso se podría presentar incluso una hipótesis de lesión enorme y el correspondiente enriquecimiento ilícito sin causa, si no antecede una evaluación anticipada de perjuicios y del debido pago en tiempo y forma; un plan de reparación ambiental; plan cierre de faenas, u otro mecanismo semejante para la mitigación y reparación efectiva de los efectos adversos significativos sobre el predio y sus propiedades.

En otros términos, si una determinada empresa o minera comienza sus labores sin someterse a una Evaluación de Impacto ambiental y además no cumple con la obligación que le impone la Ley N° 20.551 sobre cierre de faenas e instalaciones mineras, dará lugar a la amenaza de todas las garantías hasta aquí enunciadas. Es decir, a la garantía del artículo 19 N°1 inciso 1° y 2°; N°21 inciso 1 y N°24. De modo que, al término de sus labores, y por lo tanto de la duración del aprovechamiento de minerales, al no haber caucionado el cierre

disponiendo la forma de financiamiento y el procedimiento a seguir o el plan de reparación de eventual daño ambiental, el predio superficial quedara abandonado junto con los depósitos de relaves y otros elementos tóxicos que la minera deseché. Y no conforme con ello, el titular del predio no tendrá a quien dirigir su acción de indemnización por perjuicios individuales y ambientales, dado el efecto de la resolución judicial que otorga el juez en lo referente al derecho real de servidumbre minera. En otras palabras, el dueño del predio superficial se encuentra en una situación de indefensión frente a una inexistente caución, reparación pecuniaria y ambiental. En razón, del inminente daño que sufrirá producto del detrimento económico y ambiental que infiere el desarrollo de actividades mineras en su predio superficial.

### **3.3 Mecanismos de Resolución de Conflictos Aplicable**

Como hemos visto, los conflictos normativos son inherentes en la interpretación de las normas, de ahí el fundamento de este acápite. Y es que, la eclosión de derechos fundamentales a lo largo de la evolución política-social, en el reconocimiento de derechos humanos, implica necesariamente la evolución de la legislación y, por lo tanto, de la función jurisdiccional y judicial<sup>97</sup>. Es así como, la resolución de controversias que comporte en mínima manifestación un derecho fundamental, requiere una exégesis basada en el silogismo jurídico que permita la decisión con mayor alcance ecléctico entre las partes; y entre los derechos de primera, segunda y tercera generación.

---

<sup>97</sup> Por cuanto la función principal del poder judicial es impartir justicia, a este respecto, podemos observar la justicia bajo el prisma de la definición que se hemos formulado para estos efectos en el desarrollo de este estudio: *“La justicia en el contexto del poder judicial, consiste en ejercer las funciones determinadas por ley, dada una sociedad en un lugar y momento determinado, que redunde en el Bien individual o colectivo. Es decir, de una determinada persona o del Bien común, ante la necesidad o requerimiento de restablecimiento del derecho; adoptando todo medio idóneo y disponible, dada tal sociedad. Ello, a través de los titulares de la jurisdicción o de la proyección de los mismos, cuyo conocimiento y que las máximas de la experiencia les ordenaren, para cumplir con el fin propio que le fue destinado.”*

Atendido lo anterior, la hermenéutica jurídica no debiera implicar una aplicación de mecanismo de solución de conflictos normativos, y que involucre un conflicto de derechos fundamentales, de forma excluyente. En otros términos, ante conflictos normativos la solución no acaba con la aplicación del criterio de la especialidad, jerarquía, temporal o cronológico de manera aislada. De la misma forma, que la colisión de derechos fundamentales no excluye la aplicación de los mecanismos de subsunción y/o ponderación, como se podrá verificar más adelante.

Por cuanto, el criterio jerárquico consiste en que la norma de mayor jerarquía desplaza a la de menor jerarquía condicionada por el tipo de norma, ámbito espacial y territorial, también temporal y cronológico. De modo que, la incompatibilidad entre normas de distinta jerarquía se resuelve en base a instituciones y organismos prescritos por ley; acción de inaplicabilidad o inconstitucionalidad; principio de derogación tácita y principio de especialidad. Cuyo órgano competente, para resolver este problema de manera objetiva, corresponde al Tribunal Constitucional<sup>98</sup>, sin perjuicio, de la derogación tácita relativa que se lleva a cabo por los jueces que dirimen las controversias en un caso particular. Es así como, la norma de jerarquía constitucional deberá prevalecer sobre las demás, es lo que denomina Prieto Sanchís como la irradiación del texto constitucional<sup>99</sup>. Por consiguiente, dado un conflicto en el contexto de una controversia que comporte derechos fundamentales, estaremos frente a normas de igual jerarquía, de modo que este mecanismo no será eficaz tampoco idóneo para la resolución del conflicto. Ello, aun, en el evento en que sea el propio legislador el que determine la preferencia en la consecución de un estado de cosas sobre otra,

---

<sup>98</sup> ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. Teoría de la Ley. [Fecha de consulta 13 de diciembre de 2019] Disponible en <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/el-c%C3%B3digo-civil-y-la-teor%C3%ADa-de-la-ley/>>.

<sup>99</sup> <<Es lo que se ha llamado a veces el efecto «impregnación» o «irradiación» del texto constitucional; de alguna manera, todo deviene en Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos. Porque la Constitución es una norma y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial>>.

SANCHÍS PRIETO, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. [Fecha de consulta: 29 diciembre 2019]. Disponible en <[http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf)>. Pp.8.

como es el caso del artículo N°24 inciso 6° parte final, bajo el entendido que pudiese representar un principio cuya cristalización lo convertiría en derecho constitucional. En efecto, no se puede aplicar de manera absoluta esta norma jurídica, dado el carácter relativo de los derechos constitucionales. Toda vez que, éstos responden a principios, es decir, son normas constitucionales de carácter sustantivo. Por lo tanto, la aplicación de esta norma se deberá realizar de manera restrictiva. Aun mas, la misma norma indica “*a las obligaciones y limitación que la ley señale*” se desprende entonces, que en su exégesis decisional deberán confluir normas de carácter general, especial; constitucionales, ordinarias; internas, internacionales <sup>100</sup>. Así, es dable arribar a la idea de neo constitucionalismo<sup>101</sup>, del que nuestra constitución no está exenta, más bien el panorama normativo actual de este Estado de Derecho, trasunta tal escenario. Acto seguido, las antinomias son inherentes en el pluralismo legislativo, de modo que aceptar una nueva teoría de interpretación jurídica es inminente.

Y es que, la actividad minera inevitablemente es foco de conflictos cuando involucra en su ejercicio, derechos fundamentales de múltiples titulares. Es por ello, que la legislación minera no puede abstraerse de otros ámbitos legales, como es el caso del Derecho Ambiental

---

<sup>100</sup> <<Sobre los tratados internacionales cabe reiterar su carácter imperativo una vez que el tratado internacional ha sido ratificado, promulgado y publicado en Chile, siguiendo la teoría dualista, que en la praxis se ha observado en nuestro país, el dualismo consiste en que una norma internacional debe ser reconocida e internada al derecho interno para su vinculación, dado que el ordenamiento jurídico internacional y el interno son sistemas jurídicos independientes, de modo que, es necesario que preceda la recepción global de dicho tratado. Ello, en virtud del artículo N°5 de la Constitución Política inciso 2°>>. BENADAVA Santiago. Derecho internacional público. 8° edición Editorial Lexis Nexis año 2004. Pp. 79, 83 y 84.

<sup>101</sup> Ídem <<Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. En cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos: Constituciones normativas garantizadas. Que una Constitución es normativa significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del Derecho –que son dos aspectos de una misma realidad–, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. Los documentos jurídicos adscribibles al neoconstitucionalismo se caracterizan, efectivamente, porque están repletos de normas que le indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer. Y dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata. A su vez, el carácter garantizado de la Constitución supone que sus preceptos pueden hacerse valer a través de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos>>

en sentido amplio y axiomáticamente del Derecho Constitucional. Pues, la transitoriedad de la servidumbre minera encuentra prueba irrefutable en el reconocimiento de los efectos que las labores mineras generan, plasmadas en normas jurídicas absolutas, que disipan por completo el argot de que la servidumbre minera es de carácter transitorio.

Así es como, llegamos al argumento por antonomasia de los letrados y jueces que abogan, aún, por la abstracción de las reglas mineras de otros ámbitos del derecho, como es el caso del derecho ambiental (cuya consideración no es casual, sino que obedece al momento crucial de sobrevivencia humana y de recogimiento normativo que es consecuencia de la evolución y del proceso cognoscente del impacto que ciertas actividades tienen sobre el medio ambiente y, por lo tanto, sobre las personas) cuando esgrimen que, la constitución de la servidumbre minera es inmune a la observancia de las obligaciones y limitaciones del ejercicio de las labores mineras, empero, su carácter accesorio.

En Derecho, sabemos que cada institución tiene sus reglas y procedimientos, así, la constitución de un derecho real y su ejercicio se rigen por distintas reglas. Por lo tanto, el argumento que esgrimen los letrados ante la negativa de constitución de servidumbres o jueces en la decisión de otorgarlas sin la observancia de la normativa ambiental tiene fundamento jurídico, sólo, bajo el enfoque del derecho civil y de los modos de adquirir el dominio. No obstante, no tiene sentido alguno otorgar un derecho cuyo ejercicio es ilusorio, y es este fenómeno jurídico de transcendental importancia, en el mecanismo de resolución de conflictos a que arribe el juez para resolver la controversia.

Como hemos visto, no cabe dotar de autonomía al artículo N°120 de la LOC, sino que debe ser armonizado y aplicado coherentemente con la hegemonía normativa que rige al respecto. En la jurisprudencia nacional, se verifican diversos criterios, algunos descansan en una manifestación incomprensible del legalismo y otros realizan una tarea interpretativa, deductiva y sistémica que es acorde a las exigencias de la labor del juez actual, que trasuntan la naturaleza racionalista del ser humano a la luz del neo constitucionalismo. En esta posición, una ventaja del activismo judicial permite que el juez se deslice por las distintas

normas legales y principios, a objeto de converger de forma ecléctica soluciones que permitan evitar posibles hipótesis de abuso del derecho<sup>102</sup>.

Anteriormente, se indicó que la resolución de este tipo de controversias no alberga la inobservancia de los derechos constitucionales de todos los intervinientes y afectados con la constitución y ejercicio de la servidumbre minera. De modo que, los mecanismos a aplicar radican en el método de la subsunción y del test de ponderación de derechos fundamentales. Por consiguiente, en el caso de la legislación minera ambos métodos pueden concurrir de manera coetánea, e incluso conexa. Lo anterior, no obedece a un capricho, empero la obsolescencia si será arbitraria y, por lo tanto, una decisión que irradia injusticia.

De esta forma, corresponde comenzar el análisis de los principios y reglas en causalidad, del tema que convoca este trabajo, para arribar a la interpretación jurídica aplicable en un sistema evolucionado o complejo como el nuestro, según adelantamos en el capítulo anterior. A continuación, se desarrolla la hermenéutica bajo una teoría de interpretación jurídica sobre el neo constitucionalismo.

En primer lugar, los derechos fundamentales consagrados en los artículos N°19 numeral 1° “*derecho a la vida*” y “*integridad psíquica y física*”; 2° y 3° “*derecho a la igualdad*”; 8° “*derecho a un vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”; 21° “*libertad para ejercer una actividad económica*”; y 24° “*derecho de propiedad*”, este último, tanto para el titular de una concesión minera como para el dueño del predio superficial, representan principios y no precisamente reglas, la diferencia entre este tipo de normas jurídicas consiste en que las reglas son normas jurídicas cerradas de característica principalmente deóntica, compuestas por la descripción del hecho fáctico; del imperativo del deber ser negativo o positivo; de la consecuencia jurídica producto de la comisión del hecho. Se trata entonces, de una norma dotada de la tipicidad suficiente para ser aplicada al hecho concreto.

---

<sup>102</sup> Referido en este aspecto, a la inevitable responsabilidad extracontractual para el caso en que se otorgue la constitución de un derecho de servidumbre minera sin cumplir con las normas que prescriben limitaciones y obligaciones del ejercicio de la actividad minera. Así, se presentan perjuicios al dueño del predio superficial que deben ser indemnizados, pero a un mayor costo. Pues ese perjuicio, se pudo evitar con una correcta aplicación de las normas jurídicas atinentes a la materia y en la oportunidad determinada.

En tanto que, los principios son normas de carácter abstracto, abiertas. De cuya indeterminación del hecho fáctico o de la consecuencia jurídica, no permiten encuadrar el hecho concreto en una norma, pues no existe tal tipificación. Este tipo de normas, comprende las directrices que deberán observar las normas de un ordenamiento jurídico determinado. En otras palabras, son normas fragmentarias, pues carecen de al menos uno de los tres elementos de la norma (supuesto de hecho, modalidad deóntica o consecuencia jurídica<sup>103</sup>).

El enunciado del artículo N°24 inciso 6° parte final “*Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas*” en una primera impresión, no parece ser más que una tautología en orden a reafirmar que el derecho de propiedad no es absoluto, lo que en realidad acontece con todos los derechos fundamentales. Luego, se puede afirmar que esta norma jurídica, cumple el rol de una regla de fin y de un permiso como habilitación, pues, *idealmente imponen un cumplimiento pleno* para la consecución o mantención de un estado de cosas, lo que se traduce en una promesa de la autoridad <sup>104</sup>, en relación a que el ejercicio del derecho de concesión minera, en sus variantes de exploración y explotación, no se podrá ver restringido o perturbado por actos arbitrarios. Es decir, esta norma tiene la categoría de promover la actividad minera, y de intentar mantener el escenario propicio para llevar a cabo tales labores sin más obligaciones y limitaciones que las establecidas por ley. Cabe agregar, que esta norma comprende en su sentido permisivo fuerte, un permiso como habilitación, pero no en relación a un derecho constitucional, pues el derecho a imponer servidumbres

---

<sup>103</sup> <<De la ausencia de la consecuencia jurídica, se podrían considerar a juicio de *Robert Alexy* “mandatos de optimización”. bajo el prisma que, según el dinamismo del hecho, su aplicación se encuentra condicionada a diversos factores que deberán ser necesariamente aplicados a través de la ponderación, es decir pudiere concebir un cumplimiento gradual>>.

SANCHÍS PRIETO, Luis. Ley principios, derechos. Op. cit., Pp.55.

<sup>104</sup> <<Siguiendo a von Wright, permiso como habilitación implica concretamente el permiso como tolerancia, que manifiesta un compromiso por parte de la autoridad que dicta la norma de no interferir en la realización de la conducta permitida, de tolerarla, en definitiva. Y, además, es un mandato dirigido a otras personas a fin de que hagan posible o faciliten el acto permitido. Con todo, ello siempre que concurren ciertas circunstancias. Por otro lado, la promesa de la autoridad en el permiso como habilitación implica que sobre los jueces y tribunales pesa la obligación de respetar dicho mandato. >>

SANCHÍS PRIETO, Luis. Apuntes de Teoría del derecho. Op. cit., Pp.46 y 55.

mineras no corresponde a la categoría de derecho fundamental. Por cuanto, el mandato que pretendió plasmar el legislador para efectos de comportar un fuerte mensaje a los empresarios mineros, en el cual el ejercicio de las labores mineras mimetiza la obligación de abstenerse de interferir en el ejercicio de un derecho ajeno, no puede ser interpretado de forma absoluta o autónoma, pues, *el fundamento del permiso sea una promesa de no interferencia, más allá del compromiso moral, es necesario un marco de garantías jurídicas que asegure el cumplimiento de la promesa o auto compromiso*<sup>105</sup>. De lo que se trata, es de comprender que tal norma no tiene la fuerza jurídica suficiente para aplicar una relación de preferencia incondicionada. Así, ante la concurrencia de derechos fundamentales siempre quedara sujeto a ello, si no hubiere ley que reglamente tales relaciones sociales.

En base a lo anterior, esta norma impone un mandato sobre jueces o autoridades de imponer limitaciones al predio superficial sólo en virtud de las obligaciones o limitaciones que la ley señale. De esta forma, deja fuera toda interpretación dúctil o arbitraria a la que pudiere arribar el juez, tanto para restringir o extender el derecho de propiedad de ambos titulares.

Por consiguiente, las normas secundarias<sup>106</sup> prescritas para el reconocimiento, transformación y adjudicación del procedimiento que permite llevar a cabo el mandato de esta norma, en su acepción regla como fin (artículo N°19 numeral 24 inciso 6°), se reglamenta de forma directa por los artículos N°s 7 y 8 de la LOC; artículos N°15, 18, 19, 109, 116, 122 a 125, por redirección del artículo N°19, del código minero. En lo específico, lo que dice relación con las obligaciones o limitaciones que por ley se deben observar para la constitución de un gravamen como la servidumbre minera, el artículo N°122 prescribe un mandato a priori, es decir, la constitución de este derecho queda sujeto al cumplimiento de la condición suspensiva de evaluación de perjuicios de manera anticipada. Pero, sobre todo,

---

<sup>105</sup> *Ibidem*. Pp. 47.

<sup>106</sup> <Las normas secundarias desempeñan una función en relación con otras normas del sistema. Así, estas diseñan las formas y procedimientos para identificar, producir, eliminar o controlar la aplicación de aquéllas. En concreto, cabe decir que las normas secundarias desempeñan tres funciones: de reconocimiento o identificación de las normas que componen el sistema; de cambio o transformación de esas mismas normas; y de adjudicación o aplicación a los casos concretos>>. *Ibidem*. Pp. 66.

la norma del artículo N°124 prescribe una norma polifacética, pues se manifiesta como norma primaria y secundaria, prescribiendo una norma de comportamiento de modalidad deóntica en cuanto una obligación de hacer, por tanto, positiva, y con dirección de conducta a priori, es decir, tiene como fin prevenir perjuicios. Adicionalmente, el enunciado del artículo N°7 LOC expresa: *“Las limitaciones se establecerán siempre con el fin de precaver daños al dueño del suelo o de proveer a fines de interés público”*, por esto es dable afirmar, que el legislador tuvo en mente una posición preventiva frente a los gravámenes que habilitaría a imponer al predio superficial con prevalencia al ejercicio de labores mineras. Debemos recordar, que cuando la ley en materia minera, utiliza la expresión “la facultad de catar y cavar”, en puridad se refiere a la facultad que emana del ejercicio de un derecho real de concesión minera. En consecuencia, se colige que cuando en el artículo N°8 reitera la prescripción habilitante del artículo N°19 numeral 24 inciso, ya comentado, cabe aplicar la misma posición preventiva. En efecto, se debe atender al fin principal que persigue la limitación de establecer perjuicios ex ante para llevar a cabo las labores mineras, ya sea esta en virtud de un permiso o de una servidumbre, dado que el efecto de dichas labores es el mismo en esencia, y de forma análoga, el inciso 4° y 5° del artículo N°8 al referirse a la constitución, ejercicio e indemnización de las servidumbres mineras. En suma, lo que hemos dicho, equivale a reafirmar el procedimiento, que se encuentra en ciertas líneas manifiestas y otras latentes, sobre la secuencia de obligaciones que debe cumplir el concesionario, y que de cuyo cumplimiento decanta el nacimiento del derecho a ejecutar labores mineras, pues antes del permiso y de la consecuente servidumbre minera, si es necesaria, solo tiene un germen de la facultad que lo habilita a ejecutar, derecho que se consolida cuando cumple las obligaciones establecidas por ley. Ley que no se encuentra manifiesta en la normativa minera, pero que es posible inferir de los enunciados normativos que se refieren a las facultades de hacer, que emanan de un derecho concesión, como se expresa en el numeral 1° de los artículos N°s 10 y 11, acto seguido establece: *“salvo la observancia de los reglamentos de policía y seguridad y lo dispuesto en los artículos 7° y 8°”*.

Desde esta perspectiva, se mencionó en el acápite *En virtud del Derecho de Concesión Minera*, que la obtención del permiso por parte del dueño del predio superficial debe ser ex ante a la solicitud de la servidumbre minera, que en los casos ya analizados podrá ser

convencional, judicial o improcedente. En seguida, la norma primaria que prescribe la LOC del artículo N°7 tiene el carácter de facultar o autorizar labores para catar y cavar, pero, acto seguido incorpora un enunciado prescriptivo deóntico *de obligación*, pues dicha facultad está sujeta a las limitaciones que la ley determine, ellas en consideración de evitar daños de tipo particular (al dueño del suelo) o general (interés público). Así, en el caso de la regla que deja a discreción del dueño el permiso, cuando existan en el terreno “arbolados o viñedos”; o a pronunciamiento de la autoridad correspondiente en ciertos terrenos, no permite obsolescencia alguna, es decir, bajo esta regla no tiene espacio la discrecionalidad. Luego, los artículos N°s 15 al 17 del código minero en el mismo sentido.

Una interpretación jurídica coherente de la norma prescriptiva mencionada y la constitución de la servidumbre minera sujeta a condición de la procedencia de la primera, es justa. En la LOCCM la servidumbre se reglamenta en los artículos siguientes al párrafo de catar y cavar, orden que no es aleatorio sino sistémico, recordemos la interpretación legal y autentica de los artículos N° 19 a 24 del Código Civil, o la intención<sup>107</sup> del legislador en este ámbito en la historia de la LOCCM. A mayor abundamiento, el artículo N°18 del código minero sanciona la contravención: “*Se concede acción pública para denunciar estas contravenciones. El juez podrá, en todo caso, decretar la suspensión provisional de las labores*”. De este modo, si el permiso pudiere obviarse, esta regla se traduce inmediatamente en un precepto ineficaz y, por lo tanto, un absurdo jurídico inconcebible en el sistema legal. La secuencia que presenta el artículo N°8 al referirse a la servidumbre minera después de la norma que prescribe el permiso, no es superflua, es necesaria la interpretación lógica de los preceptos, pues, en su inciso final indica que dicha facultad una vez obtenida cumpliendo

---

<sup>107</sup> <<Así, las labores de exploración y de explotación son determinadas libremente por el titular de la concesión, pues el que asume el riesgo de la labor minera es quien está en mejores condiciones de decidir la forma, oportunidad y medios de emprenderla. Por cierto que este concesionario debe sujetarse a los reglamentos de policía y de seguridad mineras y que siempre quedan a salvo los derechos de terceros, debiendo, en consecuencia, requerirse los permisos necesarios para catar y cavar en ciertos terrenos o cercanos a los que señale la ley. De esto se desprende que el derecho de concesión minera se puede poseer, pero por sí mismo, en algunos casos, no es suficiente para explorar o explotar, como ocurre si no se dispone de los permisos que la ley exige para catar y cavar en ciertos terrenos.>> Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Historia de la Ley N° 18.097 Código de Minería. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.bcn.cl>>. Pp.34.

con la observancia de las obligaciones y limitaciones que indique la ley, comprende además el “derecho a que se constituyan las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras”, de forma análoga se encuentra el artículo N°19 del código minero y reiterado en artículo N°116. Ahora bien, lo anterior no implica que la constitución de servidumbre sea automática, esta se reglamenta en los preceptos posteriores. Por lo tanto, de tal secuencia es posible colegir que el permiso es anterior a la constitución de la servidumbre minera; así como para la constitución de una concesión minera es obligatorio cumplir con las obligaciones y limitaciones que impone la Ley N° 20.551 sobre cierre de faenas e instalaciones mineras, de modo que, el otorgamiento del derecho de concesión sea condicional a ésta. Por último, la norma de unívoca interpretación es el inciso 4° del artículo N°19 que prescribe: “*Para solicitar su constitución judicial en los lugares a que se refieren el inciso final del artículo 15 y el artículo 17, será necesario acompañar los permisos prescritos en esas disposiciones*”.

En la jurisprudencia nacional, concurren criterios que adoptan una interpretación jurídica con plena observancia a la naturaleza de las normas primarias, que acogen a plenitud el carácter de prescriptivas; y otros criterios que no son capaces de reconocer el comportamiento práctico prescrito por una norma jurídica de tipo regla, de su carácter absoluto y general. En el sentido del primer criterio, se recoge un fallo de primera instancia<sup>108</sup> donde se verifica lo prescrito por el artículo N°15 inciso 4°, el permiso del dueño del predio superficial cuyo terreno, solicitado para la constitución de una servidumbre minera, se encuentre cubierto de plantados de vides o de árboles; de arbolados o viñedos según regla especial del artículo N°7 parte final de la LOCCM, es vinculante para la constitución de una servidumbre minera. De criterio análogo, la Corte Suprema<sup>109</sup> revoca la sentencia dictada en primera instancia y confirmada por la Corte de apelaciones de la Serena al constituir la servidumbre minera a

---

<sup>108</sup> JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE LITUECHE. Con fecha 13 de diciembre 2013. Rol N° 88-2012. Minas, Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua ROL N°178-2014. Caratulada “Iriarte con Agrícola Cahuel S.A.”. [fecha de visita 28 de diciembre de 2019]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>. Pp. 21.

<sup>109</sup> CORTE SUPREMA. 16 de marzo de 2010. Rol N° 183-2010. Op. cit., Pp. 2.

pesar de la inobservancia de las disposiciones que en este segmento abordamos y determina: *“De esta manera, resulta evidente que si el concesionario desea la constitución de servidumbres necesarias para una conveniente y cómoda exploración y explotación, y éstas puedan afectar terrenos superficiales que están en algunas de las situaciones contempladas en el artículo 17 del Código de Minería, los permisos que exige esta norma deben ser obtenidos con anterioridad a la solicitud de las servidumbres y considerados al determinarse por el tribunal la finalidad de las mismas en relación a una faena minera real y factible”*. No obstante, se podrán encontrar criterios jurisprudenciales que no observan lo prescrito por dicha regla, como se verifica en una sentencia de la Corte Suprema 2010<sup>110</sup> que concede la constitución de una servidumbre minera sobre arbolados sin acompañar (porque no se solicitó) el permiso del predio superficial. En el mismo orden de ideas, el criterio del Tribunal Constitucional es conteste en que entre las obligaciones y limitaciones que la ley prescribe para el concesionario minero, comprende el permiso. Así, lo esboza en una sentencia, considerando trigésimo sexto:” *Que, de este modo, el permiso del dueño del predio superficial en caso de terrenos plantados con árboles o vides, se fundamenta en las limitaciones que debe establecer el legislador al concesionario minero.”; que estas limitaciones consistirán en “la necesidad de obtener permiso del dueño del suelo o de la autoridad correspondiente, en su caso, para ejercer la facultad de catar y cavar en ciertos terrenos”; Lo mismo ha señalado la doctrina. “Si no puede realizar trabajos mineros, no se podrá legítimamente imponer la constitución de servidumbres contra la voluntad del propietario del terreno superficial... Ello porque la finalidad de la servidumbre es precisamente la de facilitar la exploración y explotación mineras, por lo que no puede el titular de la pertenencia pretender la constitución de servidumbres sin antes obtener y*

---

<sup>110</sup> Entre sus considerandos, todos contestes, expresa en N°5:” Que, asimismo, comparte este tribunal lo expresado por el a quo en cuanto a que la constitución del gravamen solicitado es previo a la aplicación del sistema que cautela el respeto de la legislación en materia ambiental; así como la ausencia de impedimento para acceder a lo pedido en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal”.

CORTE SUPREMA. Con fecha 30 de septiembre de 2010. Rol N° 3905-2010. Minas, Casación Fondo Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Sociedad minera Isla Riesco S.A con Roderick Maclean Boyd Peter thomas”. Considerando quinto. [Fecha de consulta 05 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>. Pp. 3.

*acompañar el permiso...*”<sup>111</sup>. En este contexto, podemos citar una sentencia de primera instancia<sup>112</sup>, que aplico las limitaciones antes referidas al dueño del predio superficial, es decir, en el sentido del Título VIII De los derechos y obligaciones de los concesionarios mineros párrafo 3º, en lo específico la regla del artículo N°116 del Código de Minería. Así, el tribunal de primera instancia considero que al existir arbolados corresponde previamente el permiso del dueño. En sentido contrario, la Corte Suprema revoco la sentencia, pues aplico el criterio de reserva de permiso, sólo basado en un terreno que implique un factor económico, así expresa en su considerando 12º:”*Que la primera disposición utiliza el concepto de “arbolados” y, a juicio de esta Corte, refiere a un factor de índole económico, v. gr., a la explotación de variedades arbóreas a través del desarrollo de actividades relacionadas con la industria forestal, ya que una interpretación diversa haría ilusorio el derecho a desarrollar la actividad minera, e importaría desconocer la respectiva concesión y, con ello, conculcar el dominio de su titular que está protegido por la garantía constitucional consagrada en el número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, según dispone su inciso 9º*”<sup>113</sup>.

Luego, las nomas primarias que reglamentan la institución de la servidumbre minera, establecen como es lógico en el artículo N°8 de la LOCCM y N°19 del código minero el derecho a: “*imponer transitoriamente sobre los predios superficiales las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales*”, pues quien emprende la tarea de catar y cavar siendo posible el beneficio de minerales según los resultados que hubiere

---

<sup>111</sup> Pp.45

<sup>112</sup> JUZGADO DE LETRAS DE LA CALERA. Con fecha 13 de diciembre 2013. Rol N° 1217-2011. Minas, Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Badilla Toro Leopoldo con Reisz Rottenberg pedro”. [Fecha de consulta 24 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>> Pp. 5. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso ROL N°39-2015, pero revocada por la Corte Suprema ROL N°6975-2015 en virtud de un recurso de casación en el fondo por el peticionario de la constitución de las servidumbres de tránsito y ocupación.

<sup>113</sup> CORTE SUPREMA. Con fecha 23 de agosto de 2016. Rol N° 6975-2015. Minas, Casación Fondo Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Badilla Toro Leopoldo con Reisz Rottenberg pedro”. Considerandos 12º al 14º. [Fecha de consulta 26 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>. Pp. 12-13.

obtenido, esperara pasar a la siguiente fase y concretar dicho beneficio. Cabe señalar, lo mismo para el concesionario en el marco de una concesión de exploración o explotación y su derecho a imponer una servidumbre reiterado en el artículo N°109 del mismo cuerpo legal. Para ello, la ley franquea este derecho real, solo si es necesario, el cual previamente debe ser solicitado de modo convencional o judicial como ya hemos visto y que indica el inciso 4° del artículo N°8. Se trata de una norma de carácter permisiva pero no prescriptiva, es decir, del enunciado se puede colegir que se encuentra el elemento deóntico, pero el hecho fáctico y consecuencia no está determinado. Esto es así, porque el supuesto de hecho en que se requiera una servidumbre minera es relativo, podría o no ser necesario; se podría obtener o se podría denegar; queda a discreción del requirente solicitarla y del dueño del predio superficial aceptarla en algunos casos, así, cuando el permiso para catar y cavar no es procedente mal podría constituirse una servidumbre minera en el mismo terreno. De la consecuencia jurídica, es posible arribar a la multiplicidad de posibilidades que se podrían presentar, de modo que, quedara condicionada al hecho concreto. En consecuencia, las normas que dan derecho a constituir una servidumbre minera no son absolutas, es decir, estas no se pueden constituir a todo evento.

Posteriormente, el mismo artículo nos reenvía a los artículos N°s 120 a 125 del código minero para la constitución, ejercicio de este derecho real y de la indemnización que proceda.

En resumen, a la ejecución de labores mineras debe anteceder el cumplimiento de la norma constitutiva (que habilita el derecho a ejecutar y que es posterior a la solicitud del permiso), es decir, a la constitución de la servidumbre minera y anterior a ambas será la evaluación de perjuicios de manera anticipada, disponiendo el monto de indemnización efectivo y suficiente para reparar los perjuicios que causa el ejercicio de la mencionada labor. Volveremos sobre este punto más adelante.

Como hemos podido observar, la afectación del derecho fundamental como derecho de propiedad del dueño del predio superficial no alcanza a una colisión de derechos fundamentales respecto al concesionario minero. Pues, en realidad no hay una colisión entre los derechos de propiedad de dichos titulares. Ello, se debe a que la afectación que sufre el dueño del predio pasivo, no es consecuencia del ejercicio del derecho de propiedad que tiene

el minero sobre su concesión. Dado que, el germen de lesividad nace en la constitución de una servidumbre minera, afectada por una precaria interpretación normativa, cuyo factor de necesidad, instrumentalidad y transitoriedad constituye finalmente una abrogación tácita con efectos relativos en nombre de una mal utilizada discrecionalidad. De este modo, el derecho a constituir una servidumbre minera no corresponde a un derecho fundamental menos constitucional, por lo tanto, no podemos hablar de colisión de derechos fundamentales con respecto al derecho de propiedad del titular del predio pasivo. Lo cual, no es ilógico, toda vez que se trata de un gravamen, de una de las limitaciones al derecho de propiedad, recordemos que los derechos fundamentales no son absolutos. Sin embargo, ello no significa que la limitación se lleve a cabo gratuitamente y al margen de la ley.

Por todo lo anterior, la forma en que se debiera resolver la afectación del derecho de propiedad causada por la constitución y ejercicio de una servidumbre minera, bastaría hasta ahora con el método de la subsunción, la cual se ha desarrollado a lo largo de estas líneas. Por cuanto, la ley, ha provisto las reglas de carácter general que hace un momento hemos visto, para llegar a ejercer actividades mineras sobre predio ajeno.

Desde otra óptica, decíamos que la norma del artículo N°19 numeral 2 inciso 6° corresponde a una norma jurídica que no consagra precisamente un derecho fundamental, limitándose a promover la consecución de la actividad minera imponiendo como mandato a que su ejercicio no sea perturbado o restringido por hechos cuyo origen sea distinto a la ley, dado su contenido. De forma contraria, de la prescripción que enuncia el artículo N°19 numeral 8, se puede afirmar que corresponde irrefutablemente a un derecho fundamental y por lo tanto constitucional, cuando en nuestra constitución garantiza *el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación*, imponiendo el deber de tutela al Estado, y con ello se manifiesta el estado constitucional promoviendo la dimensión positiva, dada la intromisión a efectos de rectificar el actuar privado en el contexto de un dúctil escenario libertario. Y en el remoto caso de dudas, el inciso tercero y final prescribe: *“La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”*.

En esta parte, la eficacia material de este principio es un punto álgido, atendida la jurisprudencia anterior y posterior a la entrada en vigencia de la ley sobre bases generales del medio ambiente N°19.300 y su reglamento decreto N°40. Si la eficacia jurídica, implica que el éxito de una norma primaria se relaciona con la aplicación de las normas secundarias que la desarrollen, no es impertinente arribar, a la luz de la jurisprudencia nacional, a un amago de aplicación de la garantía que consagra el artículo N°8. Hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N°19.300, el pragmatismo de tal aplicación no ostentaba de un lienzo jurídico que hiciera posible su implementación. Por lo menos, no en primera instancia, de este modo, y actualmente, la invocación de este artículo debía esperar hasta segunda instancia, sin embargo, en la praxis lo tocante a la aplicación de principios es pormenorizada a nivel de la Corte Suprema, a través del test de ponderación, aunque actualmente en lo que respecta a esta materia, dada las reglas absolutas que disponen las leyes del medio ambiente basta con el procedimiento de subsunción y sin el retardo de instancias. Con todo, se está al recurso<sup>114</sup> de que se trate. Porque, como hemos visto hasta aquí, las reglas que prescriben enunciados con relación de preferencia absoluta, incondicionada, desde la óptica de obligaciones y limitaciones para resguardar este derecho, no tiene mayores representantes que la Ley 19.300, y hasta cierto punto, la ley de cierre de faenas, y algunas normas de emisión primarias. Pero, se debe recordar que la entrada en vigencia del régimen normativo ambiental actual no fue sino a partir del año 2010.

Sea como fuere, hoy la jurisprudencia se desenvuelve en un contexto jurídico, podríamos decir, neo constitucional. Claro está, la teoría de interpretación jurídica contemporánea no permite la aplicación del legalismo desnudo, como podría, ante un pluralismo normativo, legislativo, el que habida cuenta, se va transformando junto con la evolución de la conciencia y su posterior materialización jurídica. Acá no se trata, de entender tal materialización en sometimiento al positivismo, sino considerar una teoría de interpretación sin sujeción temporal, espacial, o de autoría e identificación política, de lo que se trata es de resolver las contiendas que involucren derechos fundamentales bajo el prisma de la diversidad de normas

---

<sup>114</sup> Así, la Corte Suprema conoce en segunda instancia respecto a un recurso de protección, en su caso. Y en tercera instancia si se tratare de un recurso de apelación de una sentencia definitiva dictada en primera instancia, cuyo tribunal de alzada confirma la decisión del tribunal acquo.

jurídicas en sentido amplio, junto con sus determinados procedimientos. Que, ante todo, no significa una desnaturalización de la tarea interpretativa del juez, al contrario, se trata de un marco normativo que permite la flexibilidad y dinamismo en su aplicación, es finalmente la esfera apoteósica de la discrecionalidad del juez.

Con todo, el catálogo de normas actual que rige en materia medioambiental, disponen una aptitud de eficacia en potencia, para dar cumplimiento al mandato del inciso 2° del numeral 8 en estudio (garantía medioambiental). Por consiguiente, toca verificar la eficacia material de tal legislación en el ámbito jurisprudencial nacional para proteger el derecho a que alude el artículo N°19 numeral 8. Antes bien, cabe recordar, que a lo largo de este trabajo la referencia a la ley medioambiental y del análisis de las normas que dicen relación a labores mineras, tiene su fundamento en la característica instrumental que se ha pretendido demostrar sobre sus prescripciones. Ciertamente, el artículo N°15 del código minero permite la relación indirecta o latente con estas reglas de comportamiento, por cuanto los artículos N°s 120 a 125 (por redirección del artículo N°7 de la LOCCM), como ya hemos visto, ordena a priori que la ejecución de labores mineras sobre terrenos cuyo dueño del predio superficial se encuentre en las situaciones en que debiendo facilitarlas las repudia, no se lleve a cabo mientras no se determine el monto de indemnización y el inciso 5° del artículo N°8 de la LOC establece que las servidumbres: *“no podrán aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidas”*; artículos N°10° y 11° numeral 1 LOCCM, describen la obligación de cumplir antes, con la identificación cualitativa y cuantitativa de las características de esas labores, y por lo tanto, de sus efectos. Como se vio en el acápite del derecho de igualdad, la eficacia jurídica y material perseguida por el legislador con la dictación de estas reglas, permiten que estas prescripciones se lleven a cabo en la oportunidad de verificar, dada la magnitud de un proyecto, si requiere una RCA. Del resultado positivo o negativo, lo importante es que, a partir de ese estudio, se podrá arribar a las peticiones que ordenan las normas cuyo fin intrínseco se condice con el sentido del artículo 7 de la LOCCM.

Como se adelantó en el acápite de los instrumentos de Gestión, decíamos que la observancia a las políticas de Evaluación Ambiental Estratégica es obligatoria. De modo que, el artículo N°9 ter inciso 1° de la Ley N° 19.300 es coherente cuando establece que todo proyecto deberá *“describir la forma en que tales proyectos o actividades se relacionan con*

*las políticas, planes y programas de desarrollo regional, así como con los planes de desarrollo comunal*”, asimismo, cabe remitirse a lo desarrollado en el instrumento de gestión Evaluación de Impacto Ambiental, dado el mimetismo en su vinculación. Por cierto, este tema no deja de estar exento de polémicas jurisprudenciales en la interpretación de la vinculación de la normativa medioambiental en la aplicación discrecional de los jueces en materia minera y, porque no mencionar, de los letrados en la misma. Por cierto, se verifican los criterios que satisfacen la pretensión del legislador al dictar esta acertada normativa, como por ejemplo una sentencia de la Corte Suprema, en orden a revocar una sentencia de primer grado que otorgó la constitución de una servidumbre minera, sin observar las normas de planificación territorial exigida en la materia. Se reproduce el considerando Quinto: “*Que, según las normas citadas y reseñadas, el demandante ha debido cumplir previamente con las exigencias legales, respecto de las normas medioambientales para respetar el derecho a vivir en un medio libre de contaminación y permitir la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, debiendo en consecuencia revocarse la sentencia de primer grado y rechazarse la demanda*”<sup>115</sup>. Otro criterio, se observa en una sentencia de la Corte Suprema<sup>116</sup>, en orden a postergar la sujeción de la normativa medio ambiental para una fase posterior a la constitución de la servidumbre minera, indica: “*conclusión que no importa desconocer la normativa medio ambiental ni las sectoriales, porque su cumplimiento debe quedar diferido para una etapa posterior, esto es, una vez que la servidumbre quede constituida y, en esas condiciones, el concesionario minero para llevar a cabo las labores mineras deber obtener los permisos medioambientales y sectoriales, en caso de ser necesario;*”.

Con todo, parece oportuno reflejar el pensamiento de los algunos ministros disidentes (Muñoz y Blanco) a la idea de postergar la legislación ambiental a la constitución de servidumbres mineras. Aun cuando, la sentencia fuere contraria a sus planteamientos,

---

<sup>115</sup> CORTE SUPREMA. Con fecha 17 de agosto de 2017. Rol N° 7598-2015. Minas, Casación Fondo Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Cementos del Bio Bio con fisco de Chile Considerando quinto. [Fecha de consulta 05 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>. Pp. 3.

<sup>116</sup> CORTE SUPREMA. 30 de noviembre de 2017. ROL N° 58842-2016. Op. cit., Pp. 6.

creemos que trasunta la conciencia actual, que, por más intentos de eclipsar, está presente en el ordenamiento jurídico. De esta forma, una sentencia de la Corte Suprema, ya mencionada anteriormente, revoco la sentencia de segunda instancia que confirmaba la del tribunal acquo, en orden a denegar la constitución de una servidumbre minera, por no concurrir los presupuestos que habilitaran su procedencia, argumentan en su considerando Cuarto:“(…) *parte relevante del foco de la controversia es la prevalencia de dos intereses contrapuestos: el derecho de propiedad de la demandante y el derecho de todas las personas -titularidad colectiva-, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Ambos son derechos fundamentales que requieren, sin embargo, de una valoración diferente que, a juicio de estos disidentes, en el caso sublite debe inclinarse en favor de la protección del medio ambiente. En efecto, el artículo primero de la Constitución Política del Estado dispone que "el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común"; siendo deber de los funcionarios del Estado -en el ámbito de sus competencias- cumplir dicha misión, velando por el interés superior de la persona que, en este caso, no es otro que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y preservación de la naturaleza frente a las amenazas directas o indirectas que determinados proyectos puedan generar en el ámbito ambiental, por lo que la evaluación previa surge como necesaria. Es la razón por la cual el artículo 10 letras i) y j) de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente mencionan expresamente a los proyectos de desarrollo(…) El carácter preventivo de los mecanismos referidos en la Ley N° 19.300 se debe entre otras razones a una característica de la industria minera: "... destructiva, en el sentido de que el aprovechamiento de los recursos se confunde con pérdida, en cierto sentido, de recursos naturales no renovables y con la afectación de su entorno, lo que plantea una consideración de tipo ecológico" .(Derecho de Recursos Naturales, Alberto Tala. Ediciones Jurídicas pág. 272). De modo que sin impedir el desarrollo, el sometimiento al sistema de evaluación previa que evite el deterioro de los recursos naturales del medio ambiente o de sus componentes -entre los que cabe destacar el sociocultural- tiene su fundamento adicional en la insuficiencia o inadecuación de una tutela sólo reparadora ya que se trata de intereses no reducibles sólo a equivalentes monetarios.”; considerando Quinto: “En consecuencia, toda actividad desplegada, de cualquier naturaleza, debe respetar las normas medioambientales. De esta*

*manera, la explotación de los yacimientos mineros, como el resto de los emprendimientos del sector industrial, debe estar en armonía con el hábitat y con los ecosistemas existentes y en concordancia con el desarrollo sustentable, que es el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras.”; considerando sexto: “Que, de acuerdo a los razonamientos fácticos y jurídicos formulados, la intervención judicial en el proceso de constitución de la servidumbre minera de autos y sus alcances y relaciones con las demás fases o etapas básicas de la industria minera, requiere la ponderación y aplicación de una extensa normativa legal de diverso rango como la Constitución Política de la República, la Ley de Bases del Medio Ambiente, Normas sobre Planificación, el Código de Minería, Ley General de Urbanización y Construcción y su Reglamento, usos de suelo y otras. Asociado al caso sublite de constitución de servidumbre por ejemplo, debe respetarse el principio esencial contemplado en el artículo 39 de la Ley de Bases del Medio Ambiente sobre uso del suelo en el sentido que se haga en forma racional a fin de evitar su pérdida y degradación, (...); considerando Octavo.” Que, en este sentido, no se puede decir que el Código de Minería haya establecido una especie de servidumbre "a toda costa" en favor de quienes desarrollan la actividad minera, prueba está que la somete a una previa decisión judicial con conocimiento de causa; sin que sea posible sostener que sólo el control administrativo posterior podría conciliar la colisión de derechos antes indicada, puesto que si no es la judicatura quien resuelve esa contienda, mal podrá hacerlo una autoridad menor sin potestad jurisdiccional.”; y por último considerando Noveno.” Que, en definitiva, como las servidumbres mineras deben constituirse en la medida que sean útiles y beneficiosas para el que las solicita, según se desprende del artículo 120 del Código de Minería, la no concurrencia de esa finalidad establecida expresamente por el legislador, tomando en consideración el ejercicio de las servidumbres solicitadas, podría llegar a ser ilusorio por las limitaciones legales señaladas, de lo cual es posible colegir que una servidumbre en tales condiciones carecería de causa”<sup>117</sup>.*

---

<sup>117</sup> CORTE SUPREMA. ROL-6795-2015. Op. cit., Pp.

## CONCLUSIONES

Si pensamos en el fin originario y sustantivo de la existencia del Estado, cual fuere, proteger la propiedad privada, la posibilidad de un escenario en donde ésta sea arrebatada, en su más variada graduación, no deja de activar una de las reacciones con mayor naturalidad del ser humano: la defensa, al fin, un mecanismo de sobrevivencia. Por ello, no podemos hacer menos que quedar perplejos, ante las implicancias del derecho real que fue objeto de este estudio. Que, por cierto, inmediatamente nos lleva a la tesis del utilitarismo versus el libertarismo, pues ya no hablamos solo de liberalismo (vetusta ideología, pero que sin duda propicio las vías de acceso a la evolución de los derechos fundamentales). Fue en ese estado de penumbra que, reunir los antecedentes que nos permitieran llegar a comprender el fundamento de este gravamen, pudiere habilitar, en cierto modo, el estado necesario de sosiego necesario, para reconocer entre esta nebulosa una exegesis multidimensional normativa, dispuesta para emprender una loable hermenéutica jurídica, que habida cuenta, siempre estará a disposición del proceso intelectual individual y del progreso general social, nos proporcionó las herramientas jurídicas, para impregnarnos de un cúmulo de prismas, en virtud de la generosa racionalidad, ante nuestro objeto de estudio: gravamen transitorio en lo formal, pero, perpetuo en lo material.

Es así, que analizar el marco contextual de este *Res incorporale*, desde su germen, no fue inocuo, para dar pábulo al desarrollo de un criterio objetivo, a través de la cognoscencia de antecedentes atingentes en su más variada dimensión, que obliga detentar el análisis del núcleo de este problema. Porque, cuando logramos comprender la esencia del Orden público Económico, identificamos incluso de un modo automático, el fin ulterior: el Bien común, cuya naturaleza reflexiva se presenta de manera intrínseca en su concepción, de modo que, es naturalmente necesario aplicar una especie de teoría inversa para recordar la razón primitiva de su adopción en sus múltiples enfoques. De esta forma, llegamos al fundamento, mismo que se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico, basado en la concepción humanista cristiana de la sociedad: el desarrollo espiritual y material de todos los integrantes de la sociedad, el cual, comprende inexorablemente el respeto y propensión de los derechos fundamentales y/o constitucionales dada su cristalización en la Carta Suprema. Así, logramos

comprender cuál es el rol del Estado, y en un equilibrio entre el utilitarismo y libertarismo, asentimos la función del estado subsidiario con sujeción de los límites en su dimensión positiva y negativa. De manera que, retroceder a la historia de la normativa minera permitió empatizar con la desesperada intención del legislador para impulsar una actividad económica, que hasta hoy, es una de las principales actividades económicas del país, lo cual, hasta cierto punto, no deja de producir preocupación, pues no es fácil concebir que después de varias décadas desde la entrada en vigencia de la Constitución política de 1980, aún Chile dependa casi exclusivamente de la exportación de minerales, y no es arriesgado arribar, a que la actividad que sigue sea la actividad agrícola. Algo paradójico, si pensamos en que las consecuencias de las labores mineras están en contradicción con la plena ejecución de ésta actividad. Efectivamente, nuestro estudio sobre suelos contempla una esfera de afectación que no es singular, en cuanto sujeto activo, la jurisprudencia develó personas jurídicas; particulares; de derecho privado; público, en fin, un amplio potencial de titulares hambrientos de justicia, y que habida cuenta, la judicialización de los derechos fundamentales que verificamos, vulnerados, están garantizados. Por consiguiente, fue necesario el desarrollo del paralelismo, y de nuestra capacidad de empirismo, para atender el problema desde la óptica de ambos escenarios. Desde luego, por que contemplar el fin de nuestro Estado de Derecho, o incluso es posible decir Estado Social, pretéritamente, en virtud de una candidez política, jurídica podría producir una especie de conformidad ante las limitaciones al dominio, en lo específico al derecho de propiedad, ello sería una posición ¿Utópica? El racionalismo no fue constitutivo sino declarativo.

Entonces, como no es posible la hipertrofia del pensamiento, solo tiene lugar el entendimiento de éste escenario, y ello fue posible a la luz del análisis del momento político, social y económico en el cual fue redactada la legislación minera, junto con las directrices que adoptara la Carta Suprema para dar garantía a la mentada actividad minera. Y es hasta cierto punto lógico, si atendemos el hecho de que, hasta ese momento, no existía una investigación exhaustiva que arrojar los efectos irreversibles que resultan del ejercicio de las labores mineras, como tampoco, existía en Chile la adopción de una legislación medioambiental que permitiera evitar tales efectos. Con ello, nos referimos a una normativa vinculante, ya que, si bien es cierto, existían ciertos acuerdos internacionales, debemos

recordar que, en nuestro Estado de derecho, los tratados o convenciones internacionales forman parte del derecho interno, una vez que, la respectiva norma internacional ha sido ratificada por Chile, y que se encuentre vigente. Con todo, se desvela un punto de misterio jurídico (o talvez político, o simplemente invoquemos el axioma de que la ingeniería jurídica; el proceso legislativo, mirado en su proceso diseño, redacción es empíricamente compleja, dada la constelación de normas, en su más variada manifestación, considerando, además, el procedimiento de dictación de normas que rige para nuestro ordenamiento jurídico) en lo dicho anteriormente. Claro, decíamos que en la época en que se dictó la Constitución de 1980, el legislador solo tenía en mente un horizonte, el derecho amparado en el numeral 8 de artículo N°19, sino disponer de las normas jurídicas que hicieran posible llevar a cabo la política de desarrollo económico, de imperante necesidad, como todos sabemos. ES decir, el objetivo formal de las normas involucradas en este estudio que propenden a dicha actividad, nos referimos a la normativa minera, buscaba dotar de eficacia material a esta política. En efecto, las intenciones u objetivos a nivel de políticas, necesitan disponer de las normas instrumentales que les permitan materializar tales prescripciones. Por ello, como indicábamos no deja de llamar la atención, que el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, quedara petrificado solo a nivel de principio, mas no doto, el legislador de las normas instrumentales que le permitieran hacer efectivo el amparo relativo de ese derecho, destinándolo sólo a una directriz axiológica en esta norma suprema.

En consecuencia, adherimos al fundamento del Orden Público Económico y logramos comprender porque el legislador diseño una normativa con suficientes prerrogativas a la actividad minera, como también, logramos aceptar que los derechos fundamentales no son absolutos; que un derecho implica limitaciones y obligaciones; que una de las limitaciones del derecho de propiedad es el interés público. Con todo, no estamos contestes en la tesis de la función social de la propiedad, en contraposición con los fundamentos del libertarismo, en que en realidad no somos dueños del patrimonio que hemos logrado adquirir con nuestro trabajo, u otras formas mientras sean lícitas, pues, esta se debe sacrificar ante el interés público. Ello, nos parece que no es más que una demagogia para albergar los vicios de la consciencia a escala política con influencia legislativa, peligrosa mezcla, que es inconcebible en un Estado de Derecho de corte neoliberal. La clave, en este escenario es el equilibrio, no

podemos pretender impetrar más cargas a cierto tipo de contribuyentes y a otros ofrecer mayores prerrogativas, no es concebible el sacrificio de un sector de la sociedad, a un nivel desproporcionado. Y es que, este argumento no es una invención de este escrito, recordemos el principio de la igualdad y de la igual repartición en las cargas públicas. Lo anterior, encuentra un amplio lienzo de vulneración de derechos a raíz del ejercicio de la servidumbre minera, específicamente por la inobservancia de los efectos materiales del ejercicio de este derecho.

Así pues, cuando se desarrolló la ingeniería jurídica del diseño de normas primarias y secundarias que permitieran llevar a cabo al legislador el fin propuesto en la normativa minera, no se reparó en tales efectos, de ahí que la característica de este derecho real es el fundamento de este trabajo “La transitoriedad”, ya que, como pudimos observar en el desarrollo del estudio, esta característica es pragmáticamente inexistente en este gravamen. Ciertamente, los efectos materiales de este derecho real son totalmente incompatibles con procedimiento que se destinó para su constitución, ejercicio e indemnización, siendo este último, el punto de álgida determinación en los escenarios de afectación en el patrimonio del dueño del predio superficial. Ello, por cuanto la legislación minería (el código minero y la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras) indica en ciertos pasajes de sus preceptos, que la indemnización es una medida que debe ser incorporada en la constitución de la servidumbre, e incluso, indica que los afectados por las labores mineras podrán ser indemnizados de todos los perjuicios que esta genere, destáquese “todo perjuicio”.

Ahora bien ¿Por qué decimos que es un punto de pábulo a la afectación de derechos? Como primer punto, vimos que el procedimiento destinado para la contestación es extremadamente breve, haciendo ilusoria la posibilidad de una defensa suficiente para revertir la presunción de necesidad que detenta el concesionario minero, para la constitución de la servidumbre en las coordenadas del terreno “elegido” por el mismo. Por cuanto, evidencia una indiscutible vulneración al principio de la bilateralidad de la audiencia. Recordemos que, el fundamento de este principio es proporcionar a ambas partes el procedimiento adecuado, que trasunte reales de resolver el conflicto en razón de la justicia, de ello, se tiene que el trato y las posibilidades deben ser igualitarias, así como el demandante tiene la posibilidad de exponer

sus argumentos el demandado debe contar la posibilidad real de defensa, de manera que, la contra argumentación sea consustancial y no una mera notificación.

En segundo lugar, el legislador otorgo una discrecionalidad al operador jurídico para considerar la prueba, que pragmáticamente no podemos afirmar, ha sido equitativa. Intentemos explicar, la norma que se refiere al procedimiento sumarísimo para administrar jurídicamente este derecho real, indica “*el juez podrá*”, lo cual permite que el juez pueda fallar con el solo mérito de la sana crítica. Que ello, está dentro del principio de legalidad, no hay negación alguna, pero no es suficiente para llegar a la convicción ni menos al valor efectivo de perjuicios que sufrirá el dueño del predio pasivo, dado que, se presenta un factor que se pormenorizo en tal normativa, cual es aplicar la institución de indemnización del Código Civil (en orden a la regla de la supletoriedad), que establece que solo se indemnizan los perjuicios o daños ciertos, comprobables y efectivos. Bajo este escenario ¿Cómo podría el demandado acreditar los perjuicios del efecto irreversible que generen las labores mineras en su predio superficial, con anterioridad? es imposible. Es por esta razón, que cuando el juez argumenta en su sentencia definitiva; que el derecho real en cuestión no arrebató la propiedad del titular del predio pasivo, sino que sólo le impone la obligación de no hacer o de abstenerse de interferir en la cómoda y expedita labor minera y que, por este motivo, no cabe un avalúo del predio, pues mantiene la nuda propiedad sobre éste. En puridad, no se representa la pérdida del valor del predio, y que es inminente a la actividad minera, como pudimos observar. De modo que, aunque no estemos frente a una institución que permita la expropiación del predio, dada la discrecionalidad y la ventaja del judicialismo, bien podría impetrar mayores medidas de cautela para aminorar los efectos pecuniarios que ocasionara el ejercicio de la servidumbre minera en el patrimonio de este titular.

A lo anterior debemos sumar, la doble interpretación que se observa en la jurisprudencia nacional con respecto a la facultad de catar y cavar, ya que según la tesis de la supralejaldidad se extiende la potestad de ejecutar tales labores a cualquier persona, lo que, en la práctica no significaría un problema si las obligación y limitaciones que reviste la institución del *permiso*, según los tipos y las condiciones respectivas, se aplicara a todo evento. Sin embargo, como fuimos testigos, ello no en pocas ocasiones se pormenoriza decantando en la inobservancia de las normas destinadas a evitar los citados escenarios.

Adicionalmente, la interpretación de las condiciones en que procede el cateo prohibido, no está exenta de una ambigua y peligrosa interpretación, dado que, un criterio es atribuir la tesis de la supralegalidad de las normas, de modo que, los arbolados no se consideran un presupuesto del cateo prohibido, a diferencia del criterio basado en la tesis de la jerarquía intermedia: que otorga un rango superior a la LOCCM, de manera que, será aplicable una plantación de arbolados susceptible de excepción cuando se encuentren dentro de las coordenadas solicitadas en la servidumbre minera. Pero aquí, nos encontramos con otro criterio de interpretación: solo se considera una potencial prohibición si los arbolados reportan beneficio económico al dueño del predio pasivo.

En consecuencia, a través de la lectura de este estudio, se desprenden otros escenarios e hipótesis de vulneración de derechos, que, junto con lo anterior, nos llevan a la imperiosa necesidad de trabajar en el proceso del análisis de la interpretación jurídica en esta materia, y de forma análoga, en materia medioambiental, considerando la relación de causalidad de la primera en los efectos significativos adversos sobre los bienes jurídicos protegidos, cuyo amparo, permiten las normas primarias y secundarias, que acertadamente están prescritas para una regulación ex ante. Por cierto, incluso podríamos hablar de una doble causalidad, pues, la relación causal conexas del ejercicio de las labores minera, en virtud, de la servidumbre minera en su rúbrica de instrumentalidad, es absolutamente aplicable, ya que, las normas que contiene la legislación medioambiental son reglas de aplicación absoluta, en estricto rigor, de relación de preferencia incondicionada, de modo que, este es un argumento de carácter imperativo que debemos sumar, a la inconcebible contumacia de soslayar la ley y pretender mantener la independencia del derecho a ejecutar labores mineras en una esfera diferente de la servidumbre minera en lo material. Ya que, en lo formal no existe independencia alguna, toda vez que la servidumbre minera es un derecho accesorio, de modo que, depende exclusivamente del derecho de concesión que habilita su facultad de solicitud de constitución, pero no a la inversa, así es que, vista de esta última forma, solo correspondera a un subterfugio para erigir una hipótesis de desvirtuación del derecho de concesión.

Por lo tanto, a través del proceso de desarrollo en la fase de la exégesis del problema en estudio; la hermenéutica jurídica de la legislación minera, para efectos de verificar la forma en que se llega a tales interpretaciones jurisprudenciales, fueron objeto de estudio normas

jurídicas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, en su más amplia clasificación de preceptos. En efecto, se profundizó en los principios, normas primarias, secundarias; en sus manifestaciones deónticas, que permiten afirmar que la legislación minera no es autónoma. Lo cual, da origen a una eclosión de posibilidades para revertir la afectación no solo del titular del predio superficial sino a la comunidad en general. Ello, por cuanto, el estudio arroja que los efectos de la actividad minera no solo alcanzan al dueño del predio pasivo, sino que se extienden al medio ambiente y con esto a los demás integrantes de la sociedad, independiente de la cercanía física con el punto de impacto.

De esta forma, profundizamos en el neo constitucionalismo, junto con ello, la interpretación jurídica aplicable a los conflictos que se susciten entre derechos fundamentales, o en controversias que en su mínima manifestación comprenda la afectación de un derecho fundamental. Así, los mecanismos de resolución de conflictos aplicables para resolver el trasfondo del problema en estudio tienen plena aplicación, en virtud del método de la subsunción y ponderación.

Ciertamente, la evolución de los derechos fundamentales abre la puerta a nuevos derechos, que, aun no siendo garantizados, no es óbice desconocer su carácter fundamental. De modo que, en un Estado de Derecho, es inexorablemente necesario recurrir a un tipo de interpretación jurídica que permita arribar a soluciones ecléticas entre las partes. De lo que se trata, es que ya no se concibe la interpretación aislada de una determinada normativa en su ámbito de aplicación. En otros términos, el operador jurídico, atendido el decisionismo judicial, tiene la libertad suficiente para deslizarse por los principios; normas primarias; secundarias; obligatorias; permisivas y prohibitivas que le permitan llegar a la convicción suficiente para resolver los conflictos cuando no fuere aplicable una subsunción desnuda.

Con todo, la normativa medioambiental que actualmente se encuentra vigente, nos permite la aplicación de este método (subsunción) y junto con ello, proteger los derechos fundamentales tanto del titular del predio superficial como de la sociedad toda. En efecto, tales reglas comprenden la tipificación suficiente para evitar los perjuicios irreversibles o permanentes sobre el medio ambiente, de los cuales, redundan en beneficio al dueño del predio superficial. Pues, si se respeta la mencionada normativa, la carga procesal que afecta al

demandado en un procedimiento de constitución de servidumbre minera, se invierte automáticamente al concesionario minero. Y en esto se debe poner énfasis, ello no significa un aumento de costos para el demandante. Pues, el agente económico que quiere llevar a cabo un proyecto de tipo minero, de manera imperativa debe verificar si debe someterse a una RCA o DIA, y en ese proceso se podrá validar si el tipo de labor que pretende desarrollar producirá al menos uno de los efectos significativos, indicados por la norma, sobre alguno de bienes jurídicos protegidos. De manera que, al momento de solicitar la servidumbre minera podrá contar la información necesaria para llegar a un monto de indemnización que sea más cercano al real perjuicio que sufrirá el dueño del predio superficial, ya que, según el estudio, se puede afirmar que la servidumbre minera es sólo transitoria para efectos jurídicos mas no materiales.

En suma, la clave para abordar una solución trascendental en el tema servidumbre minera, es la triada compuesta por: la proporcionalidad, prescrita por la ley; la equidad, cuya fuente serpa la ley y la jurisprudencia; y el desarrollo sostenible, cristalizada por los principios cuyo valor axiológico ya se ha iniciado en esta fase de evolución, conocida como neo constitucionalismo. Finalmente, la equidad es justicia, y en esta etapa de constitucionalismo de los derechos, quien está llamado en primera línea es el operador jurídico. Este último, es quién tiene la facultad y deber de aplicar las normas supremas convergiendo las normas, con sujeción a las reglas de interpretación, para otorgar una solución del conflicto con trascendencia temporal y espacial, de relevancia transgeneracional decantando en un aporte, que en potencia es particular y en acto general, por cuanto global.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS**

ACUÑA, Juan Andrés. Derecho Reales Limitados. [Fecha de consulta: 25 de **enero de 2020**]. **Disponible en** <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-los-bienes-y-de-los-derechos-reales/>>.

ASTORGA JORQUERA, Eduardo, Derecho Ambiental Chileno (Parte General). 4ª edición actualizada, colección tratados y manuales. Thomson Reuters. 2014. Pp. XI-XV. Pp. 15.

BENADAVA, Santiago. Derecho internacional público. 8º edición Editorial Lexis Nexis año 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoría del derecho. [Fecha de consulta 11 de enero 2020]. Disponible en <[https://www.academia.edu/32057830/Teoria\\_General\\_DeL\\_Derecho\\_-\\_Bobbio\\_Norberto\\_Cap?auto=download](https://www.academia.edu/32057830/Teoria_General_DeL_Derecho_-_Bobbio_Norberto_Cap?auto=download)>.

BURGOS, Juan Manuel. Definiciones extraídas de obra Antropología: una guía para la existencia. Editorial Palabra, España, 2008. Capítulo La persona: dignidad y misterio.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, La carga de la Prueba en la Práctica Judicial Civil. Editorial La Ley 1 edición. Marzo 2006.

Fernandois Vöhringer, Arturo. Derecho Constitucional Económico: Tomo I. Garantías económicas, Volumen 1. [Fecha consulta: 12 de enero de 2020]. Disponible en <<https://books.google.cl/books>>.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las Cosas Incorporales en la doctrina y en el Derecho Positivo. 1ª. ed. Chile: Editorial Jurídica, 1995.

KANT, Manuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa Primera Edición San Juan, Puerto Rico. Madrid, 1921.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira. Iniciación al derecho. Publicaciones Universitarias Delta. 2006.

N O Z I C K, Robert. Anarquía, Estado y utopía. Título original: Anarchy, State, and Utopia. Editorial Basic Books. 1974.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 13 - N° 2, 2006.

OLIVARES, Alberto y LUCERO, Jairo. Revista Ius Et Praxis. Contenido y Desarrollo del Principio In Dubio pro Natura [Fecha de consulta: 29 septiembre 2019]. Disponible en <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1192/598>>.

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. Teoría de la Ley. [Fecha de consulta 13 de diciembre de 2019] Disponible en <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/el-c%C3%B3digo-civil-y-la-teor%C3%ADa-de-la-ley/>>.

RALWS, John. Teoría de la justicia. Título original: A Theory of Justice. Editorial Harvard University Press .1971.

SANCHÍS PRIETO, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. Editorial Trotto, 2005.

SANCHÍS PRIETO, Luis. Ley principios, derechos. Editorial Bartolomé de las Casas 1998.

SANCHÍS PRIETO, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. [Fecha de consulta: 29 diciembre 2019]. Disponible en <[http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf)>.

SIERRA I, Lucas y MAC-Clure, Lucas. Frente a la mayoría: Leyes supra mayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile. Primera edición: octubre de 2011. Santiago Chile. [Fecha consulta 18 de enero 2020]. Disponible en <[https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095718/libro\\_Frente-a-las-mayorias\\_web\\_LSierra-LMacClure.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095718/libro_Frente-a-las-mayorias_web_LSierra-LMacClure.pdf)>.

VIVANCO MARTÍNEZ, Angela. Curso de Derecho Constitucional. Ediciones Universidad Católica de Chile 2006.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio. Justicia Constitucional. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

## NORMATIVA

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Decreto 100 Constitución Política de la República de Chile. [Fecha 7 de septiembre de 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Decreto 132 Reglamento de Seguridad Minera 2002. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221064>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Decreto 40 Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental 2012. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1053563&idParte=0>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Decreto 83 Declara clasificación de suelos agropecuarios y forestales en todo el país. [Fecha de consulta: 28 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1019962>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Decreto Ley 2186 Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones 1978. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6848>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Decreto Ley 3.525 Servicio creado el 26 de noviembre de 1980. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7160&idParte=8629045&idVersion=>>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Decreto Ley 488 Código Minería 1932. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6128>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. DFL 1 Código Civil. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Historia de la Ley N° 18.097 Código de Minería. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.bcn.cl>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Historia de la Ley N° 18.248 Código de Minería. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37075/1/HL18248CodigoMineria.pdf>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Ley 18.097 Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras 1982. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29522>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Ley 18.248 Código Minería 1983. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29668>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Ley 19.300 Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente 1994. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Ley 20.285 Ley Sobre Acceso a la Información Pública 2008. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Ley 20.551 Ley Regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras 2011. [Fecha de consulta: 7 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Ley N° 18.755 Sobre el Servicio Agrícola y Ganadero año 1988. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30135>>

Biblioteca Nacional Congreso de Chile. Ley N° 19.147 Crea la oficina de estudios y políticas año 1992. [Fecha de consulta: 13 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30514>>

Biblioteca Nacional del Congreso. Decreto N°236 año 2008. Promulga el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la organización internacional del trabajo. [Fecha de consulta: 26 de enero 2020]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=279441>>

Biblioteca Nacional del Congreso. Decreto N°30. Promulga el acuerdo de París ratificado por Chile el año 2017. [Fecha de consulta: 28 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1103158>>

Biblioteca Nacional del Congreso. Decreto N°32. Aprueba Reglamento para la Evaluación Ambiental Estratégica. [Fecha de consulta: 26 de enero 2020]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1083574>>

Biblioteca Nacional del Congreso. Decreto N°32. Aprueba Reglamento para la Evaluación Ambiental Estratégica. [Fecha de consulta: 26 de enero 2020]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1083574>>

## **SENTENCIAS**

1° JUEZ DE LETRAS DE COQUIMBO. ROL C-2777-2014. Con fecha 21 de agosto de 2015. [Fecha consulta: 19 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>

2° JUEZ DE LETRAS DE SAN BERNARDO. Con fecha 22 de marzo de 2017. ROL C-2344-2012. Caratulado “Padilla/Cristi”. [Fecha de consulta: 12 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>

CORTE DE APELACION DE LA SERENA. ROL C- 1419-2015. Con fecha 19 de enero de 2020. Caratulado “Compañía Minera Florida S.A. con Comunidad Quitallaco”. Considerando Octavo. [Fecha de consulta: 12 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>

CORTE SUPREMA. Con fecha 16 de marzo de 2010. Rol N° 183-2010. Minas, Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Soc. Contractual Minera Romeralito con Inmobiliaria Puerto Velero Cinco S.A”. Considerando tercero.

[Fecha de consulta 27 de diciembre de 2019]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>

CORTE SUPREMA. Con fecha 16 de marzo de 2010. Rol N° 183-2010. Minas, Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Soc. Contractual Minera Romeralito con Inmobiliaria Puerto Velero Cinco S.A”. Considerando segundo. [fecha de visita 27 de diciembre de 2019]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>

CORTE SUPREMA. Con fecha 17 de agosto de 2017. Rol N° 7598-2015. Minas, Casación Fondo Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Cementos del Bio Bio con fisco de Chile Considerando quinto. [Fecha de consulta 05 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>

CORTE SUPREMA. Con fecha 23 de agosto de 2016. Rol N° 6975-2015. Minas, Casación Fondo Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Badilla Toro Leopoldo con Reisz Rottenberg pedro”. Considerandos 12° al 14°. [Fecha de consulta 26 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>

CORTE SUPREMA. Con fecha 30 de noviembre de 2017. ROL N° 58842-2016. Recurso de casación en el fondo, se acoge con sentencia de reemplazo. Caratulada “Suarez Sandoval Mario con Agrícola Agropal Ltda. Y Otra”. Considerando 3°. [Fecha de consulta: 18 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>

CORTE SUPREMA. Con fecha 30 de septiembre de 2010. Rol N° 3905-2010. Minas, Casación Fondo Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada

“Sociedad minera Isla Riesco S.A con Roderick Maclean Boyd Peter thomas”. Considerando quinto. [Fecha de consulta 05 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>

JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE ANTOFAGASTA. Con fecha 04 de junio de 2018. ROL C-914-2017. Caratulado “Minera Michilla SpA/Fisco de Chile”. Considerando Noveno. [Fecha de consulta: 12 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>>

JUZGADO DE LETRAS DE LA CALERA. Con fecha 13 de diciembre 2013. Rol N° 1217-2011. Minas, Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Badilla Toro Leopoldo con Reisz Rottenberg pedro”. [Fecha de consulta 24 de enero de 2020]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>

JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE LITUECHE. Con fecha 13 de diciembre 2013. Rol N° 88-2012. Minas, Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua ROL N°178-2014. Caratulada “Triarte con Agrícola Cahuel S.A.”. [fecha de visita 28 de diciembre de 2019]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>

JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE PUTAENDO. Con fecha 28 de agosto de 2015. Rol N° 105-2015. Minas, Procedimiento sumarísimo artículo N°234 Código Minería, caratulada “Lazcano con Compañía Ganadera de Tongoy Limitada”. [fecha de visita 27 de diciembre de 2019]. Disponible en <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>>

Tribunal Ambiental. Con fecha 31 de agosto de 2017. ROL N° 111-2016. Sentencias e Informes. [Fecha de consulta: 29 septiembre 2019]. Disponible en <<https://www.tribunambiental.cl/wp-content/uploads/2014/07/R-111-2016-31-08-2017-Sentencia.pdf>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Con fecha 24 de septiembre de 2009. ROL 1284-2008. Acción de inaplicabilidad artículos 124 y 125 del Código de Minería y artículo N°8 inciso 5° de la LOCCM N°18.097. Caratulado “Domancic Dragicevic, Drago, con Bauzá Alvarez, Lorenzo”. [Fecha consulta: 11 de enero de 2020]. Disponible en <<https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=1227>>

## **ANEXOS**

Artículo Ley 19.750 Minería del Cobre. [Fecha de consulta: 21 octubre 2019]. Disponible en <[https://www.archivonacional.gob.cl/616/articles-8083\\_archivo\\_01.pdf](https://www.archivonacional.gob.cl/616/articles-8083_archivo_01.pdf)>

Biblioteca Digital Cirem. Pautas para estudios de suelo. [Fecha de consulta: 28 septiembre 2019]. Disponible en <<http://bibliotecadigital.cirem.cl/bitstream/handle/123456789/9665/CNR-0147.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

CÁMARA DE DIPUTADOS. Boletín N° 10441-08. Ingreso 10 de diciembre de 2015. [Fecha consulta 19 de enero de 2020]. Disponible <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=10864&prmBoletin=10441-08](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10864&prmBoletin=10441-08)>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016, Santiago, 2016.

Declaración acordada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992, Río de Janeiro.

Diccionario Real lengua española. [Fecha consulta 18 de agosto 2019]. Disponible en <<https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=transitorio>>

Land Degradation Assessment in Drylands. [Fecha de consulta: 19 de septiembre de 2019]. Disponible en <[http://www.fao.org/tempref/agl/agll/docs/lada\\_s.pdf](http://www.fao.org/tempref/agl/agll/docs/lada_s.pdf)>

Oficina de Estudios y Políticas Agrarias. artículo Degradación de suelos agrícolas y el SIRSD – S año 2013. [Fecha de consulta: 13 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.odepa.gob.cl/wp-content/uploads/2013/10/SueloAgricola201310.pdf>>

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Portal de Suelos de la FAO. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <<http://www.fao.org/soils-portal/soil-degradation-restoration/es/>>

Reglamento que Regula la Entrega de Información de Carácter trabajos de exploración geológica básica a proyectos de hasta 4 años anteriores a la fecha de entrada en vigencia de este Reglamento. [Fecha de consulta: 11 de enero de 2020]. Disponible en <<https://www.sernageomin.cl/wp-content/uploads/2018/09/Programa-Requerimiento-2018-Segundo-Semestre-%E2%80%93-Diario-Oficial.pdf>>

Servicio Agrícola Ganadero del Ministerio de Agricultura. Guía de evaluación ambiental: Recurso natural suelo. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <[https://www.sag.gob.cl/sites/default/files/guia\\_evaluacion\\_ambiental\\_recurso\\_natural\\_suelo\\_2019.pdf](https://www.sag.gob.cl/sites/default/files/guia_evaluacion_ambiental_recurso_natural_suelo_2019.pdf)>

Servicio de Impacto Ambiental. Guía de Proyectos Mineros cobre, oro y plata. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <[https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/01/25/guia\\_proyectos\\_mineros\\_cobre\\_oro\\_plata.pdf](https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/01/25/guia_proyectos_mineros_cobre_oro_plata.pdf)>

Servicio Evaluación Ambiental. Guía recursos naturales año 2015. [Fecha de consulta: 13 octubre 2019]. Disponible en <[https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2016/02/08/guia\\_recursos\\_naturales.pdf](https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2016/02/08/guia_recursos_naturales.pdf)>

Servicio Evaluación Ambiental. OF.ORD N° 151276 Imparte instrucción sobre el uso de las guías elaboradas por el SEA. [Fecha de consulta: 13 octubre 2019]. Disponible en <[https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration\\_files/of\\_sea\\_ndeg151276\\_de\\_2015\\_instruye\\_uso\\_guias.pdf](https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/of_sea_ndeg151276_de_2015_instruye_uso_guias.pdf)>

Servicio Nacional de Geología y Minería Departamento de Depósitos de Relaves. Situación de los relaves mineros en Chile agosto de 2016. [Fecha consulta 18 de agosto 2019]. Disponible en <<https://www.sernageomin.cl/wp-content/uploads/2018/01/Situacion-de-los-relaves-mineros-en-Chile.pdf>>

Servicio Nacional de Geología y Minería. Opción Institucional. [Fecha de consulta: 12 octubre 2019]. Disponible en <<https://www.sernageomin.cl/mision-y-vision-institucional/>>

Tasación comercial en copia de ORD.SE02-000212/2018, suscrito por la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, y que contiene Informe de Tasación Comercial N°3288, Informe de Validación Catastral 1 N°475.

Sitio [www.publicadministration.un.org](http://www.publicadministration.un.org) indicador que implementa la ONU para medir la inclusión de los gobiernos de las Tecnologías de la información y comunicación (TIC).