



Centro de estudios del desarrollo

[f /asuntospublicos](#)

[@ced\\_cl](#)

## Novedades

31/01/2020

Política

La Constitución y la propiedad de las aguas: el problema detrás del texto constitucional (Parte 2)

28/01/2020

Política

La Constitución y la propiedad de las aguas: el problema detrás del texto constitucional (Parte 1)

31/12/2019

Sociedad

Malestar Social y Estética de la Violencia Civil desde Ideas Psicoanalíticas

16/12/2019

Economía

Difícil coyuntura macro en la OCDE

29/11/2019

Sociedad

El malestar en la sociedad: La propuesta interpretativa de Brunner

19/11/2019

Economía

Comentario a "El Valor de las Cosas" de Mariana Mazzucato

## Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de [asuntospublicos.cl](#).

©2000 [asuntospublicos.cl](#).  
Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

# Informe 1371

## Política

31/01/2020

La Constitución y la propiedad de las aguas: el problema detrás del texto constitucional (Parte 2)

Andrés Peñaloza Muñoz<sup>1</sup>

El presente Informe pertenece a una serie de tres en donde intento mostrar que el texto constitucional vigente, leído con un método adecuado, permite realizar reformas sustantivas al régimen de las aguas en Chile. Mi tesis es que, en este caso, el problema jurídico no está, por decirlo de algún modo, en el texto constitucional, sino detrás de éste: se encuentra en una parte de la cultura legal chilena (profesores, abogados, etc.) que tiende a sobrecargar la interpretación de los derechos relacionados con la propiedad. Si dicha tesis es correcta, quedará abierta la interrogante de cómo un proceso político que diera luz a una nueva Constitución podría incidir en aquella cultura legal.

En la Parte 1<sup>2</sup> de esta serie de tres artículos, explicité la forma de leer la Constitución que considero adecuada y mostré cómo ella da cuenta de ciertos errores en que incurrir los defensores de una interpretación sobrecargada de los derechos constitucionales asociados a la propiedad. Lo anterior, referido al contexto específico de la tramitación de la reforma al Código de Aguas impulsada en el segundo gobierno de Michelle Bachelet.

En este Informe esbozaré (Sección 1) algunas líneas sobre una comprensión básica del fenómeno de la propiedad y expondré (Sección 2) la parte general de su regulación constitucional en Chile, distinguiendo las aristas que sean relevantes para el asunto en análisis (tipos de propietarios, especies de propiedad y formas de control y circulación de la propiedad). No analizaré la parte especial de la citada regulación constitucional, salvo en el caso de las aguas (art. 19, N° 24, inc. 11, CPR). Por tanto, dejaré fuera del análisis lo referido a las minas, las concesiones mineras (cfr. art. 19, N° 24, inc. 6-10, CPR) y la propiedad intelectual e industrial (cfr. art. 19, N° 25, CPR).

### 1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR "PROPIEDAD"? LA COMPRENSIÓN NO-LEGAL COMO BASE PARA ARTICULAR UNA LECTURA DE LA CONSTITUCIÓN

#### 1.1. RECAPITULANDO: LEER LA CONSTITUCIÓN EN MATERIA DE PROPIEDAD

Como señalé en la Parte 1, la Constitución, como conjunto de reglas jurídicas, tiene la pretensión de tener un sentido propio, al margen de la ley. La justificación de este punto de vista es que la Constitución debe

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>2</sup> Informe N° 1370 de Asuntos Públicos.

controlar el contenido de la ley (p. ej., que la ley no vulnere los derechos fundamentales de las personas) y, por ello, el sentido de sus reglas no puede determinarse por el sentido de la ley. Si la ley determinara necesariamente el sentido de las reglas constitucionales (p. ej. de la palabra “propiedad” dentro de una oración), entonces nunca habría leyes inconstitucionales en virtud de su contenido<sup>3</sup>. Lo anterior sería absurdo, pues volvería jurídicamente inútil el texto constitucional. Todo lo anterior, en la comprensión más difundida sobre la función de dicho texto legal.

Para que el ideal antes expresado pueda existir y al mismo tiempo no ser un obstáculo injustificado para la actividad política democrática, expresada en la función legislativa que ejercen el Congreso y el Presidente de la República<sup>4</sup>, es necesario que la interpretación constitucional se limite a los aspectos básicos que permitan volver inteligible la Constitución y que se respete la deferencia al legislador.

## 1.2 LA PROPIEDAD Y SUS DIVERSAS ESPECIES: COSAS DISTINTAS, PODERES DISTINTOS

Tratándose de la propiedad, los elementos básicos a considerar, dando por sentado la existencia de un Estado, son los expondré a continuación. Advierto que usaré ejemplos del sistema legal, pero sólo para volver explícitas o ilustrar cuestiones que considero dadas en un entendimiento no-legal de la propiedad.

Tener una cosa como mía implica, cuanto menos, tener un control sobre ella (tener el poder de usar la cosa para mis fines). Ahora bien, no puede tratarse de un mero control físico (tener la fuerza suficiente para conservar la cosa en mis manos), sino de un control referido al respeto de la voluntad del propietario, es decir, que los demás reconozcan como una obligación no interferir en lo que el propietario decide hacer con la cosa o que, a falta de tal reconocimiento, el Estado se imponga por la fuerza.

Sin embargo, dado que la voluntad de una persona puede ser contraria al interés de todos (p. ej. si alguien decide usar lo suyo para contaminar injustificadamente), las reglas públicas deben determinar qué formas de control se le reconocerán al propietario como legítimas.

La propiedad se muestra, entonces, como una relación entre el propietario de una cosa con las demás personas (no propietarias de la misma cosa) en que éstas deben respetar las decisiones legítimas de aquél sobre qué hacer o no (control) con tal cosa<sup>5</sup>. Considérese ésta una caracterización, no de corte legal, sino política o moral (referida a nuestra comprensión no-legal), aunque, en mi opinión, se ajusta a una exposición abstracta de su tratamiento legal<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Señalo “de su contenido”, porque bien podría haber inconstitucionalidad por -usemos este nombre- “su forma” (por no cumplir los procedimientos o quórum requeridos para su formación).

<sup>4</sup> Incluyo al Ejecutivo y no sólo al Congreso, ya que, al menos en Chile, la formación de la ley no depende sólo del Congreso. El Presidente tiene la iniciativa exclusiva para proponer proyectos de ley (“mensajes”) en varias materias (p. ej., negociación colectiva, seguridad social, etc.; cfr. art. 65, inc. 4, CPR) y, además, es quien puede otorgarle urgencia a la discusión de ciertos proyectos (cfr. art. 74, CPR), determinando -en los hechos- decisivamente las prioridades en la agenda legislativa. Por razones de extensión y simplicidad no comentaré la posibilidad de crear regulación (“potestades normativas”) de otros órganos del Estado (p. ej., Municipalidades, Gobierno Regional, etc.).

<sup>5</sup> Sobre el hablar de “relaciones con cosas” como una forma abreviada de hablar de relaciones normativas entre personas, cfr. Alexy 2014 [1986], p. 163-165. Alexy cita, sobre el mismo punto, específicamente hablando de la noción jurídica de “derecho real”, a Kant (2005) [1797], p. 75-77 (MdS, Ak. VI: 260-261). Para mismo punto, en Tomás de Aquino, véase en Finnis 2019 [2008], p. 242.

<sup>6</sup> Rudolf Stammler decía: “El concepto de la propiedad no es más que una interrogante. Lo único que tiene valor absoluto es la cuestión de saber a quién corresponde, según las normas de un derecho determinado, la última palabra de disposición sobre un objeto” (Stammler 2007 [1925], p. 504 y nota 136 con más detalles).

Vale la pena señalar, además, que un propietario podría estar autorizado a transferir totalmente su control sobre la cosa (p. ej., venderla y transferir el dominio) o bien a decidir que otros tengan un control de la cosa, pero no como dueños (p. ej. podría entregar mediante contrato, dándola en comodato, arriendo, usufructo, uso, etc.). En este último caso, podrían llegar a existir personas diferentes del dueño que, en diferentes tiempos, tengan el control de la cosa, pero subordinadas a los poderes legales del propietario<sup>7</sup>. La relación de propiedad otorga un control de la cosa no-subordinado a la voluntad individual de otros, sino a la ley, mientras que las otras relaciones que otorgan control se subordinan, en última instancia y en cuanto la ley lo permite, a la voluntad del dueño.

Hasta ahora me he referido, repetidas veces, a la propiedad de “cosas”. La noción de “cosa”, en este contexto, es tan amplia como podemos imaginarla. Hablamos de “tener cosas” para referirnos tanto a objetos materiales como inmateriales muy disímiles entre sí: una casa, un automóvil, un kilo de harina, un trozo de pan, el derecho a exigir una prestación de otro, una acción (participación) en una sociedad, o -avanzando en complejidad- el derecho a ser reconocido en los balances del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional como una empresa eléctrica cuyos retiros provienen, en determinadas cantidades, de inyecciones provenientes de medios de generación renovables no convencionales (cfr. art. 150 bis, Ley General de Servicios Eléctrico)<sup>8</sup>.

Siguiendo lo recién dicho, como consecuencia de la variedad de “cosas” posibles en el Derecho, el control que podemos tener ellas depende de cómo sean o de cómo el derecho les dé forma. No todas las cosas son iguales ni permiten los mismos usos. Así, por ejemplo, si tenemos una planta, podemos tomarla, transportarla, quitarle hojas, destruirla, etc. En términos generales, podemos usar las hojas de la planta, sin destruirla, gozar de las nuevas hojas o plantas que se generen desde ésta, o disponer completamente de aquella, destruyéndola o dándola a otra persona. Todo lo dicho depende de cómo es la cosa en cuestión. En cambio, si pensamos en lo que significa -moralmente- “tener la palabra de alguien” (=una promesa), pareciera que lo único que podemos hacer con esa “cosa” (la promesa en nuestro favor) es exigirla. Una promesa no se puede tocar, ni “usar” o “gozar”, salvo que entendamos por “usar” (forzando el lenguaje) al hecho de pedirle a alguien el cumplimiento de lo prometido. El Derecho podría reconocer esta institución social<sup>9</sup> y darle jurídicamente la misma forma, o bien darle características adicionales (una promesa -en términos morales, no jurídicos- no es transferible a otro; pero el Derecho podría crear el poder de transferirla).

Entender aquellas diferencias ayudará a comprender por qué en el derecho se crean, a través de reglas, diferentes especies de propiedad, cada una distinta de la otra, como veremos.

---

<sup>7</sup> La posibilidad de transferencia (por actos entre vivos) o transmisión (por causa de muerte) de la propiedad es otorgada por el derecho, pero no un poder necesario. Así, p. ej., los derechos patrimoniales llamados “derechos personalísimos” no permiten transferencia o transmisión. Están sujetos a esta restricción los derechos a exigir alimentos (art. 334, CC) y los de uso o habitación (art. 819, CC). Su enajenación, de hecho, es anulable (nulidad absoluta) por tratarse de un acto ilícito (objeto ilícito) en Chile (art. 1464, N° 2, Código Civil o “CC”).

<sup>8</sup> Kant había notado la diferencia entre la propiedad de una cosa corporal (una substancia, es decir, un objeto que posee materia) y la de un derecho a una prestación; esta diferencia se manifiesta bien en el tratamiento de Kant sobre la propiedad intelectual, a propósito del problema de la reimpresión de libros y la confusión entre la propiedad del libro como cosa (derecho real) y el derecho personal a exigir la no-reproducción de su contenido discursivo (cfr. Kant 2005 [1797], p. 74-75 y 114-115. MdS, VI, 259-260, 289-290. También Hegel observó este punto en los §§42-43 de sus Fundamentos de la Filosofía del Derecho, donde llama la atención, entre otras cosas, en cómo se trata como “cosas” del comercio a no-cosas, como las habilidades, las misas, los inventos, etc. (cfr., especialmente, Hegel 2000 [1821], p. 124).

<sup>9</sup> Son hechos institucionales, grosso modo, aquellos que “dependen de la interpretación de objetos, eventos y acciones singulares a través de la referencia a un determinado marco normativo” (no necesariamente legal) (MacCormick 2011 [2007], p. 28 y ss.): un “lugar en la fila”, un “kilo de harina”, una “promesa”, ser “delantero” de un equipo de fútbol, etc. (los ejemplos son míos).

Las observaciones anteriores permiten notar que la regulación de la propiedad incluye, al menos, tres ejes centrales: a) la identificación de quienes pueden ser propietarios, b) las formas de control que la cosa permite según lo que es y/o lo que determine el Derecho, y c) la circulación de la propiedad<sup>10</sup>. Veremos estos ejes en nuestro texto constitucional.

## 2. LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

### 2.1. QUIÉNES PUEDEN SER PROPIETARIOS EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución chilena reconoce como posibles propietarios a:

#### a) Las personas naturales (cfr. art. 19, N° 24, CPR)

Una persona natural, propietaria individual, sería, por ejemplo, el dueño de una casa. Un conjunto de personas naturales propietarias sería, por ejemplo, una comunidad (v.gr., una comunidad hereditaria, una asamblea de propietarios de bienes comunes de un condominio, etc.).

#### b) Las personas jurídicas (cfr. art. 19, N° 24, CPR).

Las personas jurídicas son una creación del Derecho que sirve para diversos fines, pero especialmente para generar patrimonios asociados a la persona jurídica, diferentes de los miembros que la crean. Por ejemplo, se han entendido como una expresión del derecho de asociación (cfr. art. 19 N° 15, CPR) y pueden tener personalidad, entre otras, las “empresas” (sociedades), los sindicatos (cfr. art. 19, N° 19, CPR), las corporaciones o fundaciones, los partidos políticos, etc. También sirven para la organización administrativa del Estado, dotando a ciertos órganos de personalidad y patrimonio diferentes del Fisco: Municipios, Superintendencias, algunos servicios públicos, etc.

#### c) El Estado: el Fisco y la Nación

Sobre este tema existe cierto nivel de discusión, por falta de claridad en los textos legales, que tendré que omitir aquí<sup>11</sup>. Para efectos de esta exposición, basta decir que el Estado es una persona jurídica, que a veces es llamada “Nación” o a veces “Fisco”.

La distinción más usada para referirse a los bienes del Estado es la que estableció el Código Civil. Los “bienes nacionales” (“cuyo dominio pertenece a la nación toda”<sup>12</sup>) se dividen en dos: los “bienes nacionales de uso público” (calles, caminos, playas, aguas; bienes destinados al uso de todos los habitantes de la nación) y los “bienes fiscales” (las tierras o inmuebles que no pertenecen a alguien y, en general, bienes de uso fiscal, no destinados al uso común de los habitantes de la nación)<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Por propietario me refiero a una persona, o a varias conjuntamente, que posee la relación de propiedad respecto de una cosa; por formas de control entiendo las maneras de ejercicio de la propiedad (o posesión) según lo que es cada cosa o según el Derecho; y, por circulación de la propiedad entiendo los modos en que ésta se adquiere, conserva y extingue según las diversas especies de cosas que existen o que el Derecho crea o reconoce.

<sup>11</sup> El uso de las palabras “Nación”, “Fisco” y “Estado” en la Constitución y en la legislación ordinaria no es coherente; tampoco lo son las referencias a su personalidad, especialmente porque el Código Civil habla diferenciadamente de la Nación y del Fisco (cfr. art. 547, CC).

<sup>12</sup> Art. 589, CC.

<sup>13</sup> Cfr. art. 589 y ss., CC.

Las referencias constitucionales más relevante son: i) el art. 19 N° 23, CPR, que se refiere a los bienes “que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”; ii) el art. 19, N° 20, CPR, donde se habla del “patrimonio de la Nación” (a propósito del destino de los tributos); y iii) el art. 19, N° 10, inc. 6, CPR, que habla del “patrimonio cultural de la Nación”, lo que puede incluir bienes de la Nación, aunque -así como lo veo- no se agota en ellos.

d) La humanidad en su conjunto

El art. 19 N° 23 habla de aquellos “bienes [...] que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres”. Esta clase de bienes se reconocen, al menos desde 1856, en el Código Civil chileno (cfr. art. 585), el que además pone como ejemplo de estos “el alta mar”. La idea de res communes omnium se puede rastrear hasta el derecho romano, influenciado por el estoicismo<sup>14</sup>. Por cierto, como es obvio, una cosa es que la Constitución chilena declare estos bienes como de la humanidad; otra es que tal cuestión sea reconocida en el derecho u orden internacional.

Visto esto, revisaré el segundo eje anticipado: el tratamiento de las formas de control de la propiedad en la Constitución.

## 2.2. LAS FORMAS DE CONTROL DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN

### 2.2.1. Delimitación de las formas de control

Como adelanté, las formas de control de la propiedad se refieren a lo que el dueño puede hacer o no hacer con la cosa. En nuestra cultura legal se suele decir que el control puede ser físico (qué hacer o no con la cosa, materialmente) o jurídico (el poder de crear otras relaciones de control que pueden tener otros sujetos con la cosa). Dicho por medio de un ejemplo: el dueño de un automóvil puede decidir qué hacer con su automóvil (a dónde ir, qué equipo de música instalarle, etc.; control físico) o decidir venderlo, prestarlo, arrendarlo, etc. (transferir todo o parte de su control jurídico de la cosa).

En el análisis de las cosas corporales (v.gr., un automóvil, una casa, una manzana), el control físico suele remitirse a tres actividades, aplicables a la generalidad de esta clase de objetos: usar la cosa (utilizar o servirse de ella), gozarla (aprovechar lo que la cosa produce) o disponer (físicamente) de ella (modificarla, destruirla)<sup>15</sup>. Por su parte, el control jurídico se suele denominar “disposición (jurídica)”: enajenar la cosa extinguiendo mi dominio o establecer derechos reales en favor de terceros<sup>16</sup>. Le pido al lector que mantenga este párrafo en mente, pues esta nomenclatura referida a cosas corporales (uso, goce, disposición) es

<sup>14</sup> Cfr. Guzmán Brito, 1996, p. 434 y ss.

<sup>15</sup> Digo “a la generalidad”, porque no todas las cosas corporales permiten estas tres actividades. Por ejemplo, un alimento, usado como tal, sólo puede ser consumido, lo que significa usar y disponer de la cosa al mismo tiempo. Un alimento, como podría ser un pescado, no tiene goce de producciones naturales (frutos), pues un pescado (un pez muerto) no se reproduce. No estoy considerando, por simplicidad, los posibles productos naturales de la descomposición, si existieren.

<sup>16</sup> Cfr. Guzmán 1995, p. 110. Tradicionalmente, la disposición jurídica parcial es entiende equivalente a constituir derechos reales (hipoteca, usufructo, servidumbre, etc.). Mantengo la nomenclatura tradicional para evitar confusiones, aunque el esquema tradicional tiende a no ser sistemático. Por ejemplo, la propiedad fiduciaria, que es un derecho real, otorga goce de la cosa, deber de conservarla y está sujeta a la condición de tener que restituirse al dueño que constituyó el fideicomiso (puede ser incluso transferida, pero con ese gravamen) (cfr. art. 733, 751 y 756, CC). Ese derecho real no es muy diferente, en esos puntos, a un arrendamiento con facultad de cesión o de subarrendamiento, el que sólo genera derechos personales (hay goce, deber de conservación, deber de restitución y posibilidad de transferir el control mediante la cesión o subarrendamiento) (cfr. art. 1915, 1924, 1946, CC). Como sea, también deben considerarse los actos que generan derechos personales como formas de control jurídico, pero sobre el propio control de la cosa (un control de segundo orden). Mantendré la exposición tradicional para evitar confusiones.

central en la comprensión que los abogados tenemos de la propiedad y las discusiones suelen darse en estos términos<sup>17</sup>.

Por otro lado, tratándose de cosas incorpóreas (como los derechos), el asunto es algo más difícil, por las aparentes restricciones que algunos ven al considerar la legislación ordinaria. La Constitución no define ni caracteriza qué es una cosa incorpórea. Dada la ausencia de definición, es común que la doctrina jurídica mire inmediatamente hacia la legislación ordinaria; en este caso, el Código Civil, que define expresamente las cosas incorpóreas como “derechos” (arts. 565, 576). Esta limitación conceptual es un error a nivel constitucional (piénsese, por ejemplo, en los datos personales, que son “algo”, “cosas”, pero no consisten en derechos)<sup>18</sup>. Con todo, sea que sigamos al Código Civil o no, la cuestión que aquí interesa es la misma: por la naturaleza de la cosa (incorpórea, que no tiene materia), el Derecho considerará reglas de control según lo que ella permita o lo que legalmente se determine<sup>19</sup>. Como decía Gayo, las cosas incorpóreas son “las que no se pueden tocar, pues su consistencia proviene del derecho” (Inst. Gai., 2.14).

Hecha esta introducción, vamos al tema constitucional. La CPR sólo contiene una regla sobre las formas de control de la propiedad, que destacaré en el texto. Su art. 19, N° 24, inc. 2, establece:

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y 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” (énfasis añadido).

Conforme al texto citado, la Constitución ordena que el modo o forma en que se controlará la propiedad sea establecido por ley, lo que significa que i) el legislador determinará qué formas de control le otorgará a cada cosa (uso, goce, disposición; todas o algunas) y, en consecuencia, ii) en qué consistirá ese uso, goce o disposición, si es que lo hay.

Veamos un ejemplo simple que ilustra esta regla: supongamos que un propietario de 2 casas constituye en favor de una persona P1 (“usufructuario”) un derecho de usufructo y en favor de una persona P2 (“habitador”) un derecho de habitación. El derecho (real) de usufructo permitirá a P1 usar y gozar ampliamente de la casa, bajo las obligaciones de conservarla y restituirla en su momento (cfr. art. 764, CC). El derecho (real) de habitación permitirá a P2 usar y gozar limitadamente de la casa, imponiendo también las obligaciones de conservarla y restituirla (cfr. art. 811, 812, 818, CC). La diferencia entre un derecho y otro está dada por el fin que persiguen: el usufructo está pensado para otorgar un control amplio de la cosa, presumiblemente para hacer negocios (cfr. art. 781-791, CC), mientras que el derecho de habitación no está pensado para los negocios, sino para satisfacer “las necesidades personales” del

<sup>17</sup> Sobre este hay mucho que decir, pero basten dos ejemplos. Por un lado, Andrés Bello, en su Proyecto de Código Civil de 1853, definía el dominio como un derecho real en una cosa corporal, mientras que la especie de propiedad que podía haber sobre cosas incorpóreas o sobre obras del ingenio era expresamente calificada como un cuasidominio (cfr. art. 688 del Proyecto de Código Civil de 1853, antecedente directo del actual artículo 583 de nuestro Código vigente). Por otro lado, Guzmán Brito, usando como base una comprensión dogmática fundada en las cosas corporales, ha mostrado las particularidades que tienen las cosas incorpóreas en materia de su aprovechamiento (uso, goce, disposición, tenencia) y adquisición de dominio y posesión (Guzmán 1995, p. 105-195).

<sup>18</sup> Aunque, como todo, su regulación puede ser configurada como derechos y obligaciones. Uso este ejemplo, a propósito de la reciente (2018) inclusión de la protección constitucional de los datos personales (cfr. art. 19, N° 4, CPR).

<sup>19</sup> Piénsese en el ejemplo dado antes: una promesa permite, por su naturaleza institucional no-jurídica, ser exigida. Pero el derecho podría reconocer este hecho, generando medios legales para exigir promesas y, además, otorgar herramientas adicionales de control (podría darle la forma de un derecho a lo prometido y permitir su transferencia -p. ej. venta o cesión- a terceros).

habitador y su familia (cfr. 815, CC) o, inclusive, para otorgarse “caritativamente a personas necesitadas” (art. 818, CC). Vemos, entonces, que el uso y goce que otorgan ambos derechos es distinto, de conformidad a la ley.

Por otro lado, también es distinto el uso, goce y disposición que permite cada derecho sobre sí mismo, es decir, lo que se puede hacer con el derecho (cosa incorporal), no con la cosa corporal sobre la que se ejerce (=la casa). El goce se suele dividir en dos: goce de frutos naturales (los frutos de un árbol) y de frutos civiles (el dinero que se deriva de la cosa; p. ej., los intereses de un crédito). Las cosas incorporales, por ser como son (sin materia), no permiten el goce de frutos civiles: un derecho no dará manzanas ni tendrá crías. En cambio, una cosa incorporal, como un derecho, podría producir dinero, si el derecho me permite negociar con él. Vuelvo al mismo ejemplo: el usufructo permite “gocce”, pues se puede, por ejemplo, arrendar el derecho de usufructo (cfr. art. 793, CC); en cambio, la habitación no permite goce alguno del derecho, pues su titular está limitado a ejercerlo, usando la casa, pero no puede, p. ej., arrendar el derecho de habitación que ejerce (cfr. art. 819, Código Civil).

Como muestran los ejemplos, tratándose de cosas incorporales, el Derecho determina qué tipo de control hay (si hay uso, goce o disposición) y hasta dónde llega éste, dependiendo del fin que se busca en la creación de cada regulación<sup>20</sup>. Guzmán Brito incluso considera que los derechos sólo pueden disponerse jurídicamente y su único aprovechamiento posible es el ejercicio, que sería su “uso y goce”, si es que pudiera hablarse así -advierte el autor- de cosas incorporales<sup>21</sup>.

### 2.2.2. Limitaciones a las formas de control

Lo señalado antes es, según la nomenclatura habitual en el derecho, la “delimitación” de un derecho. Ahora bien, puede ocurrir que un derecho esté delimitado, pero que además tenga limitaciones. Por ejemplo, mi derecho de propiedad sobre un automóvil me da la facultad de usarlo a mi arbitrio. Sin embargo, por motivos ambientales, estoy obligado a respetar las reglas sobre restricción vehicular. En tal caso, mi derecho, que en su configuración (delimitación) tiene al uso como una facultad suya, se encuentra limitado por una obligación legal de carácter medioambiental.

Las limitaciones al dominio se encuentran reguladas en el art. 19, N° 24, inc. 2, de la CPR, ya citado, que repito (con otro énfasis):

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y 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” (énfasis añadido).

Esta regla contempla la posibilidad de que el legislador cree “limitaciones” u “obligaciones” respecto de la propiedad, por causa de su “función social”. Lo que sean las “limitaciones” y “obligaciones” no están definidas en el texto constitucional, pero en la cultura legal, enfocada en el derecho civil, las “limitaciones” al

<sup>20</sup> Véase, al respecto, Guzmán 1995, p. 107 y ss. Él considera que las cosas incorporales no permiten goce de ningún tipo, pues, como dije, su análisis intenta mantener la rigidez (ganando consistencia, por cierto) del lenguaje aplicable a las cosas corporales.

<sup>21</sup> Guzmán 1995, p. 116.

dominio suelen entenderse como derechos reales o restricciones a la facultad de disposición<sup>22</sup>, mientras que las “obligaciones” son, en general, cualquier deber.

Por último, las limitaciones a la propiedad deben estar fundadas en la función social de la misma. La “función social” es un concepto no definido constitucionalmente, sino sólo caracterizada como una noción que se satisface de forma suficiente tratándose o de los intereses generales de la Nación, o de la seguridad nacional, o de la utilidad pública, o de la salubridad pública, o de la conservación del patrimonio ambiental. En Chile, este concepto se suele asociar a la Doctrina Social de la Iglesia Católica, aunque tal relación no tiene por qué ser definitiva del concepto.

Visto entonces cómo el derecho puede configurar el control de la propiedad (delimitación) y las prohibiciones u obligaciones que le pesan al propietario en virtud de la función social de aquella (limitaciones), veremos cómo se regula constitucionalmente la circulación de la propiedad.

### 2.3. LA CIRCULACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Como anticipé, la circulación de la propiedad considera la regulación de su adquisición, conservación y extinción.

#### 2.3.1. La adquisición de la propiedad en la Constitución

La Constitución chilena establece “la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes”, exceptuando los bienes nacionales de uso público y los bienes comunes a todo ser humano (cfr. art. 19, N° 23, CPR). Si es una libertad, debe entenderse meramente como un permiso para adquirir, o bien para no adquirir, el dominio de ciertos bienes. En consecuencia, es una garantía dirigida a quienes no son dueños de determinados bienes.

En los países que solemos seguir en diferentes áreas del Derecho, no se suele consagrar esta libertad<sup>23</sup>. En Chile, antes de 1980, tampoco se contemplaba. Lo habitual es que la ley reconozca y regule la adquisición del dominio de los bienes.

La Constitución vigente exige que una ley simple<sup>24</sup> regule la adquisición del dominio de los bienes (cfr. art. 19, N° 24, inc. 2, CPR), aunque para limitar o establecer requisitos para la adquisición de bienes se requiere

---

<sup>22</sup> Es decir, derechos que son exigibles respecto de toda persona, pues se tienen respecto de “la cosa” (cfr. art. 577, Código Civil), v.gr., una servidumbre de tránsito para poder ir desde un predio a un camino público que no tiene acceso (cfr. arts. 732 y 847 y ss., Código Civil).

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa, la Constitución española y la Constitución de la República italiana no consagran esta libertad. De tales textos, el único que menciona expresamente la adquisición de bienes, ordenando que la ley la regule, es el italiano (cfr. art. 42, Constitución de la República italiana).

<sup>24</sup> O sea, mayoría absoluta de los miembros presentes en cada Cámara (cfr. art. 66, inc. 4, CPR).



una “ley de quórum calificado”<sup>25</sup> y la justificación del “interés nacional” comprometido<sup>26</sup> (cfr. art. 19 N° 23, inc. 2, CPR)<sup>27</sup>.

La regulación de los modos de adquirir el dominio se encuentra, principalmente, en el Código Civil. Curiosamente, el único modo de adquirir que la Constitución contempla es la expropiación (ley)<sup>28</sup>.

### 2.3.2. La conservación de la propiedad en la Constitución

La garantía de la conservación de la propiedad -o simplemente “derecho de propiedad”- es la más común en el derecho comparado y la del texto con mayor historia en Chile<sup>29</sup>. Este texto es, a la vez, el más problemático.

El derecho de propiedad, en su parte general, se desarrolla en el art. 19 N° 24, párrafos 1 y 3 al 5, de la CPR. Analizaré brevemente cada una de las reglas en juego.

#### Garantía del derecho de propiedad en sus diversas especies (inc. 1)

La CPR señala que garantiza “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales” (art. 19, N° 24, inc. 1, CPR). Debe entenderse que el “derecho de propiedad” como equivalente a “el derecho a conservar la propiedad y a ejercer los poderes que corresponden al dueño”<sup>30</sup>.

Por su parte, otra cosa relevante de este artículo es que reconoce diversas especies de propiedad, tanto de cosas corporales como incorporales.

¿Qué es una especie de propiedad? La Constitución no lo define, pero el uso de la expresión “especie” pareciera sugerir que hay un “género”, aunque hay otras formas de ver el asunto<sup>31</sup>. A veces se ha intentado decir que la propiedad genérica se manifiesta en las especies de propiedad señaladas en el Código Civil: la propiedad de cosas corporales (art. 582), la de cosas incorporales (art. 583), y la de productos del talento o del ingenio (art. 584)<sup>32</sup>. Como sea, pareciera que el género “propiedad” se caracteriza porque el titular de ella tiene el mayor control, legalmente reconocido, de la cosa (entendiendo “cosa” en un sentido

<sup>25</sup> Es decir, requiere de la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio, cfr. art. 66, inc. 3, CPR. El quórum más alto para una modificación legal en Chile es el de las leyes orgánicas constitucionales, que es de 4/7. La única excepción, con una exigencia aún mayor de quórum, es el sistema electoral, que se debe modificar con 3/5 de los parlamentarios en ejercicio (cfr. art. 13 transitorio, CPR), mismo quórum necesario para reformar la Constitución en aquellos capítulos que no exigen 2/3 (cfr. art. 127, CPR).

<sup>26</sup> Este concepto no está definido en la Constitución. Se trata de un concepto vago.

<sup>27</sup> La distinción de quórums diferenciados para el modo de adquirir el dominio (ley simple) y las restricciones a su adquisición (ley de quórum calificado) fueron tratados en la STC Rol 115-1990, Considerandos 20°-24°.

<sup>28</sup> Cfr. art. 19 N° 24, inc. 3, CPR.

<sup>29</sup> Cfr. art. 19, N° 24, inc. 1-5, CPR. Antes, en un texto bastante parecido, véase el art. 10 de la CPR de 1925 (artículo introducido por la Ley N° 16.615 de 1967, cuyos principales fines políticos fueron posibilitar la reforma agraria y las obras públicas, cfr. Evans de la Cuadra, 1967, p. 33) y, en un texto más diferente, el art. 12 N° 5 de la CPR de 1833.

<sup>30</sup> Sobre la conservación como condición del ejercicio de la propiedad, véase Weinrib 2017 [1995], p. 229-230.

<sup>31</sup> Aunque no es la única opción. También podría entenderse como “una suerte de propiedad”, en dos sentidos distintos: o bien como una relación de analogía entre un caso de propiedad y otros, o bien como un tipo de significación focal entre un caso central y otros casos, en el sentido que la literatura ha dado a la relación de homonimia *pròs hén* en Aristóteles, entre otras opciones.

<sup>32</sup> Esta tesis es errada, entre otras cosas, porque, la relación género-especie (si uno decide usar este aparato conceptual) no sólo admite dos niveles de análisis (p. ej., “cosa” como género y “viva (ser vivo)” como especie), sino varios otros niveles (p. ej., “ser vivo” como género de la especie “animal”; “animal” como género de la especie “racional”), existiendo géneros que a la vez son especies, dependiendo del nivel en que uno inicie o termine el análisis (cfr. Kant 2010 [1800], p. 132-134, Logik Ak. IX: 96-97). Por tanto, el considerar que el género es la “propiedad” y que las especies son las del Código Civil, reduce innecesariamente las opciones de análisis.

enormemente amplio, como se ha explicado). Luego, se podría entender que una especie de propiedad es la que posee una característica que la diferencia de otros tipos de propiedades. Esa característica diferenciadora podría estar relacionada con el lugar sistemático de la cosa en el Derecho (corporal, incorporal, derecho real o personal) o bien con las formas de control que se le reconocen a la cosa (uso, goce y disposición, sean todas las anteriores o sólo algunas, sean más más o menos delimitadas).

Prohibición de privación de la propiedad o de sus atributos o facultades (inc. 3)

El inc. 3 del numeral en comento establece, en su primera parte:

“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.”

La siguiente parte de este inciso 3, así como los incisos 4 y 5, regulan la expropiación.

Lo citado establece una prohibición categórica de privar (despojar, quitar o eliminar) a alguien de su derecho de propiedad o del bien sobre el que recae. Esta parte es relativamente clara.

Por otro lado, se prohíbe privar a alguien de los “atributos o facultades esenciales del dominio” (art. 19, N° 24, inc. 3, CPR). Esta frase es bastante problemática, por dos razones: primero, porque existen dos lecturas sobre la expresión “atributos o facultades”; segundo, porque no se define qué debe entenderse por [atributos o facultades] “esenciales”.

Sobre los atributos o facultades, una primera postura considera que las facultades del dominio son el uso, goce y disposición de la cosa, mientras que los atributos de la propiedad serían el uso exclusivo, absoluto, perpetuo y arbitrario de la cosa<sup>33</sup>. En cambio, otra postura (minoritaria), mejor documentada conforme a la dogmática civil, considera que los atributos o facultades del dominio son una misma cosa y que se refieren al uso, goce o disposición de la cosa, a veces añadiendo otros elementos (como la acción reivindicatoria)<sup>34</sup>. En este caso, siguiendo una lectura constitucionalmente adecuada, tendría que considerarse que tales expresiones, o bien no están definidas ni derivan de la cultura legal, o bien deben tomarse desde la cultura legal consolidada (donde primaría la dogmática civil).

Sobre las cualidades esenciales del dominio, la Constitución no establece qué atributos o facultades son esenciales a cada especie de propiedad. Como señalé antes, pareciera que la mejor forma de entender esto es considerando que cada cosa, según su tipo, tiene atributos o facultades distintos, correspondiéndole al legislador determinarlos y delimitarlos.

La importancia de esta discusión se puede ver, por ejemplo, en los argumentos que han dado partidarios y detractores a la reforma al Código de Aguas, donde uno de sus pilares es la regulación de la extinción de los derechos de aprovechamiento de aguas por no uso de ellos. Los detractores de la reforma consideran que la perpetuidad es un atributo esencial de la propiedad y, por tanto, no puede ser eliminado de la regulación de los derechos ya constituidos. Algo de esto anticipé en el Informe anterior.

<sup>33</sup> Véase, por todos, Cea 2012, p. 580-581.

<sup>34</sup> Véase el Informe anterior (N° 1370), con autores citados al respecto.

### 2.3.3. La pérdida de la propiedad en la Constitución

La relación de propiedad entre una persona y una cosa puede extinguirse por voluntad del dueño o por efecto de un hecho diferente de su voluntad.

La extinción de la propiedad por voluntad del dueño puede realizarse mediante la destrucción voluntaria de la cosa (deja de existir el objeto de la propiedad), su transformación (especificación)<sup>35</sup>, su abandono (la cosa pasa a no tener dueño alguno; res derelictae), o mediante la transferencia de la propiedad (la cosa pasa a otras manos).

También se puede extinguir la propiedad como consecuencia de un hecho ajeno a la voluntad del dueño. Estos hechos pueden ser la muerte del dueño, la especificación o destrucción de la cosa contra su voluntad, o hechos que no transforman ni destruyen la cosa, pero que la ley les otorga el efecto de extinguir la propiedad. Entre estos últimos, los más comunes son la prescripción<sup>36</sup> y la expropiación<sup>37</sup>.

De todo lo antes mencionado, la Constitución sólo regula la expropiación (art. 19, N° 24, inc. 3-5, CPR), estableciendo un par de reglas básicas respecto de su funcionamiento: a) la expropiación debe estar autorizada por ley, b) tal ley debe fundarse en la utilidad pública o el interés nacional (el fundamento debe calificarlo el legislador), c) se consagra una acción para reclamar la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios, quienes tendrán la facultad de suspender la toma de posesión del bien, d) se establece el derecho a percibir una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado y su forma de determinación (mediante acuerdo o vía tribunales, calculada, al menos provisionalmente, por peritos), e) se ordena que el pago de la indemnización sea en dinero efectivo y al contado, salvo acuerdo y f) se prohíbe que el expropiante toma posesión material del bien antes del pago de la indemnización.

#### CONCLUSIONES PARCIALES

El análisis realizado permite tener un panorama general, pero lo suficientemente preciso, de la regulación constitucional de la propiedad en Chile. Sólo resta analizar la regla especial de propiedad de las aguas (art. 19, N° 24, inc. final) y, por su relevancia práctica, la garantía que protege el contenido esencial de los derechos (art. 19, N° 26, CPR). En el siguiente Informe (último de la serie) mostraré cómo estas discusiones tienen aplicación en la discusión sobre el régimen de las aguas en nuestro país.

---

<sup>35</sup> En el caso de la especificación, el dominio de una cosa se extingue porque la cosa deja de existir como tal. Así, por ejemplo, si una madeja de lana es convertida en una prenda de vestir, la madeja ya no existe, pues ahora es otra cosa. Lo dicho antes no obsta a que, como parece razonable, existan reglas que permitan adquirir la propiedad de las cosas que nacen por efecto de la transformación (especificación) de ciertas materias.

<sup>36</sup> La prescripción, en este caso, es la extinción de la relación de propiedad de una persona con una cosa porque la ley se la otorga a otra persona que la ha poseído durante cierto lapso.

<sup>37</sup> La expropiación es la transferencia de la propiedad, no voluntaria, desde una persona hacia el Estado, o hacia un órgano suyo, por el efecto legal de un acto expropiatorio realizado por una autoridad con potestad para ello.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (2014) [1986]: Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal P. 2° Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- CEA, José Luis (2012): Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Ediciones UC, Santiago.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1995): Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- \_\_\_\_\_ (1996): Derecho Privado Romano. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- FINNIS, John (2019) [2008]: Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica. Trad. Fabio Morales. Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago.
- HEGEL, G. W. F. (2000) [1821]: Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho. Trad. E. Vásquez. Ed. Biblioteca Nueva, Madrid.
- KANT, Immanuel (2005) [1797]: La Metafísica de las Costumbres. Trad. Adela Cortina y Jesús Conill. Ed. Técnicos, España.
- \_\_\_\_\_ (2010) [1800]: Lógica. Trad. Carlos Correa. Ed. Corregidor, Buenos Aires.
- MACCORMICK, Neil (2011) [2007]: Instituciones del derecho. Trad. F. Atria y S. Tschorne. Ed. Marcial Pons, Madrid.
- STAMMLER, Rudolf (2007) [1925]: Tratado de Filosofía del Derecho. Trad. Wenceslao Roces. Editorial Revista de Derecho Privado, España.
- WEBER, Max (2014) [1921]: Economía y Sociedad. Trad. Francisco Gil Villegas. Fondo de Cultura Económica, México.
- WEINRIB, Ernest (2017) [1995]: La idea del derecho privado. Trad. Eze Paez. Ed. Marcial Pons, Madrid.