



Centro de estudios del desarrollo

f /asuntospublicos

@ced\_cl

## Novedades

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

30/10/2019

Política

Boletín 7543-12: Antecedentes, Trayectoria y Contenidos de una (In)Terminable Reforma Sustancial al Código de Aguas

## 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 1370

## Política

28/01/2020

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

Andrés Peñaloza Muñoz<sup>1</sup>

Uno de los temas que causa mayores expectativas en la discusión sobre un posible nuevo texto constitucional es la regulación de la propiedad. Dentro la multitud de cuestiones involucradas en la institución de la propiedad, hay un tema que durante enero del 2020 generó una breve polémica pública: el rechazo en el Senado del proyecto de reforma constitucional, de iniciativa parlamentaria, que buscaba declarar el agua como un bien nacional de uso público, entre otras cosas<sup>2</sup>. Como es conocido, éste no ha sido el primer intento de modificar el régimen chileno de aprovechamiento de las aguas<sup>3</sup>. Al respecto, vale la pena preguntarse:

- ¿Por qué era importante, si acaso lo era, declarar en la Constitución Política de la República (CPR) que el agua es un "bien nacional de uso público", si tal declaración ya se encuentra, al menos dos veces, en la ley?<sup>4</sup>
- ¿Puede ser que lo importante no fuera aquella declaración, sino la que pretendía ordenar que "la ley [...] establecerá [...] las condiciones para adquirir, ejercer, restringir y caducar los derechos o permisos otorgados sobre [las aguas]"?

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

<sup>2</sup> Se trataba de una moción parlamentaria contenida en el Boletín 12.961-07. El proyecto decía:

"Artículo único: Modificase el Decreto N°100, de 16 de junio de 2018, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República, en la siguiente forma:

"1. Agregase un nuevo numeral 8 bis al artículo 19, del tenor que sigue:

"El derecho a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

El Estado deberá proveer los servicios básicos necesarios para garantizar este derecho y el acceso al agua potable y el saneamiento.

Las aguas en cualquiera de sus estados, incluidas las aguas desaladas y glaciares, son bienes nacionales de uso público.

La ley asegurará el manejo integrado de cuencas y de los acuíferos para armonizar su uso y acceso en forma participativa; y establecerá las prioridades de uso de las aguas, favoreciendo el consumo humano y su sustentabilidad, así como las condiciones para adquirir, ejercer, restringir y caducar los derechos o permisos otorgados sobre ellas."

2. Elimínase el inciso final del numeral 24 del artículo 19.

3. Agrégase en el artículo 20 inciso primero entre los guarismos "6," y "9", al guarismo "8bis,"."

<sup>3</sup> La tropezada tramitación del proyecto de reforma al Código de Aguas, impulsado principalmente durante el segundo gobierno de Michelle Bachelet (Boletín N° 7.543-12), ha sido comentada en este mismo boletín, en el Informe N° 1365, por el abogado Luis F. García Castillo (García 2019). En este artículo hablaré de tal proyecto según como era antes de la indicación sustitutiva presentada por el gobierno presidido por Sebastián Piñera (Oficio N° 369-366 del 10 de enero de 2019).

<sup>4</sup> Las dos referencias legales son:

1) El art. 5 del Código de Aguas ("CA"), que dice: "Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código."

2) El art. 595 del Código Civil ("CC"), que establece: "Todas las aguas son bienes nacionales de uso público".

- c) ¿Por qué sería (o no) legalmente significativo derogar la norma constitucional que garantiza “la propiedad” sobre “los derechos de los particulares sobre las aguas”<sup>5</sup> si, incluso eliminando tal norma, la Constitución protege la propiedad sobre cualquier cosa incorporal (lo que incluye los derechos de aprovechamiento de aguas)?<sup>6</sup>

El presente artículo es el primero de una serie de tres en cuyo final contestaré las preguntas recién planteadas. Con todo, partiré enunciando el argumento que recorrerá la serie: si se considera que una reforma al régimen de las aguas en Chile debe buscar priorizar el consumo humano, entonces debe poder regularse quién tiene el control del aprovechamiento de las aguas, cómo se ejerce tal control y cómo se evita la acumulación injustificada de derechos sobre el recurso hídrico. Para una reforma de este tipo, el principal problema -argüiré- no es el texto de la Constitución en materia de propiedad, ni en materia de propiedad de las aguas. Esta afirmación, relativa a donde no está el problema (tesis negativa), dará lugar al ensayo de una tesis positiva: los problemas han sido creados por una parte de los aplicadores o intérpretes del texto constitucional (una parte de la “cultura legal” chilena, como la llamaré), particularmente los defensores de una comprensión sobrecargada de los derechos de propiedad. El argumento dejará abierta la interrogante sobre cómo un proceso constituyente podría hacerse cargo de este obstáculo cultural.

#### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LAS AGUAS COMO BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO

Conforme a la legislación vigente, el agua es un bien nacional de uso público, es decir, pertenece a la “nación toda” (Estado) y se entiende destinada al uso de todos sus “habitantes” (art. 589, Código Civil).

Sin embargo, dado que el uso de las aguas no puede ejercerse por todos los habitantes del territorio en el mismo lugar, ni simultáneamente, son necesarias reglas que permitan coordinar su aprovechamiento compartido. Para ello, la ley permite que el Estado otorgue, sobre las aguas de su dominio, “derechos de aprovechamiento de aguas” en favor de particulares<sup>7</sup>.

Visto lo anterior, pareciera que lo más importante no es quién es el propietario de las aguas, pues ya vimos que es la Nación (Estado), sino cómo se configuran los derechos de aprovechamiento de las aguas, tanto en su ejercicio como en su circulación. Allí reside, en mi opinión, el corazón de las reformas constitucionales o legales que se han propuesto<sup>8</sup>.

Para desarrollar lo recién expresado, que permitirá explicar el argumento y contestar las preguntas planteados al inicio, dividiré la exposición de la siguiente manera:

---

<sup>5</sup> Art. 19, N° 24, inc. final, CPR.

<sup>6</sup> El art. 19, N° 24, inc. final, de la Constitución, determina: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Ahora bien, si tal oración fuera derogada, el inc. 1 del mismo numeral dice que se garantiza “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”. Quedémonos con la idea de que se protege la propiedad de “bienes (cosas) incorporales”. El Código Civil dice que “las cosas incorporales son derechos reales o personales” (art. 576, CC). Por ahora, no es relevante definir “derecho real” o “personal”; centrémonos en que la Constitución garantiza la propiedad de los derechos reales y personales (cosas incorporales). Pues bien, el Código de Aguas dice que “el derecho de aprovechamiento de aguas es un derecho real” (art. 6, CA). En consecuencia, la Constitución garantiza la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas (derechos reales). En conclusión, la protección de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas se encuentra en el inc. 1 del N° 24 del art. 19 de la CPR, del cual el inciso final es sólo un refuerzo normativamente redundante.

<sup>7</sup> Cfr. art. 20 y ss., Código de Aguas.

<sup>8</sup> La indicación sustitutiva presentada por el gobierno de Sebastián Piñera parece dar cuenta de este hecho: sin cuestionarse el dominio público de las aguas, la discusión política se ha centrado en las reglas que especifican las formas de control y de circulación del derecho.

- a) Partiré explicitando qué metodología considero adecuada para leer la Constitución (Sección 2) y cómo ella permite comprender los errores más relevantes de ciertos argumentos contra la modificación al régimen de las aguas en Chile (Sección 3). De esto tratará el presente Informe.
- b) Luego, en un segundo informe de esta serie, esbozaré algunas líneas sobre una comprensión básica del fenómeno de la propiedad y expondré 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 regulación constitucional de propiedad, 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).
- c) A la exposición anterior, ya en el tercer informe de esta serie, añadiré, por su relevancia, una breve explicación de la garantía contenida en el art. 19 N° 26 de la CPR, puesto que ella prohíbe ciertas formas de regulación de los derechos, lo que afecta la exposición de cualesquiera derechos constitucionales, incluyendo los relativos a la propiedad.
- d) Finalmente, desarrollados tales temas, expondré las conclusiones de esta serie y contestaré las preguntas recién formuladas.

## 2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: LEER LA CONSTITUCIÓN Y NO LA LEY

La Constitución, según la creencia generalizada, debe estar sobre la ley; debe poder permitir, al menos algunas veces, identificar contenidos “inconstitucionales” para tener eficacia. Si tal creencia es cierta, entonces las reglas constitucionales tienen un sentido propio que no depende de lo que diga la ley, pues si las leyes determinaran el sentido de la Constitución, entonces ésta no podría controlar a aquellas<sup>9</sup>.

Asignarle un sentido a las reglas constitucionales sobre la propiedad supone, al menos, dos pasos: identificar las reglas constitucionales relevantes y darles a los conceptos que las conforman un significado que los vuelva inteligibles<sup>10</sup>.

Un análisis básico de nuestra comprensión ordinaria de la propiedad tiene la importancia de proveer un marco elemental para entender (volver inteligible) el texto constitucional (los derechos fundamentales asociados a la propiedad) sin tener que recurrir a la ley ni a los abogados.

---

<sup>9</sup> Este problema, observado desde la sociología del Derecho, puede encontrarse en Luhmann 2005 [1993], p. 151-154 y 538-552. El autor habla de la pretensión de “autología” de la Constitución (p. 542), que es la misma autodescripción que tiene el sistema jurídico en su conjunto (p. 570), pero reforzada.

<sup>10</sup> Tomo aquí los primeros dos de tres etapas que identifica Dworkin en Law's Empire (Dworkin 2012 [1986], p. 57-59): pre-interpretativa o de identificación, interpretativa, y posinterpretativa o reformadora.

Ahora bien, aunque lo dicho es cierto, la práctica de los sistemas jurídicos hace difícil prescindir de la cultura legal a la hora de redactar textos constitucionales<sup>11</sup>. El Derecho es una práctica social que ha adquirido niveles de sofisticación que hacen difícil redactar un texto jurídico, aunque sea la Constitución, sin presuponer al menos el conocimiento de palabras e instituciones (conjuntos fundamentales de reglas) que se suelen usar en la práctica de los abogados. En este sentido, los textos constitucionales contienen una cantidad de conceptos tomados de la cultura legal casi tan alta como la cantidad de palabras o reglas gramáticas que obtienen del lenguaje ordinario. Además, el mismo lenguaje ordinario se nutre, al menos en parte, del lenguaje legal.

Lo importante, que no debe nunca perderse de vista, es que la cultura legal -como la he llamado- no es lo mismo que la ley. Una ley puede regular cierta institución protegida por la Constitución (p. ej., "la propiedad") con un matiz más o uno menos, pero el hecho de que tal institución tenga protección constitucional no significa que el legislador democrático no puede cambiar ninguna regla legal bajo la justificación (o excusa) de que se estaría "vulnerando una institución protegida por la Constitución". El sentido que debe tener una palabra en alguna oración de la Constitución puede estar determinado por una tradición de la cultura legal occidental (en nuestro caso), pero eso aún deja importantes márgenes para que la ley determine los límites de las reglas que se fundan en, o especifican a, los conceptos constitucionales que pertenecen a la cultura legal.

Por ejemplo, las nociones de "dominio" y "posesión" de cosas materiales (corporales) tienen una larga historia en la cultura jurídica occidental donde, al menos, 3 reglas generales de esa relación se han mantenido permanentes: i) el dueño y el poseedor controlan, en algún sentido, la cosa<sup>12</sup>, pero ii) el dueño poseedor tiene mejor derecho frente a un no-dueño<sup>13</sup>, así como iii) el actual poseedor (sea dueño o no) tendrá mejor derecho frente a quien le arrebató la posesión por la fuerza (p. ej., un ladrón violento que, al robar, será poseedor vicioso y tendrá peor derecho frente a quien antes era poseedor)<sup>14</sup>.

Si una Constitución usara tales conceptos ("propiedad" y "posesión", que de hecho se usan en nuestro texto vigente), sería legítimo para los intérpretes o aplicadores (p. ej., el profesor de Derecho o el juez) darles a ellos el significado dogmático o tradicional de la cultura legal, cuidando siempre de tomar lo estrictamente

---

<sup>11</sup> Usaré la expresión "cultura legal" para referirme al conjunto de conceptos y creencias que los abogados, o personas cercanas a la práctica jurídica (v.gr., empresarios, agentes estatales, ciudadanos políticamente activos, etc.), consideran que están a la base de nuestras prácticas legales. Este concepto abarca tanto la llamada "dogmática jurídica" (profesores de Derecho que dotan de sentido y sistematizan textos legales desde la perspectiva lingüística, histórica, etc.) como la "filosofía del derecho" en la parte que estudia los fundamentos de cada área o disciplina del Derecho (penal, constitucional, administrativo, comercial, etc.). Algo semejante he leído, con otra articulación, en Muñoz (2015); a escritos más antiguos de este autor le debo la inquietud por este tópico. Finalmente, advierto que uso un concepto tan amplio como el de "cultura legal" porque me interesa apuntar, de forma simple, a un par de fenómenos que, aunque distintos, dan cuenta -como diría Luhman- del acoplamiento entre el sistema del derecho (con su codificación "constitucional-inconstitucional", que no es idéntica al par "legal-ilegal") y el sistema político, ambos dentro del sistema social (cfr. Luhmann 2005, p. 539-541). No va al caso, aquí, hacer mayores distinciones.

<sup>12</sup> En relación con el derecho romano, cfr. Guzmán Brito 1996, p. 479 y ss. En el Código Civil chileno, cfr. arts. 582 y 700.

<sup>13</sup> Esa preferencia tiene su mejor expresión en la acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño no-poseedor contra cualquiera (en el derecho romano, considerando la evolución de la regulación de esta acción, cfr. Guzmán Brito 1996, p. 465 y ss.). En nuestro Código Civil, aunque tal acción se define como la que tiene el dueño no-poseedor contra el poseedor no-dueño (art. 890), en realidad aplica contra cualquiera no-dueño, pues la única otra opción disponible para quien no es poseedor y controla la cosa -en nuestro derecho- es la del mero tenedor (p. ej., un arrendatario), contra quien también puede reivindicarse la cosa si su título ya no justifica su tenencia (cfr. art. 915).

<sup>14</sup> Sobre este caso en el derecho romano, véase la preferencia del poseedor contra el poseedor violento en el interdicto posesorio *uti possidetis* en Guzmán Brito 1996, pp. 515-518.

necesario para que la palabra no pierda sentido, pero evitando sobrecargar<sup>15</sup> su significado constitucional de un modo que no permita al legislador darles forma a esos -u otros- conceptos<sup>16</sup>.

En los casos donde no exista una cultura legal suficientemente arraigada referida a ciertos conceptos, las palabras de la Constitución deben tomarse según el sentido que tienen en el lenguaje ordinario y los aplicadores deben interpretar el texto considerando el principio de deferencia al legislador, es decir, la prioridad que tienen las leyes para interpretar el significado de las palabras que en el texto constitucional no tienen definición o que su sentido es vago o ambiguo<sup>17</sup>.

Teniendo en mente lo dicho, examinaré brevemente cómo una comprensión, a mi juicio, errónea de la interpretación constitucional ha guiado importantes argumentos en las discusiones sobre la propiedad de las aguas. Posteriormente, mencionaré algunas nociones sobre nuestra comprensión ordinaria de la propiedad, inevitablemente mezcladas con nociones de la cultura legal, que debieran constituir la base de una comprensión constitucional de la propiedad.

### 3. LOS ERRORES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA DISCUSIÓN SOBRE LA PROPIEDAD DE LOS DERECHOS SOBRE LAS AGUAS

#### LA ERRÓNEA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LEY EN LA DISCUSIÓN SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS AGUAS

Los proyectos de reforma al Código de Aguas y de reforma constitucional, citados al inicio, han buscado regular, entre otras cosas, los casos en que operaría la extinción (“caducidad”) del derecho de aprovechamiento de aguas otorgado a alguien. El proyecto de reforma constitucional buscaba volver explícita, en el caso de las aguas, la potestad del legislador para establecer las “condiciones para [...] caducar los derechos o permisos otorgados sobre ellas” (Boletín 12.961-07). En el mismo sentido, el proyecto original de reforma al Código de Aguas pretendía establecer que el no-uso de las aguas durante cierto lapso (según el caso, 4 u 8 años; luego se cambió a 5 o 10) sería una causal de extinción de la propiedad (titularidad) del derecho de aprovechamiento otorgado (Boletín N° 7.543-12, versión original, art. único, N° 5).

La regla de extinción por no-uso del proyecto de reforma al Código de Aguas ha sido cuestionada por diversos actores (p. ej., la Sociedad Nacional de Agricultura)<sup>18</sup>, e incluso se ha amenazado con requerir la intervención del Tribunal Constitucional. En este mismo sentido, el Instituto Libertad y Desarrollo, entre otros, ha sostenido:

“[...] la modificación propuesta importa un desconocimiento y menoscabo del derecho de dominio de que se es titular, lo que es claramente inconstitucional en atención al Artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental

<sup>15</sup> Lo que llamo “sobrecargar” coincide con la tercera etapa interpretativa (“reformadora”) a que se refiere Dworkin, ya citada; o, al menos, con una versión mal ejecutada de esa tercera etapa.

<sup>16</sup> El mismo criterio, aunque con aspectos de la argumentación que no comparto, ha sido propuesto por Aldunate 2006, p. 289-294, especialmente p. 292.

<sup>17</sup> Entenderé aquí tal principio como un mandato de considerar como constitucional toda regla legal que no sea evidentemente contraria al texto constitucional. Si hay una regla legal cuya inconstitucionalidad es plausible, pero no necesaria, entonces tal regla debe considerarse válida frente al texto constitucional. Sólo aquello claramente inconstitucional debe tenerse por tal.

<sup>18</sup> Cfr. el periódico El Pulso del día 24 de noviembre de 2016.

que al referirse al Derecho de Propiedad, no faculta al legislador para fijar un plazo de duración de éste, que por esencia es de carácter indefinido y perpetuo”<sup>19</sup>.

En igual sentido, el abogado Hipólito Zañartu, en el Mercurio Legal del día 06 de diciembre de 2016, escribió:

“Así las cosas, entonces, está claro que bajo la actual normativa constitucional es abiertamente contrario a nuestra institucionalidad establecer causales de extinción sobrevinientes, tanto de un derecho como del dominio (o titularidad) sobre el mismo y que no estén constituidas por expropiación y con los requisitos que la ley establece. Es por ello, que el Art. 12 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, en cuanto permitiría que la ley nueva establezca causales de extinción sobrevinientes respecto de un derecho, ya existente, diversa a la expropiación, ya se encuentra derogado por la actual normativa constitucional. Este actual paradigma es absolutamente aplicable al dominio o titularidad sobre un derecho de aprovechamiento de aguas”<sup>20</sup>.

¿Por qué ambas citas coinciden en afirmar que el establecimiento de causales de extinción para el derecho de aprovechamiento de aguas es contrario a la Constitución? La razón no se encuentra en el texto constitucional. En él no existe ninguna referencia a la perpetuidad de la propiedad como una característica de ella. Aparentemente, lo que lleva a ambos autores a creer tal cosa es una confusión de la regulación legal del dominio con su regulación constitucional, cuestión que, como ya expliqué, es un error en el nivel de análisis, pues destruye la pretensión de la Constitución de ser un texto con sentido propio y por sobre la ley. La falta de diferenciación de niveles de análisis -en materia de propiedad- es un error recurrente en la dogmática constitucional chilena<sup>21</sup>.

El detalle de esta confusión lo analizaré a continuación.

#### ESPECIES DE PROPIEDAD: LA CONFUSIÓN ENTRE EL DOMINIO DE COSAS CORPORALES Y LA PROPIEDAD DE DERECHOS (COMO EL DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS)

Es habitual considerar, cuando se habla del derecho de dominio (propiedad sobre cosas corporales), que éste otorga a su titular las facultades de uso, goce y disposición de la cosa y que tiene como caracteres el tratarse de un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo<sup>22</sup>. En el siguiente informe explicaré cada concepto. Por ahora, lo relevante es retener que la perpetuidad es una característica que suele atribuírsele, en la ley, al dominio.

Pues bien, dado que la Constitución prohíbe la privación de los “atributos y facultades esenciales” de la propiedad sobre una cosa (art. 19, N° 24, CPR), como explicaré en el siguiente número, algunos autores han querido ver en dicha regla dos cosas: por un lado, la necesidad de que toda especie de propiedad tenga las mismas características (“atributos o facultades esenciales”) y, consecuentemente, por otro lado, una prohibición constitucional de eliminar la perpetuidad que tendría toda especie de propiedad, incluyendo la que hay sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.

<sup>19</sup> Temas Públicos N° 1.264-2 de 2016, p. 4, énfasis añadido.

<sup>20</sup> Véase: <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/12/05/reforma-al-codigo-de-aguas-propuestas-que-debilitan-el-derecho-a-propiedad.aspx>. Énfasis añadido. La redacción del párrafo es del autor.

<sup>21</sup> P. ej., véase Cea, 2012, p. 580-581.

<sup>22</sup> Véase, Peñailillo, 2009, p. 128-139.

Dicho de otro modo, quienes argumentan en aquel sentido dan dos pasos errados: primero, toman la descripción del derecho de dominio sobre cosas corporales y la extienden a toda clase de propiedad (incluyendo la de cosas incorpóreas) y, segundo, elevan dicha descripción, que está basada en la ley, al rango de regla constitucional, asumiendo que cuando la Constitución protege los “atributos y facultades esenciales” de la propiedad se está refiriendo a los atributos y facultades que la ley vigente le da al dominio. Lo cierto es que, como desarrollaré en el siguiente informe, la Constitución reconoce el derecho de propiedad “en sus diversas especies” (art. 19, N° 24, inc. 1, CPR), lo que abre la puerta para entender que no existe un solo tipo de propiedad con una sola caracterización, sino diferentes clases de propiedad, cada una con formas de control y de circulación que el legislador puede crear o modificar<sup>23</sup>.

Desde las disciplinas jurídicas, confundir las diferentes especies de propiedad constitucionalmente protegidas con el dominio de cosas corporales es un error tanto a nivel de Derecho Constitucional como de Derecho Civil. En lo relativo al Derecho Civil, es incorrecto confundir los “caracteres” del dominio<sup>24</sup> con sus “atributos”<sup>25</sup>. También es un error creer que la caracterización de los bienes corporales e incorpóreas es igual y que siempre su propiedad incluye la perpetuidad. Así, por ejemplo, el derecho de servidumbre<sup>26</sup> no es necesariamente perpetuo y se extingue por un plazo, por la ocurrencia de un hecho pactado (condición) o por no ejercer el derecho durante 3 años (cfr. art. 885, N°s 2 y 5, CC); esta última es la misma regla -con diferente plazo- que pretendía consagrarse para el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Cualquiera sea el caso, en lo que interesa aquí, el Derecho Constitucional, los argumentos antes citados son errados porque suponen una lectura de la Constitución desde la ley. Asumen que, dado que la ley entiende que el dominio es de cierta forma (perpetuo), por ello la Constitución debe entender que la perpetuidad es un atributo “esencial” de la propiedad.

Con todo, el hecho de que aquellos argumentos sean errados no implica que el texto constitucional sea (o no) un obstáculo para una reforma al régimen de las aguas en Chile. Por ello, en el siguiente número analizaré el texto constitucional vigente con la finalidad de mostrar si es el caso, o no, que éste representa un impedimento para una regulación de las aguas que permita priorizar el consumo humano, que configure el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de las aguas y que establezca reglas que impidan el monopolio injustificado de tales derechos (p. ej., reglas de extinción de los derechos por no-uso).

---

<sup>23</sup> Creo que este es el gran punto, explicado de otra forma, de Atria y Salgado, 2015.

<sup>24</sup> Estos son: ser un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Antiguamente, los civilistas chilenos sólo llamaron “características” a tales cualidades (cfr., Chacón 1890, T. II, p. 32-33, Claro Solar 2015 [1930], Vol. III, T. XI, p. 312-317, Alessandri 1937, p. 25).

<sup>25</sup> Los “atributos o facultades” -sinónimos- son los poderes de uso, goce y disposición de una cosa. Sobre su sinonimia, véanse los mismos autores de la nota anterior, así como Vera 1894, T. III., p. 4, Peñailillo 2009, p. 128 y ss., y Guzmán 2001, p. 271.

<sup>26</sup> P. ej., el derecho de transitar por un camino desde un inmueble hacia el camino público, pasando por el inmueble de otra persona (cfr. art. 847, CC).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2006): "Limitación y expropiación: scilla y caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad", en Revista chilena de Derecho, Vol. 33, N° 2.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1937): Derecho Civil. De los bienes. Ed. Zamorano y Caperan, Santiago.
- ATRIA, Fernando & SALGADO, Constanza (2015): La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile. Ed. Thomson Reuters, Santiago.
- CHACÓN, Jacinto (1890): Exposición razonada i estudio comparativo del Código Civil chileno. Tomo II. 3° Edición. Imprenta Nacional, Santiago.
- CEA, José Luis (2012): Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Ediciones UC, Santiago.
- CLARO SOLAR, Luis (2015) [1930]: Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los bienes I. Vol. III, Tomo VI. Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
- DWORKIN, Ronald (2012) [1986]: El Imperio de la Justicia. Trad. Claudia Ferrari. Ed. Gedida, Barcelona.
- GARCÍA CASTILLO, Luis Felipe (2019): "Boletín 7543-12: Antecedentes, Trayectoria y Contenidos de una (In)Terminable Reforma Sustancial al Código de Aguas", en Asuntos Públicos, Informe N° 1365. Centro de Estudios del Desarrollo.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1996): Derecho Privado Romano. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- \_\_\_\_\_ (2001): El derecho privado constitucional de Chile. Ed. Universitarias de Valparaíso, Valparaíso.
- MUÑOZ, Fernando (2015): Hegemonía y Nueva Constitución. Edidicones UACH, Valdivia.
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2016): "Código de Aguas: el derecho de propiedad en entredicho", en Temas Públicos N° 1.264-2.
- LUHMANN, Niklas (2005) [1993]: El derecho de la sociedad. Trad. Javier Torres N. Ed. Herder, México.
- PEÑAILILLO, Daniel (2009): Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
- VERA, Robustiano (1894): Código Civil de la República de Chile comentado i explicado. Imprenta Gutemberg, Santiago.