

# ÍNDICE

PRÓLOGO.....	XI
INTRODUCCIÓN.....	XVII

## PRIMERA PARTE

### LAS DIMENSIONES JURÍDICAS Y ECONÓMICAS DEL AGUA

#### CAPÍTULO I

##### EL PLANTEAMIENTO JURÍDICO DE LAS AGUAS

§1. SOBRE LA NECESARIA DISTINCIÓN DE LAS TRES DIMENSIONES REGULATORIAS DE LAS AGUAS: LAS AGUAS CORRIENTES, LAS AGUAS EXTRAÍDAS Y EL DERECHO DE EXTRACCIÓN DE LAS AGUAS .....	6
§2. SOBRE LOS ASPECTOS FÍSICOS, JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE LAS AGUAS CORRIENTES QUE INCIDEN EN SU REGULACIÓN Y EN LA CREACIÓN DE DERECHOS PRIVATIVOS SOBRE ELLAS.....	9
A) La publicación y la indiferenciación de unidades como razones de la imposibilidad de crear medios de exclusión respecto a las aguas corrientes .....	10
B) Sobre la polifuncionalidad de las aguas: la tensión entre la satisfacción de los usos (compatibles) de las aguas corrientes y la tragedia de su sobreexplotación.....	14

## CAPÍTULO II

## SOBRE LAS DIVERSAS FORMAS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

§1.	UNA VISIÓN DE LAS FORMAS DE APROVECHAMIENTO PARTICULAR DE LAS AGUAS A PARTIR DE LA DENOMINADA “TRAGEDIA DE LOS RECURSOS COMUNES” .....	20
A)	La tragedia de los recursos comunes como resultado de la imposibilidad de exclusión: el acceso abierto al recurso .....	20
B)	El acceso abierto para los usos no extractivos de las aguas ante la posibilidad tragedia .....	21
C)	La congestión en los usos extractivos de las aguas como fundamento para la creación de mecanismos de exclusión y superación de la tragedia.....	22
§2.	LAS FORMAS DE UTILIZACIÓN PRIVADA DE LAS AGUAS CONFORME A LA IDEA DE “REGLAS DE ACCESO” Y “REGLAS DE APROVECHAMIENTO” .....	26
A)	Los sistemas de acceso abierto: reglas de acceso abierto y reglas de aprovechamiento temporal .....	28
1.	Las reglas de acceso abierto como autorización general de uso .....	28
2.	La regla del <i>prior appropriation</i> como regla de apropiación en los sistemas de acceso abierto.....	29
3.	La regla del <i>prior appropriation</i> ante supuestos de congestión y escasez.....	31
4.	<i>Excursus</i> : aprovechamiento de las aguas en un sistema de acceso abierto: el modelo romano. ....	36
B)	Los sistemas de acceso restringido: reglas de acceso discriminatorio y reglas de aprovechamiento exclusivo y excluyente.....	40
1.	Sobre la fuente normativa de las reglas de acceso restringido: los sistemas centralizados y descentralizados para la creación de medios de exclusión.....	40

	Página
2.El acceso restringido como autorización discriminatoria de uso.....	44
3.Los modelos ripariano y concesional como sistemas de acceso restringido para la extracción de las aguas.....	46
4.La configuración de reglas de apropiación para las unidades no identificables .....	51
§3. PERSPECTIVA HISTÓRICA: LOS MODELOS DE REGLAS DE ACCESO Y APROPIACIÓN ANTE EL USO EXTRACTIVO DE LAS AGUAS.....	53
A) Derecho hispánico medieval: la confluencia de los modelos ripariano y concesional.....	53
B) Derecho chileno: el progresivo abandono del modelo ripariano y el fortalecimiento absoluto del modelo concesional.....	59
1.La lógica concesional bajo la idea de la intervención administrativa en la distribución del recurso.....	59
2.La reconducción de las aguas a la categoría de los bienes públicos en la legislación civil: nuevamente, la convergencia de los modelos ripariano y concesional .....	60
CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE .....	78

## SEGUNDA PARTE

### RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS Y DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO PARTICULAR

#### CAPÍTULO I

##### LAS AGUAS Y LOS APROVECHAMIENTOS PARTICULARES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

§1. DE LA AUSENCIA DE UN MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS .....	86
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

	Página
A) Una visión histórica sobre las razones del silencio del constituyente respecto al régimen jurídico de las aguas: la publicación de las aguas como decisión legislativa .....	86
B) El régimen constitucional de los bienes nacionales de uso público como primera aproximación al marco jurídico de las aguas en el Derecho chileno.....	89
1.El acceso a la propiedad privada como garantía constitucional.....	89
2.Las excepciones a la propiedad privada como “anti-garantías”: los <i>res omnia comunis</i> , los bienes públicos y los bienes sujetos a un régimen constitucional especial.....	92
3.La caracterización constitucional de los bienes nacionales de uso público .....	96
§2. MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PRIVATIVO PARA APROVECHAR LAS AGUAS.....	101
A) Alcance de la protección constitucional al aprovechamiento de las aguas: la estabilidad del derecho por medio de la reconducción a la propiedad privada.....	101
B) La protección constitucional del derecho de propiedad como amparo a la titularidad sobre el derecho de extracción de las aguas corrientes .....	107
1.La reserva legal relativa a los modos de adquirir el dominio y a la configuración de las facultades de uso, goce y disposición.....	113
2.La protección de la propiedad mediante la regulación y las limitaciones a la expropiación.....	116
3.La acción de protección constitucional como medio de resguardo del derecho de propiedad .....	119
4.La protección de la esencia del derecho de propiedad (artículo 19, N° 26 CPR) como “supragarantía constitucional” .....	124

CAPÍTULO II

MARCO JURÍDICO-LEGAL PARA LA DETERMINACIÓN DE  
LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS CORRIENTES

§1.	RÉGIMEN LEGAL DE LAS AGUAS CORRIENTES VIGENTE EN CHILE COMO PARTE DE LA CATEGORÍA DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO .....	136
§2.	RÉGIMEN LEGAL DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO .....	143
A)	Planteamiento preliminar de nuestra teoría: la cate- goría de los bienes públicos centrada en la finalidad de la <i>publicatio</i> .....	143
B)	Elementos para la definición de los bienes públicos en general: un contrapunto desde la conceptualiza- ción europea en vigor .....	146
1.	Diferencias en razón de la titularidad de los bie- nes públicos: los bienes nacionales de uso pú- blico como bienes ausentes de propiedad.....	147
2.	Diferencias en razón de la afectación de los bienes públicos.....	164
3.	Diferencias en razón de la inalienabilidad de los bienes públicos .....	178

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO-LEGAL DEL DERECHO PRIVATIVO  
PARA APROVECHAR LAS AGUAS

§1.	LA <i>PUBLICATIO</i> COMO DESTINACIÓN DEL BIEN AL USO DE LOS ADMINISTRADOS: LAS FÓRMULAS DE APROVECHAMIENTO GE- NERAL O PRIVATIVO COMO RESPUESTA A LA FINALIDAD DE LA PUBLIFICACIÓN.....	192
§2.	LAS FORMAS DE APROVECHAMIENTO Y LA NECESARIA DISTINCIÓN DE LAS ACTIVIDADES EJERCIDAS RESPECTO A LAS AGUAS COMO BIENES POLIFUNCIONALES.....	195
A)	Una breve referencia a las actividades no extractivas sujetas a reglas de acceso abierto y reglas de apro- vechamiento temporal.....	196

	Página
B) Las actividades extractivas sujetas a reglas de acceso restringido y al modelo concesional .....	197
1. La naturaleza del derecho de extracción de las aguas corrientes: una visión crítica a la denominada “teoría de los derechos reales administrativos” en el Derecho chileno .....	197
2. Consecuencias de la caracterización del derecho de extracción de las aguas corrientes como “derecho real” .....	208
§2. UNA PRIMERA REFERENCIA AL MODELO VIGENTE EN CHILE: EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS COMO INSTRUMENTO DE ASIGNACIÓN POR VÍA MERCADO .....	209
CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE .....	212

### TERCERA PARTE

#### DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL CÓDIGO DE AGUAS DE 1981 Y DE SU REFORMA EN VIRTUD DE LA LEY Nº 20.017 DE 2005

### CAPÍTULO I

#### EL CÓDIGO DE AGUAS EN SU CONCEPCIÓN ORIGINAL

§1. ANÁLISIS PRELEGISLATIVO: OBJETIVOS GENERALES DEL LEGISLADOR .....	222
A) El modelo de mercado como mecanismo de reasignación de los recursos .....	228
B) La neutralidad legislativa con relación al uso y gestión de los recursos hídricos.....	230
C) La descentralización en la gestión de los recursos hídricos.....	233
§2. EL PLANTEAMIENTO ECONÓMICO SUBYACENTE: LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y EL MERCADO COMO MECANISMO DE ASIGNACIÓN EFICIENTE DE LOS RECURSOS .....	234
A) La teoría de los derechos de propiedad como sustrato en la configuración del derecho de aprovechamiento de aguas.....	234

	Página
1.El planteamiento de Coase: la exclusividad, la definición legal de los derechos y su reasignación por las fuerzas del mercado .....	234
2.El planteamiento de Demsetz: el origen de los derechos de propiedad y la necesidad de internalizar externalidades por medio de la exclusión.....	239
3.El planteamiento de Cheung: la exclusividad como piedra angular de las reasignaciones eficientes en el mercado de los recursos.....	244
4.El planteamiento de Posner: los derechos de propiedad como incentivos de inversión y la importancia de la asignación inicial del recurso .....	245
B. El modelo de mercado como mecanismo de asignación eficiente de los recursos .....	249
§3. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS CONFORME A LA TEORÍA DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	254
A) Breve referencia a la técnica de la publicación y al ejercicio de actividades no extractivas de las aguas .....	254
B) Fisonomía jurídica y económica del derecho de extracción de las aguas públicas en el CA de 1981 .....	256
1.Marco conceptual: reconocimiento normativo del derecho de aprovechamiento en el CA de 1981 .....	256
2.Características del derecho de aprovechamiento en el CA de 1981 .....	258
a) Derecho definido de manera abstracta (o no afectado por su destino).....	258
b) Derecho definido de manera autónoma (o independiente de la propiedad raíz).....	266
c) Derecho exclusivo y permanente.....	269
d) Derecho definido en relación a su cuantía.....	271
e) Derecho ejercitativo.....	274
f) Derecho de contenido patrimonial.....	275
§4. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA CONFIGURACIÓN DEL MARCO JURÍDICO DEL MERCADO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN CHILE .....	278

	Página
§5. LAS PRINCIPALES CRÍTICAS AL MODELO CHILENO ORIGINAL: LA INCIDENCIA DE LOS DENOMINADOS “FALLOS DE MERCADO” .....	282
A) Los peligros del monopolio en la asignación de derechos de aprovechamiento de aguas .....	286
B) El problema de las externalidades al interior del caudal (“ <i>inflow</i> ”) en el modelo chileno .....	295

## CAPÍTULO II

### LA REFORMA DEL CÓDIGO DE AGUAS POR MEDIO DE LA LEY N° 20.017 DE 2005

§1. REFORMA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS AGUAS Y SUS CAUCES: LA INTRODUCCIÓN DEL RESPETO AL “CAUDAL ECOLÓGICO” .....	307
A) Antecedentes prelegislativos.....	307
B) Valoración económica de la normativa vigente respecto al caudal ecológico .....	310
C) Valoración jurídica de la normativa vigente respecto al caudal ecológico.....	314
1.El concepto, la finalidad y la determinación del caudal ecológico .....	314
2.El quiebre del principio de neutralidad a favor del valor de existencia de las fuentes superficiales .....	317
§2. REFORMAS PARA PROMOVER LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ASIGNACIÓN Y REASIGNACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS: LA MEMORIA EXPLICATIVA Y LA PATENTE POR NO USO DE LAS AGUAS .....	323
A) La memoria explicativa.....	323
1.Antecedentes prelegislativos .....	323
2.Análisis económico y jurídico de la memoria explicativa: ruptura del principio de neutralidad.....	326
B) La patente por no utilización de las aguas .....	332
1. Antecedentes prelegislativos .....	332



	Página
2. Valoración económica y jurídica de la normativa vigente respecto a la patente por no uso de las aguas .....	353
CONCLUSIONES DE LA TERCERA PARTE.....	371
BIBLIOGRAFÍA .....	375