

SISTEMA Y AUTONOMÍA DEL DERECHO DE AGUAS

ALEJANDRO VERGARA BLANCO*

INTRODUCCIÓN

La construcción del Derecho de Aguas en clave científica, como cualquier disciplina jurídica, sólo es posible realizarla adecuadamente a través de la idea de “sistema”, que cumple variadas funciones en su desarrollo teórico y práctico.

En este sentido cabe preguntarse cómo se construye la autonomía del Derecho de Aguas, por la función de la idea de sistema en dicha operación, y por el método que se observa en la conformación de las disciplinas jurídicas. El pensamiento sistemático se hace operativo y eficaz para la función dogmática a través de la formulación del “núcleo dogmático” de cada rama del Derecho.

Para ello, es necesario efectuar, siquiera de manera básica, epistemología jurídica; esto es, analizar cómo surge la disciplina del Derecho de Aguas y cómo se distingue de otras disciplinas. Aquí es donde se plantea la ciencia jurídica (*ius*); lo que es antecedente para ofrecer una más coherente y racional interpretación y aplicación del Derecho vigente (*lex*). La finalidad del trabajo de cada jurista (y de cada juez ante su sentencia) es descubrir las normas aplicables a cada caso: qué normas y cómo entenderlas. Para esto existen técnicas (y principios), tales como la derogación, aplicación preferente o especialidad, supletoriedad, y otras que revisaremos.

Lo anterior se deriva de la necesidad de que el especialista explique los instrumentos de trabajo y ofrezca una proposición del contenido y contorno de su respectiva disciplina, y para ello la técnica del “núcleo dogmático” que describimos y proponemos en este texto puede ser muy útil.

En suma, existe algún consenso en que la idea de sistema cumple variadas funciones en el desarrollo teórico y práctico del Derecho (I); a lo anterior incorporamos la siguiente hipótesis: que el pensamiento sistemático se hace operativo y eficaz para la función dogmático-jurídica a través de la formulación de “núcleos dogmáticos”, de lo que se deriva el contenido, límites y autonomía de cada disciplina, proposición que aquí aplicamos al Derecho de Aguas (II).

* Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

I. IDEA Y FUNCIÓN DE SISTEMA EN EL DERECHO DE AGUAS

La idea sistemática en el Derecho¹, al aplicarla a una disciplina específica (como, por ejemplo, al Derecho de Aguas, al Derecho Civil, al Derecho Penal, y a todas las otras que conforman el cosmos de las disciplinas jurídicas), proporciona unidad, coherencia y es un invaluable auxiliar para la interpretación y aplicación del Derecho vigente.

1. LA IDEA DE SISTEMA EN EL DERECHO

El concepto de sistema es viejo y conocido en la ciencia del Derecho², y está vinculado a la necesidad de búsqueda de orden y unidad, ideas a partir de las cuales es posible ofrecer un análisis coherente y de sentido del orden jurídico, de las normas jurídicas vigentes. Es este un tema ineludible de la metodología jurídica, el que en este sitio sólo enunciaremos en sus caracteres más generales, en la medida estrictamente necesaria para comprender las funciones que cumple la idea sistemática en el mundo del Derecho, y para justificar su aplicación en este trabajo. Se trata de utilizar un sistema abstracto-conceptual, con la finalidad de reducir la masa de la materia jurídica a unos pocos conceptos, y que le dan unidad y coherencia a amplios sectores de una disciplina jurídica.

Por lo tanto, en el desarrollo de la parte general de una disciplina jurídica, y al construir su teoría general usando como método la visión sistemática, se cumple la función más característica de la ciencia del Derecho: ofrecer modelos de solución de problemas para la práctica jurídica. En efecto, la idea sistemática le permite al jurista cumplir dos funciones primordiales: (a) una función de búsqueda de coherencia, ordenando los materiales jurídicos, diseccionándolos, y ofreciendo lo que podemos llamar los “núcleos dogmáticos”, los que cumplen una función auxiliar inestimable para la interpretación y aplicación del Derecho, otorgando herramientas para colmar las lagunas legales y dar plenitud a una disciplina, y (b) una función de unidad, que

¹ Aquí sólo aplicamos la idea de sistema al Derecho de Aguas. Para un desarrollo más detallado sobre la idea y función de sistema y sobre la teoría y técnica de los “núcleos dogmáticos”, véase nuestro trabajo más general desde la perspectiva de la epistemología y de la teoría jurídica en VERGARA BLANCO 2012.

² Sobre el concepto de sistema jurídico desde la perspectiva de la teoría del Derecho, vid. LARENZ 1979, 437 y ss.; y, en especial, el precioso e influyente trabajo de CANARIS 1983, 186. Para un desarrollo histórico y prospectivo, vid. LOSANO 2002. Aplicada esta idea al Derecho Administrativo, vid. el importante trabajo de SCHMIDT-ASSMANN 1998, traducción 2003, 1 y ss. Un intento en la misma línea, y en la disciplina del Derecho de Minería, es nuestra tesis doctoral de 1989, publicada como: *Principios y sistema del derecho minero* (1992), en que su propio título es expresivo; lo que continuó y profundizó en las *Instituciones de Derecho Minero* (2010b). Vid., además, VILLAR 1983, 509-572; GONZÁLEZ NAVARRO 1989; y, en especial, ROJAS 2005, que, siguiendo esta misma línea de trabajo, la aplica al Derecho de Aguas.

Por su parte, FERRADA 2005 ha publicado un trabajo en que utiliza la expresión sistema en su título, pero no lo aborda desde una perspectiva metodológica, sino de tendencias doctrinarias.

reduce el riesgo de rompimiento o desconexión interna de una disciplina; todo ello es la justificación de su autonomía.

Estas funciones deben ser desarrolladas *por cada especialista* en relación a la disciplina del Derecho que cultive.

2. LA FUNCIÓN ORDENADORA DE LA IDEA DE SISTEMA EN EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LAS NORMAS DE AGUAS

La idea de sistema permite que el enfoque científico de un ordenamiento jurídico, esto es, la lectura dogmática de los textos vigentes, cumpla sus fines más básicos de descripción, comparación y tipificación, mediante su función ordenadora del material legislativo.

El estudio de las fuentes del Derecho de Aguas implica el conocimiento y análisis de aquellos sectores del orden jurídico vigente que regulan el agua como bien nacional de uso público y su aprovechamiento por los particulares. De esta manera, la normativa relativa a las aguas se encuentra en diversos sitios del ordenamiento jurídico, y con diferentes jerarquías. Así, en Chile existen regulaciones relativas a las aguas:

a) Tanto de rango constitucional (art.19 N° 24 inciso final CPR);

b) Como de rango legal: el D.L. N° 2.603 d e 1979 y el Código de Aguas de 1981 con sus modificaciones posteriores.

Éstas son las principales fuentes normativas del Derecho de Aguas vigente. Tales son las fuentes normativas de la disciplina que regula el aprovechamiento de las aguas “terrestres”, ya sean “subterráneas” o “superficiales”; y estas últimas, ya sean “corrientes” o “detenidas” (vid. arts. 1° y 2° CA).

En fin, podemos consignar la existencia de reglamentos de ejecución, los que no tienen la sustantividad de la ley ni de la CPR.

Cabe observar las facilidades que ofrece la idea de sistema para el análisis dogmático de las fuentes.

i) La función ordenadora en la interpretación y aplicación del Derecho vigente

La idea y planteamiento sistemático permite cumplir una función auxiliar para la práctica del Derecho vigente, en su interpretación y aplicación.

A partir de la idea de sistema, y del necesario orden abstracto-conceptual del mismo, es posible proponer la unidad regulatoria de la materia de aguas, aun en medio de una anarquía legislativa, de un gran desorden de fuentes, de complejidades derivadas de diversas jerarquías o ámbitos normativos, o, en fin, ante la ausencia de normas (lagunas legales).

Como se enuncia previamente, las normas fundamentales en materia de aguas se encuentran en el artículo 19 N° 24 inciso final CPR, en el D.L. N° 2.603 de 1979 y en el Código de Aguas. Estos cuerpos normativos contienen disposiciones que, ante la

teoría de las normas, pueden ser calificadas como especiales o como derogatorias. Con relación a ello cabe conocer bien, la técnica de la supletoriedad, y descubrir las verdaderas y falsas supletoriedades³.

La idea de sistema nos permitirá descubrir si, por su contenido o materia regulada, una norma, contenida en un artículo o partícula de artículo, corresponde a una disciplina determinada (esto es lo que suele llamarse, la “naturaleza jurídica” de una norma, con independencia del continente jurídico o cuerpo legal en el cual la misma se encuentre), y se podrá verificar la real o falsa antinomia con normas contenidas en otros cuerpos legales de distinta naturaleza jurídica. Las consecuencias de esta naturaleza disciplinaria, derivada de la constatación de un núcleo dogmático, dependerán del plan legal y de la correcta utilización de la técnica normativa de la supletoriedad.

A este respecto, conviene precisar que el Código de Aguas chileno no contiene una cláusula general supletoria, sino unas muy específicas:

1º El artículo 21 CA, según el cual *la transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código*. Se da acá una clara supletoriedad: el Código Civil es la regla general y las normas del Código de Aguas sobre tales materias, son excepcionales.

2º El artículo 69 CA, según el cual *Son aplicables a las servidumbres relacionadas con las aguas de que se ocupa este Código, las disposiciones del Código Civil y leyes especiales, en cuanto no estén modificadas por la presente ley*. Es interesante este texto, pues coloca en un pie de igualdad al Código Civil con las “leyes especiales”, y señala que el Código de Aguas “modifica” (no deroga) las disposiciones del primero; se entiende como regla singular o excepcional.

3º El artículo 129 CA, según el cual: *El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por la renuncia señalada en el inciso tercero del artículo 6º y, además, por las causas y en las formas establecidas en el derecho común*. Se subentiende por “derecho común” el Código Civil, de lo que se deriva que la única supletoriedad del mismo en esta materia es en la extinción del “dominio” sobre el título concesional.

Entonces, en todas las demás materias reguladas por el Código de Aguas (que no sean las tres señaladas), no hay supletoriedad del Código Civil, sino especialidad/ preferencia/ exclusión/ autonomía del Código de Aguas.

En definitiva, todos los problemas a que dan lugar las disposiciones especiales y derogatorias, y la posible utilización de la supletoriedad normativa, es posible solucionarlos con la técnica de los “núcleos dogmáticos”, que se desarrolla más adelante para la disciplina del Derecho de Aguas. Una vez descubierto tal núcleo dogmático, descubrimos las normas aplicables. La relevancia de distinguir las normas, radica en que dicen relación con disciplinas o núcleos problemáticos diferentes, que tienen distintos principios jurídicos.

³ A este respecto, vid. VERGARA 2009, 45-68.

ii) Función ordenadora y “núcleos dogmáticos”

Una vez ordenado el material legislativo, observando la materia respectiva (en este caso, la ordenación de las aguas), podemos construir el grupo normativo del Derecho de Aguas vigente que conforma el sistema de dicha disciplina, sea que tales materiales normativos estén contenidos en la Constitución Política, en el D.L. N° 2.603, en el Código de Aguas o en cualquier otro texto normativo. Ésta es la conexión de las funciones ordenadora y de unidad del sistema. Entonces, mediante la construcción del núcleo dogmático de cada disciplina es posible, a la vez, postular su autonomía.

Usualmente la doctrina no se detiene en estos aspectos epistemológicos, y sin perjuicio de realizar detallados análisis y sistematizaciones del Derecho vigente, los autores operan intuitivamente, sin referencia a un sistema abstracto conceptual más general, como el que aquí postulamos. Eso no disminuye la calidad de sus desarrollos, sino que lo que intento destacar es la ausencia de preocupación metodológica habitual.

1º La autonomía del Derecho de Aguas ante la doctrina. Si bien es natural su ausencia en monografías dedicadas a aspectos específicos, aun en los libros de texto más generales de la disciplina, no suelen los autores indagar sobre los principios, las grandes orientaciones, instituciones basilares que la caractericen, más allá de la regulación positiva que ofrece la legislación en cada época. O bien, si se señalan algunas de aquellas instituciones o características básicas, no son éstas sistematizadas y estudiadas a la luz de orientaciones histórico-dogmáticas.

En nuestro país, pudiera éste no ser más que el efecto de falta de madurez científica de esta disciplina, y la consiguiente escasa producción bibliográfica en cuanto a obras de síntesis, manuales o libros de texto; incluso, en la disciplina, es posible decir que hasta ahora no hay ninguna obra completa que cubra todos sus aspectos y que pueda ser considerada un tratado sobre la materia. Sin perjuicio de existir aportes valiosos de sistematización y comentarios de la legislación vigente, el Derecho de Aguas chileno carece de epígonos que ofrezcan bases teórico-dogmáticas para la construcción científica de la disciplina.

En la doctrina nacional, si bien se han ofrecido obras de sistematización legislativa, no existen obras generales con vocación y pretensiones tales como para cubrir con método científico y exhaustividad todos los aspectos esenciales de la disciplina. Obviamente, con un panorama como el descrito, resulta aún más difícil pronunciarse y propugnar, como aquí lo hacemos, la autonomía de esta parcela del Derecho, la que pareciera para casi todos los autores estar subsumida en otras disciplinas.

En verdad, lo que hoy denominamos “Derecho de Aguas” en sentido disciplinario, con algún ánimo de unidad e independencia, es el fruto de un desgajamiento desde el Derecho Administrativo, del cual conserva aún la huella de sus instituciones y categorías más características, como la *publicatio*, la concesión y los derechos reales administrativos, aquí relativos a las aguas.

Demostrar que una disciplina jurídica es autónoma científicamente no significa sólo decir que existe una legislación que rijan su materia, por muy abundante que ésta

sea (por ejemplo, en Chile rige actualmente un extenso texto, con pretensiones, sin importar para estos efectos si han sido logradas o no, de sistematicidad y exhaustividad: el Código de Aguas), sino que es preciso que esta disciplina se manifieste en unas instituciones propias, las cuales deben responder a principios jurídicos especiales, todos los que, en definitiva, debieran conformar desde el punto de vista dogmático, un verdadero sistema, el que en nuestro caso se denomina “Derecho de Aguas”. En otras palabras, para ello es necesario ofrecer un planteamiento científico de la disciplina, como aquí intentamos, y no meros comentarios legislativos.

Normalmente las exposiciones de la materia no utilizan una metodología verdaderamente científica, valorando sólo la mera ley vigente, comentándola sin más, y olvidando todo el devenir histórico del Derecho, conformador y explicación a la vez de sus instituciones y principios.

Es necesario enfrentar la materia desde una perspectiva histórico-dogmática, buscando principios con los cuales valorar la actual legislación y, además, con ello, aportar senderos a seguir para la confección de nueva legislación, casi siempre modificatoria o derogatoria de la anterior; para la práctica de los abogados y, en fin, para la solución de casos, mediante la elaboración de modelos de solución.

Entonces, la ordenación o sistematización del material legislativo relacionado con las aguas, si bien se ha abordado en doctrina, ello no ha abarcado la preocupación por su autonomía, cuya relevancia y efecto práctico para la interpretación y aplicación del Derecho vigente ya se ha destacado *infra*.

No obstante lo anterior, en la doctrina nacional, cabe destacar como valioso esfuerzo el realizado por VERGARA DUPLAQUET en 1960, que propugna para el Código de Aguas, brevísimamente, y sin mayor desarrollo, unas bases doctrinarias conformadoras de un *sistema*⁴.

Más recientemente, SEGURA⁵, en un libro de vocación manualística, que constituye la más actual síntesis de nuestro panorama doctrinario, sólo menciona la autonomía de la disciplina, sin desarrollar el punto. No obstante que no especula sobre tal autonomía, ofrece desarrollos de interés para ello, señalando características del Derecho de Aguas (así, da por superada la discusión de lo público/privado de las aguas; señala que el Derecho de Aguas sería “instrumental”; que está contenido en leyes dispersas, y que desafía los conceptos civiles clásicos) y desarrolla con acierto algunos principios. Es, como el autor señala, un esbozo del posible contenido básico y principios de la disciplina.

En la doctrina extranjera, en Argentina, a pesar de su tradición en la materia, sus textos son usualmente sistematizaciones legislativas, valiosas, pero sin un aparato abstracto-conceptual autónomo del dato legislativo, y sus autores no propugnan ni desarrollan su posible autonomía.

⁴ Vid. VERGARA DUPLAQUET 1960 I, 52-56.

⁵ SEGURA 2006, 15-26.

En efecto, el antiguo texto de MARIENHOFF, de 1939 (constantemente reeditado como parte de un tratado de Derecho Administrativo)⁶, sólo señala la necesidad de que esta disciplina sea erigida como autónoma, pero para justificar un curso universitario; no desarrolla las bases de esa autonomía en todo su valioso texto. La preocupación es verificar si la materia de aguas es derecho público o privado.

En España, hasta ahora no hay conciencia de autonomía disciplinaria para el Derecho de Aguas, pues se concibe como una materia no desgajada, que sigue formando parte del Derecho Administrativo: un capítulo de la parte especial de tal disciplina. No obstante, existe una abundante producción monográfica sobre la materia.

En Francia, es explicable una falta de preocupación por la autonomía del Derecho de Aguas, dado que la legislación de tal país regula las aguas en el Código del Medio Ambiente (*Code de l'Environnement*), y la doctrina, entonces, la considera como parte del Derecho del Medio Ambiente⁷. De ahí que habitualmente es un tema que ha quedado fuera de la preocupación de los especialistas de Derecho Administrativo, y ha sido incorporado en el ámbito del Derecho del Medio Ambiente, a tal punto que la doctrina señala enfáticamente que el Derecho del Agua está *integrado de manera sustancial en el derecho del medio ambiente*⁸.

La crítica a la complejidad y dispersión de la legislación relativa al agua ha llevado a la doctrina francesa a plantear la necesidad de un Código del Agua⁹. Quizás en aquel estado se la considere un brazo del Derecho; sólo una vez que el legislador haya sistematizado los datos normativos.

En Italia, si bien se considera la materia de aguas como “especial”¹⁰, y ha sido objeto de un gran caudal de estudios monográficos, la preocupación por la autonomía de la disciplina, como rama del Derecho separada, es reciente¹¹. También, como en Francia, en el caso que se ha planteado la necesidad de una disciplina separada para el agua, se la condiciona a la existencia de un Código de Aguas¹².

2º *El Derecho de Aguas disputado: entre el Derecho privado y el Derecho público.* La ausencia de una preocupación epistemológica sobre la autonomía del Derecho de

⁶ MARIENHOFF 1996 [1939] VI, 65.

⁷ En efecto, desde 1992, en Francia las aguas son reguladas en el *Código del Medio Ambiente* (Ley N° 3 enero 1992, *sobre el Agua*).

⁸ DROBENKO 2007, 5.

⁹ En ese sentido, vid. CONSEIL D'ÉTAT 2010, 44 y GAZZANIGA *et al.* 2011, 35.

¹⁰ CONSTANTINO 1975, 9.

¹¹ Vid. por todos CONSTANTINO 1975, 19-37 y LUGARESI 1995, 1-17, quienes analizan con exhaustividad la legislación de variados aspectos específicos de las aguas, pero no intentan una construcción del Derecho de Aguas como disciplina autónoma. No obstante, el completo y sistemático trabajo de LUGARESI 1995 constituye un verdadero tratado sobre la materia, ofreciendo un fundado desarrollo de los tres perfiles más característicos de la misma: del “dominio”, de la tutela y de la gestión del agua.

¹² LUGARESI 1995, 416; posición renovada en LUGARESI 2003, 58, trabajo en el que, además, se propone de un modo más completo la creación de un Derecho del Agua, como rama especial, señalando sus objetivos y principios más característicos.

Aguas en doctrina se debe, en verdad, a que no existe conciencia de tal autonomía ni de su función. Ya veremos que, no obstante, los juristas suelen desarrollar principios e instituciones muy propios de las aguas, pero sin conciencia de estar conformando o construyendo un sistema separado.

Para casi todos los autores esta materia formaría parte de otros sectores más tradicionales o amplios del Derecho. Por lo que el tema que suele ofrecerse como discusión general, al inicio de muchas obras, es la posible ubicación de las aguas como materia de estudio, ya sea al Derecho público o al Derecho privado; y, de un modo aún más específico, se suele especificar cuáles partes de la materia de aguas integran el Derecho Civil o el Derecho Administrativo.

Así, dirimir la naturaleza de derecho público o privado del Derecho de Aguas es la preocupación tradicional de la doctrina chilena desde antaño, y ello se explica por dos razones:

– La regulación, si bien muy parcial e incompleta, de esta materia de las aguas, desde el siglo XIX, se encuentra en el Código Civil. En el caso chileno, si bien las aguas son reguladas por el Código Civil en sus trazos más generales, como lo señala su redactor en el Mensaje¹³, ello indujo por mucho tiempo a considerar las aguas como parte de esa disciplina del derecho privado.

– La percepción de una indudable intervención de la Administración en esta materia induce a pensar en su conexión con el derecho público, y más precisamente con el Derecho Administrativo.

No obstante, la doctrina se ha debatido durante largos años en este verdadero dilema de tener que optar más que nada por intuición por uno de los dos sectores, o bipartir la disciplina adjudicando materias de ella a uno u otro sector.

En efecto, LIRA y DE LA MAZA sostienen que las aguas están regidas por disposiciones de carácter sustantivo que son de orden civil, y que *constituyen la base o fundamento de nuestro régimen legal de las aguas*, sin perjuicio de otras disposiciones, de segundo orden, de carácter administrativo y procesal¹⁴. Señala LIRA en 1956 que el Derecho de Aguas *participa de las características del derecho público y del derecho privado, aunque (...) se advierte una creciente tendencia hacia su inclusión dentro del derecho público*¹⁵.

Es notablemente más fino en su análisis VERGARA DUPLAQUET, quien se pregunta si las *normas* del Código de Aguas son de Derecho público o privado, dándole un carácter metodológico a la cuestión, por los principios que priman en cada rama de la *summa-divisio*, y por los cánones de interpretación. Señala que la respuesta es sólo válida para

¹³ El Mensaje del Código Civil chileno, en su párrafo XXVIII, dice: *en todo lo que concierne al uso y goce de las aguas, el proyecto (...) se ha ceñido a poco más que a sentar las bases; reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades*. Tales bases se encontraban en el título dedicado a las servidumbres, y los respectivos artículos (en especial, artículos 834 a 838; 862 a 868; 871 y 872 CC) fueron derogados en 1951, por la ley que aprobó el primer Código de Aguas nacional.

¹⁴LIRA y DE LA MAZA 1940, 8.

¹⁵LIRA 1956, 30.

el *Código* de Aguas y no para el *Derecho* de Aguas; es notorio en este autor una tesitura y ánimo metodológico, al separar claramente el dato normativo (*Código* de Aguas) de la disciplina científica (*Derecho* de Aguas), para la cual postula las bases de su *sistema*. No obstante, concluye que existe una *incidencia permanente del derecho público y del derecho privado en esta materia*¹⁶.

En fin, SEGURA quiebra esta tendencia, postulando que la antigua discusión sobre el carácter público o privado que se le pueda atribuir a una disciplina está, a su juicio, “superada” por el principio de primacía constitucional, pues al existir una regla fundamental (la Constitución), “cada especialidad del derecho es considerada parte de un todo armónico dirigido por la carta fundamental”¹⁷.

En la doctrina argentina de aguas, MARIENHOFF, al preguntarse a qué rama del Derecho, público o privado, corresponde el estudio de las aguas, responde que unas veces corresponderá al derecho privado (civil) y otras al público (administrativo)¹⁸. Por su parte, SPOTA, en el frontispicio de su completo y admirado *Tratado*¹⁹, ofrece una definición del Derecho de Aguas, pero bajo la preocupación de establecer si es una materia de Derecho público o privado, llegando a la conclusión de que pertenece a ambas ramas²⁰. En fin, más actualmente, el completo y documentado trabajo de MARTÍN (2010) sólo ofrece en nota al pie una referencia a lo que sea la *dogmática*, y sus alcances, pero no analiza las bases, precisamente dogmáticas, que justifican la autonomía de la disciplina que con tanto acierto desarrolla en este trabajo.

Como se desarrolla *infra*, antes de disputar el sector del Derecho en que se sitúa el Derecho de Aguas, hay que identificarlo como tal, pero en perspectiva disciplinaria, y no meramente normativista, que es la tendencia usual.

3º Autonomía y sistema del Derecho de Aguas. Es el autor de estas líneas el que plantea el tema de la autonomía de la disciplina desde hace algunos años, y que ahora completamos mediante el desarrollo de la idea de sistema.

En 1998 ofrecemos una reconstrucción histórica y dogmática de la disciplina, en que postulamos su “núcleo dogmático”, lo que le otorga autonomía al sistema jurídico denominado Derecho de Aguas²¹.

En 2010 y 2011, respectivamente, ROJAS y RIVERA, al comienzo del desarrollo de sus tesis doctorales, siguiendo estos planteamientos, ofrecen interesantes aportes a la conformación del sistema de la disciplina²².

¹⁶VERGARA DUPLAQUET 1960 I, 22-23 y 56.

¹⁷SEGURA 2006, 16.

¹⁸MARIENHOFF 1996 [1939], VI 63-64.

¹⁹SPOTA 1941 I, 3 y ss.

²⁰SPOTA 1941 I, 50.

²¹VERGARA BLANCO 1998 I, 22-25.

²²ROJAS 2010, 38, coincide con la autonomía de la disciplina y aplica la matriz disciplinar, enriqueciéndola con la legislación atinente, y desarrolla con acierto las consecuencias en la aplicación de las normas de la materia, aplicando

Un estudio de la parte general del Derecho de Aguas debe pretender algo más que dar respuesta a la pertenencia del Derecho de Aguas a una u otra de las dos partes de la *summadivisio* del Derecho, pues sin perjuicio de la relevancia de tal cuestionamiento a efectos epistemológicos, metodológicos y hermenéuticos, ello no es definitorio sobre la autonomía de una disciplina. Es una pregunta de segundo orden.

La primera preocupación, y la pregunta de primer orden, es saber si la disciplina es o no autónoma de alguna otra disciplina; en nuestro caso, si es parte del Derecho Civil o del Derecho Administrativo. Y, después, una vez obtenida la respuesta de esta autonomía, cabrá preguntarse si esta disciplina, devenida autónoma, corresponde a uno u otro sector de la *summadivisio* disciplinaria del fenómeno doctrinario del Derecho²³.

Esta autonomía se basa en identificar las instituciones y principios propios que ofrezca su actual régimen jurídico, tarea que se asume en seguida.

II. NÚCLEO DOGMÁTICO DEL DERECHO DE AGUAS

1. FUNCIÓN DE LA TÉCNICA DEL NÚCLEO DOGMÁTICO EN EL DERECHO DE AGUAS

En este apartado se propone la utilización del concepto y técnica de epistemología disciplinaria de un “núcleo dogmático” para cada área del Derecho y, en este caso especial, para el Derecho de Aguas, dado que permite ofrecer los “límites actuales” de la disciplina. Se desarrolla y aplica, entonces, la técnica de los “núcleos dogmáticos” en el ámbito del Derecho de Aguas; y, a partir de ello, se expone la estructura e instituciones jurídicas que soportan el actual Derecho de Aguas chileno.

Si la función dogmática consiste en ofrecer de un modo coherente y pleno de sentido las relaciones existentes entre cada cuestión concreta y singular y el sistema completo, para ello cabe tener perfecta noción de la naturaleza jurídica de cada norma singular, y su pertenencia o no a una disciplina. En este ámbito, la utilización de la técnica de los núcleos dogmáticos es fundamental.

Postulamos el concepto y técnica de un “*núcleo dogmático*” para cada disciplina, con una doble función: (a) desde la perspectiva de la epistemología de las disciplinas jurídicas, es el origen y explicación del estatuto científico autónomo de una disciplina, y (b) desde la perspectiva de la Teoría del Derecho, como parte del instrumental abstracto-conceptual, puede prestar servicios a la dogmática, permitiendo diseccionar de la masa normativa aquellas partículas de una naturaleza singular y concreta que conforman una misma disciplina, con el objetivo de darle sentido y coherencia a su interpretación y aplicación.

la técnica de la supletoriedad. RIVERA 2011, 28-33 y 52, clasifica con acierto las distintas tendencias de los autores para syndicar la pertenencia de la disciplina a sectores más amplios del derecho.

²³ Sobre la *summadivisio*, que cabe aplicar primero a las disciplinas del Derecho y sólo después a las normas, puede verse el trabajo anterior del autor: VERGARA BLANCO 2010a.

Esta técnica metodológica ha sido un subproducto (que se transformó en pieza esencial) surgido a partir de las dificultades existentes para construir una sistematización de las disciplinas jurídicas especializadas, como es el caso del Derecho de Aguas.

2. EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA: DELIMITAR UNA DISCIPLINA JURÍDICA. EL CASO DEL DERECHO DE AGUAS

Es necesario, de acuerdo a lo expuesto, intentar un planteamiento sobre el núcleo de la disciplina del Derecho de Aguas.

Para hacer una delimitación de una disciplina jurídica hay que distinguir, primero, los elementos esenciales de ella, sus núcleos dogmáticos, sin los cuales la disciplina deja de ser tal.

En este sentido debemos preguntarnos si existe dentro de la problemática social alguna que responda a la realidad del aprovechamiento de las aguas; si esto es así, se podrá considerar configurada la disciplina del Derecho de Aguas.

Con relación a ello, cabe sostener que la regulación de las aguas en nuestra tradición jurídica sólo adquiere relevancia jurídica a través de la previa *publicatio que opera en el sector*, de la aplicación ulterior de la institución de la *concesión*, de la que surge una relación jurídica y un especialísimo *derecho de aprovechamiento de aguas* a favor de los particulares. Esta es la realidad, y de esta relación jurídica surgen las instituciones que forman el “núcleo dogmático” de la disciplina, y que han permitido el nacimiento de un régimen especial para las aguas. Lo anterior es lógico, pues son los institutos jurídicos el punto de partida y la base del desarrollo jurídico, y es a partir de ellos que es posible ofrecer respuestas a los problemas que surgen de la relación jurídica que se origina en torno al aprovechamiento de las aguas.

De los elementos previamente enunciados podemos afirmar que el Derecho de Aguas debe ser considerado dentro de las disciplinas que conforman el sector del derecho público. Ello no implica desconocer, en lo absoluto, el empleo y aporte de herramientas y técnicas civilistas en esta área, pero el contenido nuclear o esencial del Derecho de Aguas se encuentra en la intervención de potestades públicas, regidas por el principio de juridicidad, y no en el principio de autonomía de la voluntad, característico del ámbito privado²⁴.

A mostrar el contenido de esta trilogía de instituciones, que conforman el núcleo dogmático o disciplinario del Derecho de Aguas, dedicamos las líneas que siguen, con lo que comprobaremos las bases de su autonomía.

Por lo tanto, el estudio que aquí proponemos va encaminado a mostrar cómo se ha construido y cuál es el Derecho de Aguas chileno actual. Ello, sobre la base de una mirada especial de las instituciones jurídicas que lo han sostenido. Lo que se pretende

²⁴ Contrariamente a ello, GUZMÁN cataloga al Derecho de Aguas como una importante rama del “derecho privado”, tesis con la que discordamos en base a los argumentos expuestos *supra*. Vid. GUZMÁN 2001, 276.

es, en definitiva, exponer cuáles son las estructuras que conforman, tanto material como formalmente, el Derecho de Aguas chileno, objetivo que no sólo tiene un alcance metodológico, sino epistemológico, pues nos va a permitir desarrollar los contornos y contenido de esta disciplina integrante de la ciencia jurídica.

3. EL NÚCLEO DOGMÁTICO DE LA DISCIPLINA DEL DERECHO DE AGUAS

Dicho núcleo surge de las características generales del aprovechamiento de las aguas, las que han moldeado históricamente las instituciones de la disciplina del Derecho de Aguas. De tales características diseccionamos en clave jurídica las diferentes categorías dogmáticas (instituciones y principios) que conforman el núcleo de la disciplina.

En Derecho de Aguas son tres los *lugares* o *temas* que esencialmente conforman la disciplina y que constituyen su “núcleo dogmático”; éstos fluyen de los tres siguientes hechos coligados:

a) En lo relativo a la posición jurídica de las aguas, éstas se encuentran excluidas de toda apropiación directa por los particulares; se encuentran publicadas. A nivel constitucional, el artículo 19 N° 24 inciso final CPR establece implícitamente su publicación, al señalar que los derechos de los particulares sobre las aguas son “reconocidos o constituidos”; evidente referencia esta última al sistema concesional, propio de los casos de publicación de bienes, de aquellos “que deban pertenecer a la Nación toda”, parafraseando al artículo 19 N° 23 inc. 1° CPR. A nivel legal, la publicación de las aguas se consagra en los artículos 5° CA y 595 CC, los cuales califican a las aguas como *bienes nacionales de uso público*.

b) Para el “reconocimiento” o “constitución” de los derechos de aguas, existen procedimientos de regularización y concesional, a través de los cuales, respectivamente, se reconocen (regularizan) y crean (mediante concesiones) derechos de aguas a favor de los particulares.

Existen ciertos usos de aguas que, excepcionalmente, tienen un régimen especial y distinto al señalado, por tratarse de usos mínimos o menores.

c) Nacen a favor de los concesionarios o regularizatarios, según los casos, derechos a aprovechar las aguas, “derechos” que la legislación denomina “derecho de aprovechamiento”: artículo 5° CA.

En cuanto a las obligaciones de los titulares de derechos de aguas, considera la ley sólo el pago de “patentes” anuales (tasas), como mecanismo implícito de “utilización de las aguas”. Existe una regulación especial relativa al ejercicio de estos derechos de aguas, en especial en el caso de la utilización común de las aguas de una misma fuente natural, en que es necesaria su “distribución”; tarea esta que realizan organismos de auto-administración de los propios usuarios, denominados “juntas de vigilancia”.

La construcción del Derecho de Aguas se produce en base a estos hechos regulados (mediante reglas), de donde surgen instituciones y principios, todos especificando los tres *temas* esenciales de la relación jurídico-administrativa.

4. INSTITUCIONES DE DERECHO DE AGUAS

En Derecho de Aguas una primera observación nos permite comprobar la existencia de algunas instituciones propias, que enmarcan algunos principios propios; esto es, todo un sistema que se armoniza a través de esas instituciones y principios. Es la realidad del aprovechamiento de las aguas y su regulación jurídica histórica y vigente la que ha moldeado unas instituciones informadas por principios jurídicos perfectamente definibles, y que le otorgan el carácter de sistema jurídico autónomo (como disciplina) al Derecho de Aguas.

Es necesario entonces intentar un planteamiento que sistematice y explique, desde la perspectiva del Derecho vigente, las instituciones y principios relativos al aprovechamiento de las aguas; esto es, un planteamiento dogmático (de ciencia del Derecho).

Para sistematizar la legislación vigente, que es la tarea propia de la dogmática, es necesario observar la realidad, es decir, la utilización de las aguas (su extracción desde las fuentes naturales y su aprovechamiento), y describir con conceptos jurídicos las “situaciones” o “posiciones” jurídicas que se producen a propósito de tal aprovechamiento: el papel del Estado (en alguna de sus fases: como regulador o legislador; como Administración; o como *fiscus*); de los particulares (como usuarios y como integrantes de organismos de auto-administración); y, en ambos casos, en relación a esos recursos naturales denominados aguas (o “*recurso hídrico*”, por la *práctica*).

a) Instituciones que forman el sistema de Derecho de Aguas

Surge, en esencia, el sistema del Derecho de Aguas a partir de las siguientes tres categorías dogmáticas o instituciones denominadas:

- i) Publicatio* de aguas;
- ii) Concesión y regularización* de aguas, y
- iii) Derecho de aprovechamiento* de aguas (y su *distribución*).

Ellas conforman el ser de esta disciplina: en torno a estas tres instituciones esenciales, contenidas y desarrolladas en la legislación vigente, se articula el sistema regulatorio de la relación jurídica que se origina en torno al aprovechamiento de las aguas²⁵.

Estos aspectos fundamentales del régimen de las aguas se encuentran consagrados en la legislación vigente; de partida, en un breve texto inserto en la Constitución Política, en el D.L. N° 2.603 de 1979, y en el Código de Aguas actual.

Además, existen sendos principios, que a cada una de estas instituciones están adosados, de los que surge, en esencia, la disciplina que denominamos Derecho de Aguas,

²⁵ TALA considera que los aspectos dogmático-jurídicos esenciales en esta materia son sólo dos: la existencia de un vínculo de autoridad sobre las aguas, y, una relación de los particulares con dichas aguas. Vid. TALA 1999, 152-153. Sin perjuicio de ello, el autor luego sostiene que toda regulación jurídica de las aguas aborda el tratamiento de cuatro cuestiones fundamentales: quién es el dueño de las aguas, cómo se asignan las aguas, qué derechos tienen los particulares sobre tales aguas, y cómo se controla y supervigila el sistema de las aguas (183).

sin los cuales no tendría ningún contenido valórico y sería nada más que un amasijo normativo; a saber:

1º Las aguas como patrimonio nacional: publicatio de las aguas. En cuanto a la posición jurídica de las aguas, el artículo 5º CA establece que *las aguas son bienes nacionales de uso público* (el artículo 595 CC precisa que “todas” lo son). La categoría “bienes nacionales de uso público” proviene de la terminología utilizada por el artículo 589 CC. Como punto de inicio, entonces, parece indiscutible que las aguas constituyan bienes públicos, o “bienes que deben pertenecer a la nación toda”, como señala el artículo 19 N° 23 inc. 1º CPR.

No existe aquí, como en materia de minas, por ejemplo (artículo 19 N° 24 inciso 6º CPR), una declaración constitucional expresa sobre las aguas como públicas, sino que esta precisión quedó entregada al legislador. Hay un texto constitucional relativo a la materia de aguas, cuyo contenido no está referido, al menos de manera explícita, a una naturaleza pública de las aguas, sino a garantizar especialmente los derechos de los particulares sobre las mismas.

Así, el primer aspecto de la realidad de las aguas en nuestro sistema es la existencia de una generalizada *publicatio* que cubre toda la actividad relacionada con el aprovechamiento de las aguas. Esta *publicatio*, para la actual *lex* (y para la explicación doctrinaria usual), consistiría en la existencia de un “dominio” o “propiedad” pública de todas las aguas; pero tal *publicatio* opera, en verdad, sobre la actividad de los particulares en relación al aprovechamiento de las aguas, y consiste en la regulación que el Estado/regulador (legislador) establece para el acceso y reparto de titularidades privadas en toda fuente natural.

Es a partir de la *publicatio* de las aguas que surge toda la especial regulación que sobre la actividad consistente en aprovechar las aguas realiza el actual Estado/Administración y no de una inexistente, anacrónica o irreal “propiedad” pública de ellas, que de propiedad no tiene nada. Es, como fluye del art. 19 N° 23 inc. 1º CPR, “patrimonio” de la Nación (pues son bienes que a ella “pertenecen”): patrimonio nacional; concepto genérico, que justifica más que nada, la preocupación regulatoria.

Para justificar la regulación especial de las aguas, se han utilizado artificialmente los conceptos derivados de la “propiedad” (bienes públicos; bienes que “pertenecen” a la Nación) como instrumento, como inadecuada técnica legislativa de publicación, que más bien da origen a toda una categoría de bienes públicos, llamados usualmente “dominio público” por la doctrina y la legislación, cuya naturaleza jurídica debemos develar.

El efecto práctico de esta *publicatio* es la sustracción *ab initio* de la apropiación privada de todos las aguas (que escurren en fuentes naturales, ya superficial o subterráneamente).

2º Libre acceso a las titularidades de aguas. En seguida, el segundo aspecto de esta realidad es el ineludible procedimiento concesional de aguas, cuyo acto terminal consiste en una institución típica y característica de la disciplina estudiada: la *concesión de aguas*,

a partir de la cual hoy el Estado/Administración “debe” (pues ya ha dejado de ser un acto discrecional o gracioso, como antaño) crear *ex novo* los derechos de aguas a favor de los particulares.

En efecto, como consecuencia de la *publicatio* opera en el sector la institución denominada “concesión de aguas”, que consiste en el acto terminal de un procedimiento ante el Estado/Administración, de una especial naturaleza jurídica y cuyo procedimiento es especial, pues se desgaja del Derecho Administrativo.

El efecto práctico del funcionamiento de este comercio jurídico-público es que, en materia de aguas, en principio, la concesión es el único instrumento que origina derechos en el sector; no hay aquí posibilidad de recurrir a los instrumentos de adquisición originaria de bienes del Derecho privado, como la ocupación o la prescripción de estos bienes (si es que es jurídicamente posible postular la “ocupación” las aguas de una fuente natural).

Entonces, en principio, la única vía para el legítimo aprovechamiento de las aguas publicadas debiera ser la previa obtención de un derecho a través de una concesión de aguas; no obstante, el sistema jurídico ha debido tolerar usos consuetudinarios (no nacidos como fruto de una concesión previa) y ofrecer vías de reconocimiento y regularización. Tales derechos son regulados ampliamente en el Código de Aguas. El sistema opera, entonces, sobre la base de dos tipos de actos:

- concesiones de aguas, para crear nuevos derechos, emitidas por el Estado/Administración (a través de un órgano administrativo: la Dirección General de Aguas), y
- actos regularizatorios, para reconocer usos consuetudinarios de aguas, emitidos por los Tribunales de justicia (previo informe de la Dirección General de Aguas).

A tales procedimientos los particulares tienen libertad de acceso por medio de solicitudes, respectivamente.

El acceso a las aguas libres, en el procedimiento de constitución de nuevos derechos, está siempre sujeto a la eventual concurrencia de otros interesados, y a su asignación mediante remates.

3º Libre ejercicio de los derechos de aguas. En fin, el tercer y evidente aspecto de la realidad son los *derechos de [aprovechamiento] de aguas*, que nacen:

i) ya sea *ex novo* a partir de la concesión y que posibilitan el aprovechamiento de las aguas en la cantidad otorgada y en un lugar determinado, para extraerlas según la naturaleza de su derecho.

En efecto, de la concesión de aguas, que es un acto de evidente naturaleza administrativa (emitido en Chile por un órgano de la Administración, en medio de un procedimiento especial regulado en el Código de Aguas), nacen derechos de aguas: la autoridad los *constituye*.

ii) ya sea a partir de actos regularizatorios, para reconocer usos consuetudinarios de aguas, emitidos por los tribunales de justicia (previo informe de la Dirección General de Aguas), que *regularizan* tales derechos.

De alguno de estos modos surge cada *derecho de aguas*, cada título de aguas, en cuya virtud los particulares podrán extraer una cantidad tasada de recursos hídricos. El ejercicio de estos derechos para extraer aguas de la fuente natural forma parte del núcleo de la disciplina.

El titular de derechos de aguas puede aprovechar libremente el agua extraída, de acuerdo a su título, para llevar adelante la actividad económica o industria que desee.

b) El sistema del Derecho de Aguas

Recapitulando, diremos que forman el *sistema del Derecho de Aguas*:

i) Los hechos jurídicos que fijan una materia (las aguas y su aprovechamiento por los particulares);

ii) Las normas vinculadas a esos hechos (reglas que establecen conductas y que originan una relación jurídica);

iii) Instituciones (que diseñan los juristas) en torno a esos hechos y normas, y

iv) Principios (que diseccionan los intérpretes, esto es, jueces y juristas).

Todos ellos conforman el ser de esta disciplina: en torno a estas bases dogmáticas centrales, contenidas en la realidad social y desarrollada en la legislación vigente, jueces y juristas podemos articular el sistema de instituciones y principios del Derecho de Aguas.

c) Materias conexas o fronterizas a la relación jurídica relativa a las aguas. Existen materias conexas, fronterizas o como queramos llamarlas, que, aunque ocupan algunos artículos del vigente Código de Aguas (como las servidumbres, normas registrales, etc.), no forman parte integrante del núcleo dogmático de esta disciplina. Es por esa razón que tales materias, si bien conexas, se rigen por principios del Derecho Civil, a cuyo núcleo dogmático y sistema disciplinario pertenecen.

Entonces, podemos decir con propiedad que, en la práctica, los especialistas del Derecho de Aguas no sólo se dedican a estudiar la realidad y las leyes de su disciplina propia y estricta, sino que también la realidad y las leyes de unos procedimientos especiales (los de concesión y regularización de derechos aguas: que se desgajan del Derecho Administrativo); y de un especial Derecho Civil y Comercial, respectivamente: el de las servidumbres y contratos.

Así, a propósito de los derechos de aguas, al transferirlos o al ocupar suelo ajeno para su ejercicio, es en donde descubriremos quizás la más importante *huida* al Derecho privado: tanto de la legislación, como de la práctica profesional y profesoral especializada. Todo lo que la legislación desarrolla y lo que desde el punto de vista profesional y profesoral analizamos sobre contratos y servidumbres “de aguas”, al no formar parte del núcleo dogmático del Derecho de Aguas, se rige por los principios del Derecho privado.

En otras palabras, si tales materias (contratos y servidumbres) estuviesen en las leyes correspondientes y, por lo tanto, diferentes al Código de Aguas (por ejemplo,

en el Código Civil o en una ley especial de contratación o de cargas reales), ello sería armónico con una adecuada técnica legislativa fijadora. Pues la pregunta que es necesario responder es la siguiente: ¿qué relación jurídica existe entre el Estado/Administración con los contratos o servidumbres de aguas? Ninguna, pues todo eso es una relación *inter privatos*; y de ahí su naturaleza jurídica privada (civil o comercial, según los casos).

d) *El Derecho de Aguas y sus disciplinas auxiliares*

Como ha quedado expuesto, el Derecho de Aguas está dedicado al estudio de la regulación jurídica de las aguas.

Las ciencias jurídicas se clasifican convencionalmente en varias especialidades; de ahí la especialidad de la disciplina que denominamos “Derecho de Aguas”. Las demás ciencias fronterizas a las ciencias dogmáticas del Derecho (como la Teoría del Derecho, la Filosofía del Derecho, la Historia del Derecho o la Sociología del Derecho), que cumplen un importante rol auxiliar, sobre todo en determinadas áreas del estudio jurídico, no tienen, sin embargo, por objeto el estudio del Derecho vigente.

El Derecho de Aguas, por su parte, como disciplina dogmática, tiene por objeto de estudio el Derecho vigente. Y es a partir del material legislativo que aplica el jurista su arte y ciencia: le adosa su inteligencia y espontaneidad, y al diseccionar el orden jurídico vigente, va descubriendo instituciones, principios y valores que ofrece como resultado, distinto y distinguible del desnudo texto legal (o del ausente texto legal, en el caso de las “lagunas” normativas).

5. LOS INSTRUMENTOS DE TRABAJO DEL DERECHO DE AGUAS

Los instrumentos de trabajo del Derecho de Aguas están íntimamente vinculados con la metodología de toda disciplina jurídica:

a) Un primer instrumento es la *observación de la realidad*: las aguas y su aprovechamiento por los particulares. A partir de la información que de ella nos proporcionan las demás ciencias que estudian su realidad podremos enfocar de un mejor modo el instrumental propiamente jurídico. Una errónea observación de esa realidad sobre la que se aplica el Derecho vigente, nos impedirá, a su vez, realizar un adecuado análisis jurídico. Esta observación conforma globalmente el “hecho jurídico”.

La realidad del aprovechamiento de las aguas, en el sentido de lo que efectiva, positiva y verdaderamente son ellas mismas, y las formas en que es posible (y racional o justo) su aprovechamiento, sólo podrá conocerse mediante un esquema interdisciplinario. Son diversas las disciplinas que contribuyen a la observación del recurso hídrico como hecho jurídico, esto es, con el prisma de la ciencia jurídica.

b) Luego, la *dimensión histórica del Derecho*, aquí aplicada a la legislación de aguas, nos ofrece una perspectiva inigualable, pues la legislación vigente (que es la base de la sistematización que hace el jurista y la fuente formal imperativa para el juez), es el

resultado de un devenir histórico. Esas fuentes que entrega la historia son instrumento ineludible del trabajo del jurista.

En efecto, la legislación de aguas vigente tiene una dimensión histórica; su fisonomía actual es en buena parte producto de la historia de unos textos que le han precedido. Sin una mirada de ese pasado jurídico (esto es, de textos y sólo de textos que alguna vez fueron Derecho vigente, hoy derogados) no es posible comprender el actual Derecho de Aguas ni su prospectiva: la solución de conflictos, que se basan en unos textos impregnados de principios e ideas jurídicas actuales y en evolución, por una parte, junto a otros nacidos en el pasado.

c) En seguida, las *fuentes vigentes* del Derecho de Aguas sustantivo, han de ser comprendidas en toda su actual complejidad, a partir de su desorden y distintas jerarquías. En todo caso, la legislación de aguas, al estar parcialmente “codificada”, ofrece un aparente orden y armonía. El manejo adecuado de las fuentes del Derecho de Aguas vigente es un instrumento insoslayable para el aprendizaje de la disciplina. Sea cual sea nuestra visión sobre el Derecho, en el caso de las aguas, inexcusablemente la disciplina tendrá como núcleo las conductas exigidas por la sociedad en torno a este recurso a través de las leyes vigentes.

Luego, la labor prioritaria y esencial de un jurista es asumir la tarea de sistematización del Derecho vigente; y sólo debiésemos llamar como tal a quien asume primero esa tarea sistematizadora de una especialidad del Derecho, para, en seguida, mediante un método adecuado, inundarla de principios y valores.

Por tal razón, la tarea que abordamos en este libro de texto tiene como base las fuentes del orden jurídico vigente (asimilable en este sentido a la labor del juez, el que tiene del mismo modo como base el Derecho vigente para dictar cada sentencia), las que son legales o supralegales, y a través de las cuales la sociedad expone e impone las conductas debidas en materia de aprovechamiento de las aguas. Pero este Derecho vigente tiene sus particularidades en cuanto a jerarquías normativas: es una regulación compleja que debe ser explicada. Si sobre su base se desarrolla toda la dogmática o ciencia del Derecho propiamente tal, es necesario para su estudio conocer tales complejidades.

d) De la resolución de los juicios o litigios relativos a las diversas conductas o relaciones jurídicas relacionadas con las aguas se derivan las sentencias; ellas, a su vez, en su conjunto, conforman la *jurisprudencia*. Tales sentencias son muy relevantes para el estudio sistematizador de la disciplina, y forman un instrumento esencial del trabajo del jurista.

El uso conjunto de estos elementos (el hecho jurídico, el orden interno, en su dimensión histórica y vigente, y el *corpus* jurisprudencial), es la base del método del jurista para ofrecer modelos sistemáticos de solución de problemas e identificar a una disciplina jurídica. Lo anterior a través de la formulación de:

- i) sus instituciones básicas, y
- ii) sus principios jurídicos.

6. COROLARIO: UNA DISCIPLINA REFERIDA A LAS AGUAS LIBRES O DISPONIBLES

Lo esencial y presupuesto básico de todo el Derecho de Aguas (esto es, el principio ontológico de la disciplina), es la eliminación del poder de disposición de los particulares, ya sea propietarios ribereños o no de las fuentes naturales continentales del suelo, sobre las aguas que allí escurren (o que se encuentren “*detenidas*”, en sentido jurídico); de ahí se han derivado los dos sistemas que básicamente han existido en el Derecho histórico y comparado:

a) *De mercedes o concesiones de aguas*, en que los derechos de aprovechamiento de las aguas son siempre otorgados por concesiones estatales (“*mercedes*” de aguas, en la tradición chilena), en que tradicionalmente se califican a las aguas en la fuente como bienes nacionales (o de “*patrimonio*” estatal), y

b) *De libertad de uso por ribereños*, en que se acepta por los sistemas que los propietarios ribereños utilicen libremente el agua que escurre al borde de sus predios, en la medida de sus necesidades, y con la conciencia de no perjudicar a los demás ribereños que llevan adelante la misma acción (de ahí su origen costumbrista).

En ambos sistemas si bien hay exclusión de la propiedad privada sobre las fuentes naturales de aguas, no hay apropiación estatal (por esa razón podemos calificar a las aguas como “*libres*” o “*disponibles*”: ni propiedad estatal ni propiedad privada): opera la *publicatio*.

La configuración histórica del Derecho de Aguas nacional a partir de ambos sistemas es evidente:

i) En general, hubo una temprana caracterización de las aguas como bienes públicos, y la subsecuente necesidad de obtener *mercedes* para aprovechar las aguas;

ii) No obstante, de manera evidente, siempre existió el reconocimiento de la legitimidad del uso ancestral del agua por ribereños.

La evolución del derecho de aguas ha sido la siguiente:

1º Desde el inicio del Derecho de Aguas, en los mismos ríos, convivieron ambos tipos de titulares de derechos; hasta que, en 1951, se sujeta a todos los derechos a un mismo régimen de uso, lo que marca una primera evolución del régimen jurídico de las aguas, caracterizada por la unificación del ejercicio de las titularidades de aguas, sin importar su origen.

2º Hasta 1967 se mantuvieron algunas hipótesis de propiedad particular de fuentes naturales, año en que se declaró la *publicatio* de todas las aguas, en que se consolida como título jurídico el derecho de aprovechamiento de ellas, y no su propiedad particular. Ésta es una segunda evolución notable en el régimen jurídico nacional de las aguas.

3º Una vez unificados los títulos de aguas (riberanos o consuetudinarios/concesionales) y aclarada la naturaleza jurídica de tales títulos (propiedad/derechos de aprovechamiento), la tercera y última evolución regulatoria es la entrega a la decisión de los particulares, la desvinculación jurídica, total o parcial, con un uso específico,

o un lugar específico de uso (agua des/unida a la tierra), operada en 1981. Es la libre transferibilidad de los títulos de aguas (respuesta jurídica a una búsqueda de un mercado de derechos de aguas); ello unido a un sistema libre y concurrente para la obtención de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas.

Así, el sistema vigente del Derecho de Aguas, en cuanto al acceso y aprovechamiento de tales aguas, implica sólo la existencia de una prohibición general previa a extraer aguas, bajo la reserva de obtener una “concesión de aguas”, que no es sólo formalmente un título discrecional (como pareciera ser toda acción de “conceder”), sino que en realidad es un acto administrativo de naturaleza autorizacional, con una discrecionalidad reducidísima (el sustituto de esta concesión son los actos regularizatorio o de reconocimiento de usos ancestrales).

Además, en defensa de los principios de libre y competitiva concurrencia y de juridicidad, los solicitantes tienen un real y efectivo derecho subjetivo a llegar a ser titulares de la habilitación para extraer las aguas *in rerum natura*: en este caso, en la fuente natural; las que por tal razón, cabe considerarlas *libres* o *disponibles*. En otras palabras, mientras unas aguas no han sido objeto de concesión, están “disponibles” para que cualquiera las pida a su nombre.

Sobre la base de la posibilidad jurídica del libre y competitivo acceso a los títulos de aguas, y al libre aprovechamiento de las aguas se organizan no sólo la subsistencia humana, sino muchas industrias, sin perjuicio de la necesidad de su racional uso y cuidado.

Por último, cabe incorporar como regla esencial del sistema la “autogestión” del agua por los usuarios, una vez otorgados los derechos en una fuente natural. Y es que luego de constituidos o reconocidos los derechos de aprovechamiento, se extinguen –o debieran extinguirse– las potestades constitutivas y ordenadoras de la autoridad y comienza el gobierno de gestión y distribución de las organizaciones de usuarios.

BIBLIOGRAFÍA

- CANARIS, Claus-Wilhelm (1983 [1998]): *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (Berlín, 1983), traducción al castellano: *El sistema en la Jurisprudencia* [Ciencia del Derecho] (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998) 186 pp.
- CONSEIL D'ÉTAT (2010): *L' eau et son droit* [Rapport public 2010, Études et Documents] (París, La Documentation Française) 582 pp.
- CONSTANTINO, Michelle (1975): *Sfruttamento dell'acqua e tutela giuridica* (Nápoles, Jovene) 449 pp.
- DROBENKO, Bernard (2007): *Droit de l'eau* (París, Gualino Éditeur) 330 pp.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan (2005): “El sistema de Derecho Administrativo chileno: una revisión crítica desde una perspectiva histórica”, en: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N.ºs. 217-218, pp. 99-118.
- GAZZANIGA, Jean-Louis, LARROUY-CASTÉRA, Xavier, MARC, Philippe y OURLIAC, Jean-Paul (2011): *Le droit de l'eau* (París, LexisNexis, Litec) 547 pp.

- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1989): “La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico (una nueva terminología en la reciente jurisprudencia)”, en: *Persona y Derecho* (Pamplona, Universidad de Navarra), Vol. 21, pp. 1-72.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001): *El derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso) 302 pp.
- LARENZ, Karl (1994 [1979]): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (4ª ed., Berlín), traducción: *Metodología de la ciencia del Derecho* (Madrid, Ariel, 1994) 536 pp.
- LIRA OVALLE, Samuel (1956): *El derecho de aguas ante la cátedra* (Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile) 317 pp.
- LIRA URQUIETA, Pedro y DE LA MAZA, Lorenzo (1940): *Régimen legal de las aguas en Chile* (Santiago, Editorial Nascimento) 215 pp.
- LOSANO, Mario G. (2002): *Sistema e strutturanel diritto*, volúmenes I, II y III (Milán, Giuffréditore).
- LUGARESI, Nicola (1995): *Le acque pubbliche. Profildominicali, di tutela e di gestione* (Milán, Giuffréditore) 439 pp.
- _____ (2003): “Dirittodelleacque, principiinternazionali, etica”, en: LUGARESI y MASTRAGOSTINO (2003) pp. 17-78.
- MARIENHOFF, Miguel(1996): *Tratado de derecho administrativo, Tomo VI. Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas* (Buenos Aires, AbeledoPerrot S.A.) 863 pp.
- RIVERA BRAVO, Daniela (2011): *Subsistencia y ajuste de antiguos derechos en base al uso efectivo de las aguas. El especial caso del reconocimiento de usos consuetudinarios* (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica de Chile) 401 pp.
- ROJAS, Christian (2005): “La formación del sistema del derecho”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte La Semana Jurídica*.
- _____ (2010): *La distribución de las aguas en el derecho chileno. La actividad desarrollada por las juntas de vigilancia* (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica de Chile) 539 pp.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (1998): *Das AllgemeineVerwaltungsrechtsOrdnungs Idee* (Heildeberg, Springer), traducción de la 1ª edición alemana: *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid, Marcial Pons Ediciones, 2003).
- SEGURA RIVEIRO, Francisco (2006): *Derecho de aguas*, 2ª edición (Concepción, LexisNexis) 217 pp.
- SPOTA, Alberto (1941): *Tratado de Derecho de Aguas, Tomo I* (Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez) 1092 pp.
- TALA JAPAZ, Alberto (1999): *Derecho de recursos naturales. Ambiente, aguas, minas* (Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley) 382 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992): *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 433 pp.
- _____ (1998): *Derecho de Aguas*, 2 tomos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 548 pp.
- _____ (2009): “Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del código civil”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, pp. 45-68.
- _____ (2010a): “La *summa divisio iuris publico/privado*”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 17, 1, pp. 115-128.
- _____ (2010b): *Instituciones de derecho minero* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot) 856 pp.
- _____ (2012): *Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los “núcleos dogmáticos”* (en prensa).

VERGARA DUPLAQUET, Ciro (1960): “Generalidades”, en: HEDERRA, Ana (direc.), *Comentarios al Código de Aguas, Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 3-56.

VILLAR PALASÍ, José (1983): “Consideraciones sobre el sistema jurídico”, en *Revista de Administración Pública*, N°s. 100-102, pp. 509-574.