

LA OBLIGACIÓN DE PROTEGER LA FUNCIÓN AMBIENTAL DEL AGUA PARA LOS USUARIOS DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Ezio Costa Cordella*

RESUMEN

Este artículo analiza los deberes de protección del medio ambiente que recaen en los usuarios de derechos de aprovechamiento de aguas, tanto desde la propia naturaleza del bien sobre el que recaen dichos derechos, como desde la función social de la propiedad.

INTRODUCCIÓN

Una de las obligaciones inherentes al derecho de aprovechamiento de aguas es tomar los resguardos para la mantención de su ciclo en estado de funcionamiento adecuado, así como la protección de sus funciones ecosistémicas.

Lo anterior tiene un fundamento en argumentos finalistas que llamamos "de política pública"¹ y uno puramente normativo que, como veremos, fluye de (1) la calidad de bien nacional de uso público del agua y (2) de la función social de la propiedad.

* Abogado, Universidad de Chile; MSc en Regulación, London School of Economics; Investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y Director Ejecutivo de la ONG FIMA.

1 Sin perjuicio de los argumentos propiamente normativos que se desarrollan en este trabajo, es relevante considerar de manera seria los argumentos de política pública, ya que estos dan sentido a las normas en torno a las cuales se argumenta, siendo especialmente importantes al hablar de temas ambientales, toda vez que la interpretación dogmática pura puede resultar vacía si ella no se hace a la luz de los principios del propio derecho ambiental y a la lógica subyacente a él, que es la mantención del medio ambiente en un estado de funcionamiento adecuado, que permita la vida y especialmente la vida humana en un estándar aceptable.

El derecho de aguas, como todas las disciplinas que malamente se agrupan en el derecho de los recursos naturales, es parte integrante del derecho ambiental y por lo tanto debe ser interpretado a su luz. El que haya sido regulado en nuestro país, al igual que los bosques o las minas, de manera separada, compartimentalizada y con una visión más bien productivista y cercana al derecho de propiedad, no quita que los elementos del medio ambiente respecto de los cuales esas regulaciones fueron creadas tengan una importancia ecosistémica y, por lo tanto, requieran caer bajo la mirada y lógica del derecho ambiental.

Con esa premisa como norte, y sobre las normas relativas a los derechos de aprovechamiento y a la función social de la propiedad, se construye el presente artículo.

I. FUNCIONES ECOSISTÉMICAS DEL AGUA

El agua sostiene la vida y un sinnúmero de procesos naturales y productivos que a su vez son esenciales para la vida humana y la vida social. Es base de la alimentación, la salud y la industria e incluso de la existencia de la sociedad, como la historia nos muestra. Asimismo, es sustrato de la protección del medio ambiente y con ello base para la mantención de la paz, lo que ha sido reconocido, por ejemplo, por la Declaración de Río en su principio 25, al señalar que: "La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables"².

Al igual que el bien agua, el derecho al agua, entendido como un derecho humano, ha sido reconocido y conectado con otros valores fundamentales, en especial con el derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente sano, a la vivienda, a la propiedad y al desarrollo³.

Lo anterior ha redundado en que sea recurrente oír hablar de las funciones y los servicios ecosistémicos del agua. La conexión que se da en el ecosistema, entre un elemento del mismo y otros, es conocida como *función ecosistémica*, mientras que la utilidad que un determinado elemento del medio ambiente presta a los humanos es conocida como *servicio ecosistémico*.

El Ministerio de Medio Ambiente (MMA), citando la definición de Millennial Ecosystem Assessment, señala que los servicios ecosistémicos son "los

2 Art. 25, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

3 GARCÍA, A (2008), p. 24

beneficios que obtenemos los seres humanos directa o indirectamente de los ecosistemas", y los clasifica en cuatro grupos: "provisión (i.e. madera, agua), regulación (i.e. control de inundaciones y de pestes), culturales (i.e. espirituales, recreación) y soporte (i.e. ciclo de nutrientes)"⁴. A su vez, el mismo MMA define las funciones ecosistémicas desde la diferencia con los servicios: "Servicio vs. función: Como se explicó anteriormente, una función ecosistémica corresponde a una capacidad de proveer servicios derivada de las interacciones entre las estructuras y los procesos biofísicos. Esta capacidad es independiente de su uso, demanda, disfrute o valoración social, traducándose en servicio ecosistémicos solamente cuando son usadas"⁵. Toma también una definición de la iniciativa TEEB (The Economics of Ecosystems and Biodiversity), señalando lo siguiente "Función: la interacción entre estructura y procesos biofísicos dan lugar a las funciones ecosistémicas, definidas como 'un subconjunto de interacciones entre estructura y procesos biofísico que sustentan la capacidad de un ecosistema de proveer bienes y servicios' (TEEB 2010a)"⁶.

Como se puede apreciar, los servicios derivan de las funciones⁷, cuestión que se hace evidente al hablar de ambas, ya que nos estamos refiriendo a los mismos objetos naturales, siendo la diferencia el destinatario de dichos beneficios: los humanos de manera directa en el concepto de servicios, y el propio ecosistema y sus elementos en el caso de las funciones.

Ahora bien, cuando hablamos de las funciones y los servicios ecosistémicos del agua son muchos otros elementos del medio ambiente los que se caracterizan por tener funciones que ayudan a la mantención del ciclo del agua dulce, mientras, en general, se da por hecho que para que esos elementos existan, el agua es un elemento esencial. Así por ejemplo, cuando nos referimos a las funciones ecosistémicas de los humedales, aquella respecto del ciclo del agua dulce aparece como una de las más vitales. Así lo señala el Instituto de Política Medioambiental Europea, expresando que:

Los ciclos global y local del agua dependen en gran medida de los humedales (véase la Figura 1, Ramsar, 1971; Evaluación de los Ecosistemas del Milenio-EM, 2005; Secretaría del CDB, 2012). La cubierta terrestre influye en la retención y los flujos de agua y, por consiguiente, en la disponibilidad de agua de superficie y subterránea. La transpiración de las plantas afecta a los patrones de precipitaciones. La biodiversidad

4 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (s.f.)

5 *Ibíd.*, p. 6.

6 *Ibíd.*, p. 4.

7 *Ibíd.*, p. 7.

desempeña un papel fundamental en el ciclo de los nutrientes y el ciclo del carbono (carbono almacenado, secuestrado y liberado por la biomasa). La pérdida de biodiversidad puede comprometer el funcionamiento de estos ciclos, lo que tendría un importante impacto en las personas, la sociedad y la economía⁸.

Un estudio de la Unión Europea en torno a la economía de los ecosistemas y la biodiversidad, por su parte, señala que:

En muchas zonas, los ecosistemas realizan funciones de regulación vitales. Los bosques y humedales determinan los niveles de lluvia (a escala local y regional), la capacidad del suelo para absorber y retener esa agua, y la calidad de la misma. En otras palabras, de los ecosistemas depende, en gran medida, que suframos sequías o riadas o que tengamos agua potable. No obstante, el valor de esta función se olvida muy a menudo, hasta que se pierde⁹.

Nuestro país ha reconocido lo anterior, razón por la que la Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales reconoce a los bosques y otras formaciones vegetales, entre otros servicios ecosistémicos, su contribución a la calidad y producción de agua dulce¹⁰. Esto significa, en la práctica, que la protección que dicha estrategia pretende brindar a los bosques obedece en parte a la conciencia sobre el rol que ellos ocupan en el ciclo del agua –entre otros– y la importancia que ello tiene para la vida.

Por otra parte, García nos recuerda que el derecho al agua está íntimamente ligado con el derecho a un medio ambiente sano, existiendo tres problemas que ponen en riesgo al segundo derecho en su relación con el agua. En primer lugar, la sobreexplotación de las aguas superficiales y subterráneas, que amenaza el funcionamiento adecuado de los ecosistemas. En segundo lugar, la contaminación de las aguas, proveniente tanto del sector industrial, especialmente en lugares urbanos, como de la industria agrícola, en sectores rurales. Por último, la deforestación, cuestión que la autora precisamente asocia a las funciones ecosistémicas de los bosques en relación con la mantención de los reservorios de aguas y las precipitaciones¹¹.

Esta dimensión ambiental del agua es una de las que justifica y convierte en crucial el que ella sea declarada bien nacional de uso público. Así por

8 TEN BRINK, P. et al. (2013), p. 3.

9 COMISIÓN EUROPEA (2008), p. 18.

10 MINISTERIO DE AGRICULTURA(s.f.), p. 169.

11 GARCÍA, A. (2008), pp. 39-45.

ejemplo lo ha reconocido Segura, para quien “Esta antigua doctrina parece hoy más vigente que nunca. La justificación que encuentra la doctrina, aún en legislaciones muy liberales, al dominio de las aguas es su carácter de recurso ambiental”¹², a lo que luego agrega, que además de su carácter esencial para la vida humana y como recurso estratégico, la razón de ser de su carácter de bien nacional de uso público se debe también a que “se considera como básico para la subsistencia del medio ambiente en que el hombre se desenvuelve y tiene, por cierto, deber de conservar”¹³.

En la discusión sobre modificaciones a la regulación de aguas, y como hemos señalado en publicaciones anteriores, la protección del patrimonio ambiental –y dentro de ese concepto, el propio ciclo del agua– es parte de los dilemas de disponibilidad jurídica¹⁴, en el sentido de que es la configuración normativa del derecho de aguas la que tiene que asegurar que esta protección se produzca, sin perjuicio de la discusión que se puede tener sobre las técnicas más adecuadas para ello. Con todo, lo que la lógica ecosistémica nos indica es que la protección del ciclo del agua pasa por la protección de los demás elementos del ecosistema que influyen en este ciclo, cuestión que requiere ser abordada desde los distintos ámbitos regulatorios.

Sin perjuicio de lo anterior, en tanto el agua es esencial a su vez para la mantención de aquellas variables que permiten que su ciclo se mantenga en un estado de funcionamiento adecuado, se hace extremadamente relevante tomar atención a algunas de las normas en que se basa esta obligación del derecho de aguas, y de los usuarios de las mismas, de propender a la protección del ciclo del agua. Sostenemos que ellas son intrínsecas a la configuración actual del derecho de aguas, independientemente de la escasez normativa en la materia.

II. PROTECCIÓN DE FUNCIONES ECOSISTÉMICAS Y EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN EL CÓDIGO DE AGUAS

La realidad normativa dada por el Código de Aguas tiene un sesgo ideológico fuerte, marcado por el derecho de propiedad sobre el derecho a aprovechar las aguas. Por ello, pareciera que la regulación de las aguas no tiene entre sus objetivos principales proteger el recurso, problema que es mencionado por Celume, en términos de considerarlo una “externalidad al interior del

12 SEGURA RIVERO, F. (2013), p. 33.

13 *Ibíd.*, p. 34.

14 COSTA CORDELLA, E. (2016), pp. 335-354.

caudal", la que consistiría en la falta de consideración de los valores estéticos, ecosistémicos y turísticos del agua, cuestión que no habría sido resuelta por la imposición de la norma del caudal ecológico y apenas tendría alguna solución parcial en los casos en que proyectos son evaluados mediante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Uno de los graves problemas detectados por Celume sería que en el modelo regulatorio actual, la Administración no tendría las facultades necesarias para solucionar ninguna de estas externalidades¹⁵.

No obstante lo anterior, la regulación establecida por el Código de Aguas tiene que convivir con un sistema normativo que no en todos sus rincones tiene el sesgo de la propiedad, cuestión que de alguna manera ha ido cambiando la comprensión global de este estatuto dentro del sistema jurídico. En este sentido, si bien las normas de protección de las aguas no son abundantes, nos encontramos con algunas que vienen a mostrar la preocupación del legislador sobre la conservación ecosistémica de la misma.

Es el caso, por ejemplo, de las declaraciones de escasez de los artículos 314 y siguientes del Código de Aguas, que buscan minimizar los daños de la sequía para los usuarios y para el cauce. Así también es el caso del título X del Código de Aguas, que versa sobre la protección del agua y de los cauces, y especialmente de la institución del caudal ecológico, y que indica como una de las razones para establecer el caudal, la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente¹⁶.

Podríamos afirmar entonces que en el derecho de aguas, de todas maneras, conviven una normativa de explotación con una normativa de protección del recurso, siendo que esta última no podría meramente apuntar a la protección de los usuarios, sino que por la naturaleza del bien, debe entenderse que apunta a la protección de la estabilidad del bien nacional de uso público.

Así lo ha entendido además nuestra jurisprudencia. Como reconocen Belemmi y Lillo, la Corte ha realizado interpretaciones finalistas del artículo 171 del Código de Aguas, "en orden a velar por la protección del recurso hídrico y hacer valer las atribuciones fiscalizadoras y sancionadoras que le corresponde aplicar a la DGA"¹⁷. Ello lo ha hecho sosteniendo que "[l]o que persigue la ley con la exigencia de esta aprobación es que un organismo técnico, como lo es la Dirección General de Aguas (DGA), vele por los intereses de la comunidad constatando que las obras no entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas,

15 CELUME BYRNE, T. (2013), pp. 295-299.

16 Artículo 129 bis 1, Código de Aguas.

17 BELEMMI, V. y LILLO, D. (2016), p. 235.

así como que no signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes"¹⁸. En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema en la causa rol 4743-2011, donde entendió que la concesión de derechos de aprovechamiento de aguas en un cauce ubicado dentro de un parque nacional importaba una vulneración a la función social de la propiedad y al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Como se puede apreciar, pese a no ser muchas, existen dentro del Código de Aguas normas que dan cuenta de la necesidad de proteger el agua más allá de las lógicas de la propiedad, las que además, conforme a la interpretación que ha otorgado la jurisprudencia, deben analizarse sistemáticamente al alero de la normativa ambiental. En este sentido es fácilmente deducible que, en razón de la protección del medio ambiente, los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas están obligados a tomar los resguardos necesarios para la mantención de su ciclo en estado de funcionamiento adecuado, así como la protección de sus funciones ecosistémicas.

III. ESTATUTO JURÍDICO DEL AGUA Y LA OBLIGACIÓN DE SUS USUARIOS DE PROTEGER SUS FUNCIONES ECOSISTÉMICAS

Siguiendo la propia lógica de la propiedad, también es sostenible que existen obligaciones de protección que recaen sobre los titulares de derechos de aprovechamiento no obstante su derecho de propiedad les otorga el derecho a disponer libremente de él. Ello porque sobre el agua existe un estatuto especial de propiedad, que además está hoy en disputa. Ese estatuto de una "especie de propiedad" tiene varias particularidades, algunas de las cuales es necesario recalcar:

1. Recae sobre el derecho de aprovechar el agua y no sobre el agua misma.
2. El agua es un bien nacional de uso público y como tal, su titularidad corresponde a la nación toda, representada por el Estado.

El derecho de aprovechamiento sobre el bien nacional de uso público agua, tiene que convivir con el estatuto de propiedad existente tanto en la Constitución como en el Código Civil. En ese sentido es importante recordar, al menos, el artículo 19 N° 23 de la Constitución y el artículo 582 (585, 2333) del Código Civil.

18 Corte Suprema, Rol N° 3066-06, de fecha 28 de mayo de 2007.

El primero señala que la Constitución asegura a todas las personas:

23º.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Una ley de quórum calificado, y cuando así lo exija el interés nacional, puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

De la lectura de este artículo en concordancia con el artículo 5º del Código de Aguas, el que señala que “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”, al menos una cosa queda clara: que no hay libertad para adquirir el dominio del agua, ya que es un bien común a todos los hombres, que pertenece a la nación toda, y la ley así lo declara.

Nos parece equívoco, en este sentido, lo señalado por los profesores Navarro y Colombo a propósito de la reforma al Código de Aguas:

Las aguas son bienes nacionales de uso público, por definición exclusivamente legal y no constitucional, confiriéndosele a los particulares derechos de aprovechamiento para usar y gozar de las mismas. El constituyente prefirió no definir la calidad jurídica de las aguas, fortaleciendo los derechos de los particulares sobre las aguas constituidos en conformidad a la ley, con todas las características propias del derecho de dominio, incentivando así la iniciativa particular en el aprovechamiento de las aguas lluvias y en todo el proceso de regadío del campo. En todo caso, se quiso evitar que dicha propiedad quedara entregada a una mera condición administrativa¹⁹.

Si bien efectivamente la Constitución no hace una mención especial respecto de las aguas en su relación de bien nacional de uso público, sí hace una mención genérica a aquellos bienes que “la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y una ley lo declare así”, como no susceptibles de ser adquiridos libremente en dominio. El agua, como hemos dicho, evidentemente se encuentra en esta categoría, cuestión que compartimos con Atria y Salgado²⁰, pero con una sutileza. Mientras en la

19 COLOMBO J. y NAVARRO E. (2016).

20 ATRIA, F. y SALGADO, C. (2015), p. 13.

conceptualización de los autores, la razón que hace al agua no susceptible de propiedad es la declaración de la ley de que ellas son bienes nacionales de uso público (y por lo tanto parte de los bienes “que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así”), en nuestra conceptualización, sin negar lo anterior, añadimos que además las aguas son bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, por lo que se encuentran en las dos categorías de protección del artículo 23 de la Constitución.

Esta sutileza, sin embargo, implica una diferencia importante en lo que se refiere a las razones que subyacen al carácter público del agua, pues la declaración de bien nacional de uso público por la ley hace que el bien esté afecto a una utilidad pública en particular, que siguiendo a Montt²¹, en el caso de estos bienes es necesariamente el uso por parte del público. De ello fluye la justificación para entender que la titularidad de quienes detentan derechos de aguas no puede otorgarles propiedad sobre ellas, sino, en el mayor de los casos, sobre su concesión, la que está necesariamente sujeta a las características propias del bien sobre el que recae.

Pero aunque concordemos en que el derecho de propiedad es solo sobre el derecho de aprovechamiento, la titularidad de la propiedad sobre el agua es, sin dudas y en todo caso, otra cuestión disputada. El profesor Vergara, por ejemplo, cree que hay una propiedad común o comunitaria que corresponde a todo el colectivo y no al Estado²², y por otro lado el profesor Atria, entre otros, ha dicho que esa titularidad es del Estado. Aunque comulgamos con una idea de colectivo que va más allá del Estado, debemos tener claro que en el sistema jurídico que vivimos la titularidad difusa que le corresponde a la nación o al pueblo se materializa en el Estado en cuanto él existe. Las vías institucionales entonces nos entregan una titularidad del agua que es estatal.

Ahora bien, independientemente de quien es el propietario del bien común “agua”, lo importante es destacar que en cualquier caso hay derechos que conviven en relación al agua. Esto no es menor pues retomando lo señalado previamente el estatuto de propiedad del Código Civil indica en su artículo 582, entre otras otras cosas, que:

Artículo 582. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.

21 MONTT, S. (2002).

22 VERGARA BLANCO, A. (2012), p. 9.

La frase más importante de este artículo, para efectos de lo que aquí se expone, es la que limita a la propiedad. Ella se puede usar arbitrariamente mientras no sea contraria a la ley ni a derecho ajeno. ¿Qué derechos ajenos podrían estar involucrados en el uso, goce o disposición de un derecho de aprovechamiento de aguas?

Sin perjuicio de que podrían haber muchos derechos ajenos de distinto orden involucrados en casos específicos, desde ya nos parece que el más evidente en el caso de los derechos de aguas son;

- a. Los derechos de aguas de los demás usuarios de un cauce.
- b. El derecho que asiste a la comunidad nacional para que el bien nacional de uso público "agua" mantenga su cantidad, calidad y otros atributos esenciales.
- c. El derecho que asiste a la comunidad para que otros bienes nacionales de uso público conexos con el agua mantengan asimismo su calidad, cantidad y otros atributos esenciales.

Así las cosas, nos enfrentamos a un escenario donde la arbitrariedad en el dominio del agua está evidentemente limitada por los atributos esenciales del bien y su configuración jurídica, en relación con el estatuto vigente del derecho de propiedad, aplicable en el caso. En lo siguiente, abonaremos esta conceptualización con la incorporación de la función social de la propiedad como variable a considerar.

IV. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

El límite normativo interno de la propiedad en nuestro sistema es su función social, concepto que ha trascendido desde Duguit hasta nuestros días. Para el autor, "todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar in cierto trabajo que solo él puede realizar. Solo él puede aumentar la riqueza material haciendo valer el capital que posee. Está pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es pues el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la riqueza"²³.

23 DUGUIT, L. (1987), p. 137.

En nuestra Constitución dicho concepto se encuentra recogido en el artículo 19 N° 24 de la siguiente manera.

El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Las preguntas que se suscitan en la doctrina a propósito de la función social de la propiedad son, por una parte, qué comprende el referido concepto, y por otra cómo puede en concreto convertirse en una limitación u obligación para el titular de una propiedad.

Sobre su contenido, la propia Constitución en el artículo 19 N° 24 antes citado, lista parte importante del mismo, señalando que la función social comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. En lo que interesa para efectos de este artículo, es precisamente este último elemento el que destacamos. La función social de la propiedad, que está contenida dentro del concepto de propiedad, contiene a su vez la obligación de los propietarios de respetar el patrimonio ambiental y se erige como la posibilidad de limitar o imponer obligaciones a quien detente la propiedad sobre un bien, en razón del cumplimiento de necesidades colectivas o sociales.

De acuerdo a Cea, la subcomisión respectiva que debatió este asunto quiso en su momento definir la función social, en términos de que ella era la utilización de la propiedad de acuerdo a sus fines naturales y teniendo a la vista los intereses colectivos²⁴. Ruiz-Tagle, por su parte, señala que "La función social regulada en el art. 19 N°24 se refiere de modo general a la admisibilidad del interés colectivo como un límite a la propiedad pero también puede ser considerada como parte sustancial del contenido esencial de la propiedad"²⁵.

Ahora bien, aun cuando la función social sea inherente a la propiedad, la especificación de su contenido requiere, de acuerdo al artículo antes citado, de una ley que lo especifique. A raíz de ello, el contenido de dichas leyes y

24 CEA, J. L. (2012), pp. 578-579.

25 RUIZ-TAGLE VIAL, P. (2016), p. 229.

la intensidad de la función social en relación a la propiedad o el derecho de propiedad ha sido fuente inagotable de conflictos judiciales y discusión doctrinaria.

En especial cabe resaltar su desarrollo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la que en sus inicios se inclinó por una interpretación iusprivatista, restringiéndose, de ese modo, el alcance y comprensión de la función social de la propiedad al otorgar a la propiedad una protección fuerte centrada en lo individual, incluso en desmedro de otros bienes constitucionales²⁶. Ferrada Bórquez hace en este sentido un análisis histórico interesante, en el que asegura que la tendencia de la jurisprudencia se ha revertido desde 2010, dando mayor cabida a la función social de la propiedad, por sobre conceptualizaciones de este derecho en que la intangibilidad es tal que queda absolutamente fuera del alcance de las necesidades de la comunidad nacional²⁷. En este sentido, el autor cita como relevantes los fallos Rol N° 1141-2008, Rol N° 1215-2008, Rol N° 2043-2011 y Rol N° 2451-2013, en los que afirma como constitucionales, con diferentes intensidades, ciertas limitaciones y obligaciones impuestas a los propietarios en razón de la función social²⁸.

Como ya adelantamos, así como recae un derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas, dicha propiedad se ve limitada por la función social señalada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Es por ello que en el desarrollo jurisprudencial es posible evidenciar cómo, actualmente, la función social también juega un rol importante al momento de proteger las aguas y el medio ambiente. A modo de ejemplo, es necesario mencionar los fallos Rol N° 15996-2013 y Rol N° 4743-2011, ambos de la Corte Suprema. En el primero se consideró que la función social de la propiedad era determinante para configurar la obligación del dueño de un predio de cercarlo a efectos de evitar que fuese utilizado como un basural afectando los recursos suelo, agua y aire, mientras en el segundo se estimó por el excelentísimo tribunal que al momento de otorgar una concesión de aguas se debe tener en cuenta la normativa ambiental aplicable y la función social de la propiedad, sobre todo si es que se está en presencia de un área protegida.

26 En este sentido es posible revisar el fallo Rol N° 146 de 1992, en el que se refirió a la prohibición realizada por un decreto de instalar letreros, carteles o avisos en caminos públicos, y el fallo Rol N° 245-246 de 1996, que se refiere a un decreto que obliga a los propietarios a permitir el acceso a las playas.

27 FERRADA BÓRQUEZ, J. (2015).

28 *Ibíd.*, p. 182.

La mantención del ciclo del agua y de las funciones ecosistémicas que este elemento presta es evidentemente un interés colectivo, el que además de encontrarse especialmente protegido por la declaración del agua como bien nacional de uso público, funciona como límite interno al uso arbitrario de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, desde el momento en que reconocemos la existencia de ese interés colectivo. En esta línea, es fácilmente sostenible que por causa de la función social recaen en los dueños de derechos de aprovechamiento, las obligaciones de proteger el ciclo del agua y los servicios ecosistémicos que ella presta, no siendo admisible sostener que poseen total arbitrariedad para disponer de su derecho y el bien que él conlleva. Tal interpretación que poco a poco ha ido adoptando la jurisprudencia requiere profundización en razón de comprender que existen otros bienes jurídicos, como el medio ambiente, que necesitan una protección igual o incluso superior a la propiedad en determinadas circunstancias.

V. CONCLUSIONES

Analizado lo anterior, estamos en posición de aseverar que parte de las obligaciones inherentes de los usuarios de derechos de aguas es la de proteger el ciclo de la misma en los cauces que explotan, así como la mantención de sus servicios ecosistémicos.

Como hemos visto, esta obligación fluye del hecho de que estén aprovechando un bien nacional de uso público, por una parte, y de la propia función social de la propiedad que detentan, por la otra. Además, la obligación viene abonada por la existencia de normas de protección del agua y los cauces dentro del Código de Aguas, lo que si bien no resulta concluyente de ninguna manera, sí es un indicio de que el legislador consideró esta necesidad dentro de la regulación de aguas.

En cualquier caso, la determinación importante tendrá que ver con la aplicación práctica de esta obligación de los usuarios, que al no tener concreciones normativas, más allá de las citadas normas del Código de Aguas, se traduce en una especie de principio que sirve para la interpretación que haga el juez sobre las actuaciones de los usuarios de derechos de aguas, especialmente cuando mediante ellas comprometan la estabilidad del recurso en un determinado cauce. Asimismo, servirá para la interpretación que se realice sobre las actuaciones de la DGA, en el sentido de que dicho accionar debe también estar guiado por la comprensión de que existe esta obligación de cuidado por parte de los usuarios de derechos de aguas.

BIBLIOGRAFÍA

ATRIA, F. y SALGADO, C (2015). La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile. Santiago de Chile, Thomson Reuters.

CEA, J. L. (2012). Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. 2° Santiago de Chile, Ediciones UC, pp. 578-579

CELUME BYRNE, T. (2013). El Régimen Público de las Aguas, Santiago de Chile. Thomson Reuters, pp. 295-299.

COSTA CORDELLA, E. (2016). Diagnóstico para un cambio: Los dilemas de la regulación de aguas. En Revista Chilena de Derecho, vol. 43, N°1, pp. 335-354.

DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. [En línea] <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> (consulta: 08.08.2017).

DUGUIT, L. (1987). Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón. Valparaíso, Edeval.

FERRADA BÓRQUEZ, J. (2015). El derecho de propiedad privada en la Constitución Política de 1980. En: Bassa Mercado, Jaime, *et al.* La Constitución Chilena, Santiago de Chile, LOM, pp. 161-184.

GARCÍA, A. (2008). El Derecho Humano al Agua. Madrid, Trotta, pp. 39-45.

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (s.f.). Propuesta sobre marco conceptual, definición y clasificación de servicios ecosistémicos para el ministerio del medio ambiente. En línea: http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/10/Propuesta-Marco-Conceptual-Definicion-y-Clasificacion-de-Servicios-Ecosistemicos_V1.0_Baja.pdf.

TEN BRINK, P. *et al.* (2013). La Economía de los Ecosistemas y la Biodiversidad relativa al agua y los humedales. En línea: http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/teeb_waterwetlands_execsum_2013-sp.pdf (última visita: 30 de noviembre de 2016).

COMISIÓN EUROPEA (2008). La economía de los ecosistemas y la biodiversidad. En línea http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/economics/pdf/teeb_report_es.pdf (última visita: 30 de noviembre de 2016).

MINISTERIO DE AGRICULTURA (s.f.). Estrategia Nacional de Recursos Vegetacionales y Cambio Climático. En línea: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/77-enccrv-2017-2025/file> (última visita: 30 de noviembre de 2016).

MONTT, S. (2002). El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización. Santiago, Lexis Nexis.

LILLO, D. y BELEMMI, V. (2016). Hacia una interpretación ambiental de la gestión de aguas en Chile: Comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en causa Rol N°-1397-2015. En: Revista Justicia Ambiental. Año VIII, N° 8 – diciembre de 2016.

SEGURA RIVERO, F. (2013). Derecho de Aguas. Santiago de Chile, Thomson Reuters.

COLOMBO, J. Y NAVARRO, E. (2016). Reforma al Código de Aguas y la Constitución. En: El Mercurio. [En línea] <http://www.elmercurio.com/blogs/2016/11/22/46783/Reforma-al-Codigo-de-Aguas-y-la-Constitucion.aspx> (consulta: 4 de diciembre de 2016).

RUIZ-TAGLE VIAL, P. (2016). Cinco Repúblicas y una tradición. Santiago de Chile, LOM.

VERGARA BLANCO, A. (2012). Focalizando la agenda de un recurso común. El desafío de potenciar la autogestión de las aguas en Chile. Centro de Políticas Públicas UC. Año 7, N° 56, noviembre de 2012.