

MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODIFICACIONES AL MARCO NORMATIVO QUE RIGE LAS AGUAS EN MATERIA DE FISCALIZACION Y SANCIONES.

SANTIAGO, 10 de enero de 2012.

M E N S A J E N° 029-359/

Honorable Cámara de Diputados:

**A S.E. EL
PRESIDENTE
DE LA H.
CAMARA DE
DIPUTADOS.**

Tengo el honor de someter a consideración del H. Congreso Nacional, un proyecto de ley que pretende introducir ciertas modificaciones al marco regulatorio que rige a las aguas, con la finalidad de aumentar las sanciones por extracciones no autorizadas de aguas y, en general, por infracciones a la normativa vigente en esta materia; fortalecer las potestades fiscalizadoras y sancionatorias, y mejorar la cantidad y calidad de la información sobre recursos hídricos y derechos de aprovechamiento de aguas.

I. ANTECEDENTES

El agua es un recurso básico para el desarrollo de cualquier forma de vida. En su esencia, es un insumo de primera necesidad para la existencia del medio ambiente, y como tal, facilita el asentamiento humano y la producción de bienes y servicios.

El régimen jurídico de las aguas continentales en Chile está establecido, básicamente, en el artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución Política de la República; en el Código de Aguas; en el Código Civil, que reitera algunos conceptos establecidos en el Código de Aguas, y en los artículos 459, 460 y 461 del Código Penal.

Si bien en la actualidad existe un consenso mayoritario en relación a la importancia de los principios que informan el estatuto jurídico de las aguas, especialmente en lo relativo a la eficacia de la distribución óptima como principal mecanismo para la asignación de recursos hídricos y la necesidad de protección ambiental de las aguas y sus cauces, hay también acuerdo, en el sentido que nuestra legislación de aguas es perfectible en muchos aspectos. En este sentido, puede mencionarse lo siguiente:

(i) A pesar de la existencia de figuras penales específicas relacionadas con la extracción no autorizada de aguas, contenidas en los artículos 459 y 460 del Código Penal, y de los esfuerzos desplegados durante los últimos años por la autoridad para aumentar la fiscalización de dichas extracciones, el diagnóstico común es que estas medidas, en la forma que están establecidas actualmente, no han resultado eficaces en la reducción de este tipo de ilícitos;

(ii) La sanción general establecida en el artículo 173 del Código de Aguas, para toda contravención a dicho cuerpo legal que no esté especialmente sancionada, consistente en una multa que no podrá exceder de 20 unidades tributarias mensuales, por su escaso monto, no tiene un efecto disuasivo realmente eficaz para prevenir infracciones a la normativa de aguas vigente. Conjuntamente, no existe una descripción de la hipótesis de conducta sancionada, por lo que se ha transformado en una norma inaplicable;

(iii) Si bien nuestro Código de Aguas contempla algunas normas que permiten a la autoridad exigir de titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, organizaciones de usuarios, notarios públicos y conservadores de bienes raíces la entrega de información relacionada con extracciones de agua y transferencias o transmisiones de derechos de aprovechamiento de aguas, como son las contempladas en los artículos 68, en relación a extracciones de aguas subterráneas, y 122 y 122 bis en relación a transferencias o transmisiones de dominio de derechos de aprovechamiento de aguas, dichas normas han resultado insuficientes e ineficaces para la obtención de información sobre los recursos hídricos y derechos de aprovechamiento de aguas.

II. OBJETIVOS O IDEAS MATRICES DEL PROYECTO

Teniendo en cuenta lo señalado, el presente proyecto de ley tiene los siguientes objetivos específicos:

(i) Aumentar la efectividad y cobertura de los tipos penales establecidos en los artículos 459 y 460, del Código Penal;

(ii) Reforzar la efectividad del artículo 173 del Código de Aguas, como norma sancionadora de las contravenciones a la normativa que rige las aguas, de manera de hacerla más acorde con la realidad, estableciendo las descripciones de las hipótesis de conductas sancionadas, nuevos límites para los montos de las multas y criterios para la fijación de las mismas;

(iii) Dotar a la Dirección General de Aguas de herramientas que le permitan recabar, en forma más efectiva, la información relacionada con recursos hídricos y derechos de aprovechamiento de aguas, de modo de fa-

vorecer una mejor planificación del recurso, una correcta asignación originaria de derechos de aprovechamiento de aguas, y una adecuada operación y distribución óptima de tales derechos; y

Cabe señalar que los objetivos propuestos, corresponden a aquéllos que aparecen como más urgentes y respecto de los cuales es posible lograr un amplio grado de acuerdo nacional, sin perjuicio de otros proyectos que sobre la materia puedan presentarse en el futuro.

III. CONTENIDO DEL PROYECTO

Para los efectos de lograr los objetivos indicados en el acápite anterior, el presente proyecto de ley propone las innovaciones normativas, cuyos fundamentos y contenidos específicos se describen a continuación.

1. Modificaciones a los Artículos 459 y 460 del Código Penal, que tipifican los delitos relacionados con la Extracción Ilegal de Aguas

El delito de "usurpación de aguas", tipificado en el artículo 459 del Código Penal, tiene establecida actualmente una pena máxima de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

El artículo 460 de mismo cuerpo legal, por su parte, aumenta el rango punitivo a presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, en el evento que el delito se ejecute con violencia en las personas, salvo que el culpable mereciere una pena mayor por la violencia que causare, en cuyo caso se aplica esta última.

La información recogida en fiscalizaciones efectuadas por la Dirección General de Aguas, durante los últimos años en diversos lugares del país, permite concluir que este tipo penal no ha tenido eficacia disuasiva para prevenir la comisión de este ilícito.

La opinión mencionada es compartida, entre otros, por el ex Senador Nelson Ávila Contreras, quién, el 22 de diciembre de 2008, presentó a tramitación una moción legislativa destinada a aumentar las penas asociadas a la comisión del delito establecido en artículo 459 del Código Penal (Boletín N° 6.313-07).

Recientemente se ha ingresado a la H. Cámara de Diputados un proyecto de ley de los H. Diputados Aguiló Melo, Alinco Bustos, De Urresti Longton, Espinoza Sandoval, Gutierrez, Gálvez, Monsalve Benavides, Pacheco Rivas, y Teiller Del Valle, (Boletín N° 7.522-07) que aumenta las penas para los delitos de usurpación, precisando que los acuíferos están incorporados como objeto de protección penal.

Todo lo anterior demuestra el consenso en la materia.

Además de su baja penalidad, el delito de "usurpación de aguas" no hace referencia expresa a las aguas subterráneas, lo que en cierta medida ha generado dudas en cuanto a la aplicación de esta norma respecto de aquéllas, aún cuando en gran medida dichas dudas han venido a zanjarse mediante la sentencia pronunciada por el Excelentísimo Tribunal Constitucional, el 13 de agosto de 2009, en autos Rol N° 1.281-08-INA, cuyo considerando quincuagésimo noveno sostuvo que, "por una parte, el juez tiene libertad para interpretar el concepto jurídico "aguas" que emplea el delito del artículo 459 N° 1 del Código Penal. Por la otra, el juez puede legítimamente y sin incurrir en

inconstitucionalidad, considerar como parte del tipo penal a las aguas subterráneas, pues hay normas constitucionales involucradas, hay una historia constitucional de por medio, una sistemática y una evolución normativa de rango legal, que establece el Código de Aguas, que dan sustento a esa interpretación”.

Sobre el particular, cabe señalar que la creciente escasez de recursos hídricos, sumado a los avances en las tecnologías de exploración, detección y alumbramiento de aguas contenidas bajo la superficie terrestre, han llevado a un desarrollo masivo de construcción de pozos a lo largo del territorio nacional, lo que ha permitido el desarrollo de zonas agrícolas donde antes no era posible por la carencia total de aguas superficiales cercanas. Por estas razones, es absolutamente esencial asegurar, más allá de toda duda, la plena aplicabilidad del tipo penal establecido en los artículos 459 y 460 del Código Penal.

2. Modificación del Artículo 173 del Código de Aguas

De acuerdo al texto actual del artículo 173 del Código de Aguas que se propone modificar mediante este proyecto, “toda contravención a este código que no esté especialmente sancionada, será penada con multa que no podrá exceder de veinte unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las otras responsabilidades civiles y penales que procedan”.

A casi 30 años desde la entrada en vigencia del Código de Aguas, esta sanción genérica ha quedado obsoleta y, por su escaso monto, no representa en la actualidad un elemento disuasivo realmente eficaz para prevenir infracciones a la normativa de aguas vigente.

Por lo expuesto, a fin de perfeccionar y reforzar el artículo 173 del Código de Aguas, se ha modificado su redacción incorporándole descripciones de las hipótesis de hecho que pueden sancionarse, los límites de las multas establecidas en él y los criterios para la fijación de las mismas.

3. Perfeccionamiento de las herramientas que permiten a la Dirección General de Aguas contar con la información necesaria para una adecuada administración de recursos hídricos y fomentar una efectiva operación y distribución óptima de los derechos de aprovechamiento de aguas.

La disponibilidad de información confiable y completa sobre los recursos hídricos superficiales y subterráneos y sobre los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos sobre ellos, resulta esencial para una adecuada planificación, administración y asignación originaria de dichos recursos por parte de la autoridad, y para una correcta y óptima distribución de los derechos de aguas, bases fundamentales del ordenamiento jurídico que rige las aguas en Chile.

En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 299 letras a) y c) del Código del ramo, son atribuciones fundamentales de la Dirección General de Aguas planificar el desarrollo del recurso en fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento e investigar y medir dicho recurso. Adicionalmente, en conformidad a la normativa establecida en el Título I del Libro II del Código de Aguas, en los procedimientos administrativos establecidos para la constitución o modificación de derechos de aprovechamiento de aguas, resulta esencial la determinación de la disponibilidad de los recursos hídricos superficiales y subterráneos, para cuyo cometido se requiere contar con información sobre dichos recursos en calidad y cantidad adecuadas.

Si bien nuestro Código de Aguas contempla en la actualidad algunas normas que permiten a la autoridad exigir de titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, organizaciones de usuarios, notarios públicos y conservadores de bienes raíces, la entrega de información relacionada con extracciones de agua y transferencias o transmisiones de derechos de aprovechamiento de aguas, como

son las contempladas en los artículos 68 en relación a extracciones de aguas subterráneas y 122 y 122 bis en relación a transferencias o transmisiones de dominio de derechos de aprovechamiento de aguas, han resultado insuficientes e ineficaces para la obtención de información sobre los recursos hídricos y derechos de aprovechamiento de aguas que permita una correcta planificación y administración de recursos hídricos y una adecuada operación y distribución de los derechos de aprovechamiento de aguas.

En efecto, el Artículo 68 del Código de Aguas antes referido, ubicado dentro del Título VI del Libro I, que regula la explotación de las aguas subterráneas, permite a la Dirección General de Aguas exigir la instalación de sistemas de medida en las obras de captación de aguas subterráneas y requerir la información que se obtenga.

Dicha norma no contiene una sanción específica que castigue el incumplimiento de la obligación de instalar sistemas de medida cuando el Director General así lo requiera. En consecuencia, el eventual incumplimiento de esta obligación puede ser sancionada sólo en aplicación del artículo 173 del Código de Aguas, lo que en la actualidad involucra una sanción máxima de veinte unidades tributarias mensuales.

En el contexto actual de funcionamiento de la Dirección General de Aguas, tal información es invaluable para la Dirección General de Aguas, órgano que tiene como misión institucional, la administración eficiente de los recursos hídricos del país, pero también tiene un muy alto valor para los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que desean sumarse a la protección de los acuíferos pertinentes y, aun más, para los titulares de solicitudes de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas que generan nuevas oportunidades de desarrollo y aprovechamiento del recurso hídrico.

De la misma manera, no se divisan razones para excluir de una norma como la indicada la posibilidad de exigir la instalación de sistemas de medida y requerir

la información que se obtenga respecto de titulares y usuarios de derechos de aprovechamiento de aguas de carácter superficial, toda vez que la información sobre esta clase de recursos es igualmente necesaria para los efectos de administración, planificación, protección y desarrollo antes anotados.

Por otra parte, el Catastro Público de Aguas contemplado en el artículo 122 del Código de Aguas, es un registro que permite a la Dirección tener acceso a información directa sobre la titularidad de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus modificaciones técnicas, sin necesidad de consultar permanentemente a los Conservadores, Notarios y Asociaciones de Usuarios, por ser un registro que administra la misma Dirección.

El inciso cuarto del artículo 122 en comento obliga a todos los Conservadores de Bienes Raíces y Notarios del país a enviar a la Dirección, vía carta certificada, copia de las escrituras públicas, inscripciones y demás actos que se relacionen con las transferencias y transmisiones del dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas y organizaciones de usuarios de agua dentro de los 30 días siguientes a la fecha del acto. Asimismo, el artículo 122 bis de este cuerpo legal obliga a las Organizaciones de Usuarios a enviar, una vez al año, la información actualizada relativa a los registros de usuarios.

Para la satisfacción de estas exigencias, nuestra legislación no contempla modalidad alguna, por lo que los sujetos pasivos de estas obligaciones de provisión de información cuentan con una altísima discrecionalidad para determinar su forma de cumplimiento, lo que en definitiva redundará en importantes asimetrías en la información entregada, enormes esfuerzos para procesar dicha información y, en definitiva, imposibilidad de fiscalizar adecuadamente el cumplimiento de esta norma. Asimismo, se propone establecer una norma similar a la contemplada en el artículo 68 en el Título II del Libro III del Código de Aguas,

respecto de los titulares de derechos y organizaciones de usuarios de aguas superficiales.

Por otra parte, la innovación propuesta pretende delegar en el Director General de Aguas la atribución de establecer en un reglamento, la forma en que debe ser entregada la información a que aluden los artículos 122 y 122 bis del Código de Aguas, a fin de aumentar la eficiencia y posibilidad de fiscalización en dicho proceso, de acuerdo a los medios y tecnología disponible.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración, para ser tratado en la actual Legislatura Ordinaria, de Sesiones del Congreso Nacional, el siguiente

P R O Y E C T O D E L E Y:

"Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1122, de 1981, del Ministerio de Justicia, que fija el texto del Código de Aguas:

1. Intercálase entre la frase "la Dirección General de Aguas," y la frase "a petición de uno o más afectados," en el inciso primero del artículo 62, la frase "de oficio o".

2. Reemplázase el inciso cuarto del artículo 122, por el siguiente:

"Para los efectos señalados en el inciso anterior, los Notarios y Conservadores de Bienes Raíces deberán enviar a la Dirección General de Aguas, dentro de los 30 días siguientes a la fecha del acto que se realice ante ellos y en la forma que determine el reglamento, expedido a través del Ministerio de Obras Públicas, la información referente a las transferencias y transmisiones del dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas y organizaciones de usuarios de agua. El incumplimiento de esta obligación por parte de Notarios y Conservadores, será sancionado según lo previsto en el artículo 440 del Código Orgánico de Tribunales."

3. Reemplázase en el inciso octavo del artículo 122, la expresión "las copias" por la expresión "la información"

4. Incorpórase, al final del inciso primero del artículo 122 bis, lo siguiente:

"La información requerida deberá enviarse en la forma que determine el reglamento previsto en el artículo anterior."

5. Elimínase, del inciso tercero del artículo 122 bis, la frase "a petición de cualquier interesado,".

6. Reemplázase en el subtítulo tercero del Título Primero del Libro Segundo, la expresión "De las multas" por la expresión "De las sanciones".

7. Reemplázase el artículo 173 por el siguiente:

"Artículo 173.- Las personas naturales o jurídicas u otras entidades que incurrieren en las infracciones que a continuación se describen podrán ser objeto de la aplicación de algunas de las siguientes multas a beneficio fiscal:

a. De diez a quinientas unidades tributarias mensuales, cuando se trate de infracciones relativas al incumplimiento de la obligación de entregar información que fuera necesaria para el ejercicio de sus funciones en la forma, oportunidad y mecanismos establecidos por la Dirección General de Aguas;

b. De diez a mil unidades tributarias mensuales cuando se trate de infracciones relativas a la entrega de información falsa o manifiestamente errónea;

c. De veinte a mil unidades tributarias mensuales cuando se trate del incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 68 y 307 bis del Código de Aguas y que dice relación con la exigencia de instalación de sistemas de medidas;

d. De veinte a mil unidades tributarias mensuales, tratándose de infracciones a cualquiera de las disposiciones de la resolución que otorga el derecho de aprovechamiento de aguas, o que lo reconozca, de conformidad al artículo 310 de este Código, y

e. De seiscientas a cinco mil unidades tributarias mensuales, cuando se trate de infracciones que pongan en peligro o afecten gravemente el cauce, el acuífero o a la generalidad de los usuarios de dichas fuentes.

Las multas que correspondan a la infracción original podrán aumentarse hasta el doble, dentro del rango establecido en este artículo, cuando se trate de infracciones reiteradas y que afecten el caudal ecológico o la sustentabilidad del acuífero.

El monto de la multa será determinado prudencialmente en consideración a la gravedad de la infracción, a la afectación de derechos de terceros, a la cantidad de usuarios afectados, o a la magnitud de la afectación al caudal del cauce o capacidad del acuífero.”.

8. Reemplázase en la letra d) del artículo 299, la frase “los mismos cauces sin título” por la frase “los mismos cauces y en los acuíferos sin título,”.

9. Agrégase, a continuación del artículo 299, el siguiente artículo, nuevo:

“Artículo 299 bis.- La Dirección General de Aguas, mediante resolución fundada, podrá ordenar la paralización y el cegamiento de un pozo en caso de acreditarse fehacientemente la extracción de aguas en un punto no autorizado por ella.

Para cumplir con esta finalidad, el Director General de Aguas o los Directores Regionales, podrán ejercer la facultad contenida en el artículo 138 de este Código.”.

10. Agrégase, a continuación del artículo 307, el siguiente artículo, nuevo:

“Artículo 307 bis.- La Dirección General de Aguas podrá exigir la instalación de sistemas de medida a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales u organizaciones de usuarios que extraigan aguas directamente desde cauces naturales de uso público. Dicho sistema deberá permitir que se obtenga y almacene la información indispensable para el control y medición del caudal instantáneo, efectivamente extraído desde la fuente natural.”.

Artículo 2º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1. Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 459:

a. Reemplázase en el encabezado de este artículo, la expresión “mínimo” por la expresión “mínimo a medio”; el guarismo “once” por “veinte” y el guarismo “veinte” por “quinientas”.

b. Intercálase entre la frase “arroyos o fuentes” y la frase “; de canales o acueductos” en el número 1º la siguiente frase “, sean superficiales o subterráneas”.

2. Reemplázase en el artículo 460 la frase “en sus grados mínimo a medio” por la frase “en cualquiera de sus grados”; el guarismo “once” por “cincuenta”, y el guarismo “veinte” por “quinientas”.”.

Dios guarde a V.E.

SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE
Presidente de la República

FELIPE LARRAÍN BASCUÑÁN
Ministro de Hacienda

TEODORO RIBERA NEUMANN
Ministro de Justicia

LAURENCE GOLBORNE RIVEROS
Ministro de Obras Públicas

MARÍA IGNACIA BENÍTEZ PEREIRA
Ministra de Medio Ambiente

