Boletín N° 14.286-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor De Urresti, señoras Allende y Órdenes, y señores Araya y Huenchumilla, que aumenta las penas del delito de usurpación de aguas y modifica norma de la ley N° 19.300.

Antecedentes

- Con fecha 19 de abril de 2021, se dio a conocer una denuncia ciudadana la cual constató que por medio de obras con maquinaria pesada se buscó desviar el cauce del río Blanco ubicado en la Reserva Nacional Mocho Choshuenco de la región de Los Ríos. Posteriormente, el administrador de la Reserva y funcionarios de la CONAF, específicamente del Departamento de Fiscalización Forestal y de Áreas Silvestres Protegidas accedieron al lugar de los hechos para evaluar su ocurrencia y confirmaron la presencia de maquinaria pesada, la cual buscaba realizar un desvío del río hacia los predios de la Reserva Biológica Huilo Huilo.

- Como resultado de la visita se constató que por medio de uso de maquinaria pesada se estaban realizando obras, dentro de los límites del predio de la Reserva Nacional Mocho Choshuenco, tendientes a desviar el cauce del río Blaco (de origen glaciar) hacia el río Truful dejando sin ese afluente al río Pillanleufu. El río Truful se encuentra emplazado dentro de la Reserva Biológica Huilo Huilo cuyo dueño es Víctor Petermann. Se aclaró que dichas obras, desviaciones y captaciones no contaban con los permisos, autorizaciones o títulos de las autoridades competentes para la realización de este tipo de obras.

- Ante la toma de conocimiento de este hecho, las autoridades regionales solicitaron oficios a diversas entidades gubernamentales para que verifiquen y aclaren los hechos. Desde la Comisión de Medio Ambiente del Senado se enviaron oficios a CONAF, Dirección General de Aguas, Ministerio de Obras Públicas y Fiscalía. Adicionalmente se emitieron oficios por parte del Senador Alfonso De Urresti a SEREMI de Bienes Nacionales, Ministerio de Medio Ambiente, Superintendencia de Medio Ambiente e Intendencia de Los Ríos, los cuales tenían por objetivo recopilar información y evaluar qué responsabilidades y/o deficiencias del sistema de protección de áreas silvestres protegidas por el Estado permitieron que este hecho se llevara a cabo.

- A partir de dicha situación se inició una investigación penal en Fiscalía (RUC 2100391304-07) cuya causa fue derivada a la Fiscalía Local de San José de La Mariquina específicamente alojada en el área especializada de delitos ambientales.

- Por otra parte, el Consejo de Defensa del Estado presentó una querella criminal contra quien resulte responsable por infracción al artículo 459 N° 1 del Código Penal. En dicha querella se entiende que la usurpación de agua se realizó desde un cauce cuyas aguas tienen la categoría de bien nacional de uso público y que no se contaban con los debidos derechos de aprovechamiento de aguas para su extracción.

- Este hecho reportado y masificado en diversos medios de comunicación, evidencia una situación que no es puntual. El desvío de cauces de río o la apropiación indebida de aguas es una situación que se visualiza en varias cuencas de la región y del país en general. Adicionalmente al hecho mismo, esta denuncia y sus posterior reacciones y consecuencias alarmaron a las autoridades de las falencias que existe en materia de control y fiscalización tanto de las aguas como de los predios pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado (protección SNASPE) administrada por la Corporación Nacional Forestal, en adelante CONAF.

Legislación actual

- Los bienes de uso público están definidos en el Código Civil. El **artículo 589** constata que *"son aquellos bienes cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación".* Es decir, en principio nadie podría tener derechos especiales para su uso, goce o aprovechamiento salvo en aquellos casos taxativamente estipulados en la ley. De esta forma, sobre ellos se podrá otorgar una concesión o un derecho de aprovechamiento especial.

- El actual Código de Aguas en su **artículo 5** (DFL1122) establece *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"*. Se consagra la máxima de que las aguas pertenecen al Estado y los particulares podrán ejercer acciones y reclamar derechos sólo en conformidad a lo establecido en la ley. El **artículo 6** del mismo cuerpo legal establece que el derecho de aprovechamiento de las aguas *"es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código".* En la práctica, es la Dirección General de Aguas quien gestiona su otorgamiento, el cual posteriormente debe ser inscrito en el respectivo Conservador de Bienes Raíces.

- A partir de los hechos descritos, es posible verificar que las aguas del cauce del río Blanco a la altura de la Reserva Nacional Mocho Choshuenco son bienes de uso público y por lo tanto su desvío o apropiación indebida son hechos subsumibles al tipo penal establecido en el artículo 459 del Código Penal.

- El Título VI del Código Penal incorpora el articulado referido a los delitos relacionados con la usurpación. Específicamente el **artículo 459 N°1** tipifica el delito de usurpación de aguas estableciendo que "s*ufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de veinte a cinco mil unidades tributarias mensuales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos: 1.° Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes, sean superficiales o subterráneas; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera".*

- Tomando en consideración los hechos y la normativa vigente pertinente es posible establecer que acciones como éstas coinciden con el supuesto fáctico estipulado en el artículo citado y, por lo tanto, hay un delito penal en aquellas acciones que busquen desviar cauces de ríos sin los debidos permisos o autorizaciones de las autoridades competentes.

Justificación del Proyecto de Ley

- El caso descrito no es excepcional. Las acciones de particulares que buscan desviar cauces de ríos o aguas por medio de este u otros mecanismos son recurrente en los cuerpos de agua del país. Este hecho viene a evidenciar una situación que tiene varias aristas. Por un lado, se demuestra que hay una falta de servicio de parte de CONAF, organismo que tiene las labores de vigilancia y administración de los predios protegidos por el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado (SNASPE). La Reserva Nacional Mocho Choshuenco cuenta con un solo guardaparque, lo cual evidentemente es insuficiente. Por otro lado, se evidencia una ausencia de cumplimiento de las obligaciones de la Dirección General de Aguas (DGA), institución que debe ejercer las labores de policía y vigilancia de las aguas de los cursos naturales de uso público e impedir que se construyan, modifiquen o destruyan obras que busquen alteren los cursos de las aguas sin las debidas autorizaciones.

- Sin perjuicio de estas deficiencias, las cuales deben ser resueltas en sede administrativa, el proyecto de ley propuesto busca modificar dos cuerpos legales. Por una parte busca aumentar las penas basales estimadas para el artículo 459 y adicionar una nueva agravante por medio de la creación de un nuevo artículo 459 bis.

- Tal como se mencionado anteriormente el artículo 459 establece lo siguiente:

"Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de veinte a cinco mil unidades tributarias mensuales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:
1.º Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes, sean superficiales o subterráneas; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera
2.º Rompieren o alteraren con igual fin diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.
3.º Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.
4.º Usurparen un derecho cualquiera referente al curso de ellas o turbaren a alguno en su legítima posesión".

En este artículo se especifican todos los supuestos fácticos que implican una acción de usurpación de aguas penable. El primer objetivo de este proyecto de ley es aumentar el rango de determinación de la pena de presidio medio en su grado mínimo a medio a presidio menor en cualquiera de sus grados y aumentar la pena pecuniaria de veinte a cincuenta unidades de fomento tributarios, manteniendo el tope máximo de cinco mil unidades de fomento tributario. La definición de este nuevo rango se obtiene a partir de lo establecido en el artículo 460 del Código Penal, el cual busca aumentar la pena de usurpación de aguas (mismo supuesto del artículo precedente) en aquellos casos en los cuales la acción se realice por medio de violencia o intimidación en las personas.

- Cumpliendo con el principio de proporcionalidad, y considerando que la pena privativa de libertad del artículo 459 vio aumentado su rango de determinación e incrementada su pena pecuniaria, se torna necesario ajustar la pena establecida en el artículo 460. Este articulado establece que *"Cuando los simples delitos a que se refiere el artículo anterior se ejecutaren con violencia o intimidación en las personas, si el culpable no mereciere mayor pena por la violencia o intimidación que causare, sufrirá la de presidio*

menor en cualquiera de sus grados y multa de cincuenta a cinco mil unidades tributarias mensuales".

De esta forma y para este caso, se restringe la determinación de la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados a la obligatoriedad de definir la pena entre los rangos establecidos por el presidio menor en su grado medio a máximo. De esta forma, en el caso en que se cumplan los supuestos del tipo establecidos en el artículo 460, el juez no podrá aplicar la pena privativa de libertad correspondiente a presidio menor en su grado mínimo. Adicionalmente se aumenta la pena pecuniaria de cincuenta a setenta unidades de fomento tributarios, manteniendo el máximo correspondiente a cinco mil unidades de fomento tributario.

- Adicionalmente, se busca crear un nuevo artículo 459 bis que busque establecer un agravante específico al delito de usurpación de aguas que se perfeccionen en los casos en que la acción delictual se realice dentro de un predio sujeto a la protección y resguardo de la CONAF por medio del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado. De esta forma, el juez deberá otorgar la pena en su grado máximo cuando la acción tipificada se realice en estos cauces en particular.

- Por último, el proyecto ley busca modificar la ley 19.300 sobre las Bases Generales del Medio Ambiente específicamente el artículo 52, ubicado en el Título III de la ley, el cual establece la presunción legal de responsabilidad por daño ambiental. Este artículo establece lo siguiente:

Artículo 52 inciso 1: "Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias."

Lo que se busca es incorporar dentro de esta presunción legal lo establecido en el nuevo artículo 459 bis, es decir, que se presuma la responsabilidad por daño ambiental del autor de la acción de usurpación de aguas que se haya realizado en algún predio sujeto pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado.
- Incluyendo este supuesto dentro de las presunciones legales establecidas en el artículo 52 de la ley 19.300, el delito de usurpación de aguas en dichas condiciones será materia de competencia de los tribunales ambientales de acuerdo a lo referido en el artículo 17 de la ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales.

El título II de la ley 20.600 establece las competencias de los tribunales ambientales. Específicamente el artículo 17 N°2 dice lo siguiente: "*Los Tribunales Ambientales serán competentes para: 2) Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley Nº 19.300. Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado".*

- De esta forma, incorporando el delito de usurpación de aguas en predio sujetos a la protección del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado, se podrá judicializar la acción por medio de los tribunales ordinarios con competencias penales además de perseguir la responsabilidad por daño ambiental en los tribunales ambientales competentes.

Objetivos del Proyecto de Ley

Este proyecto de ley tiene tres principales objetivos:

1) El primero de ellos es aumentar el rango de determinación de la pena corporal por el delito tipificado en el artículo 459 en todos los supuestos enunciados en sus cuatro numerales. De esta forma los responsables de las acciones subsumibles a todos los considerando del tipo en cuestión verán aumentado el rango de la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio a presidio menor en cualquiera de sus grados. Adicionalmente se aumenta la pena pecuniaria basal de veinte a cincuenta unidades de fomento tributarios manteniendo el máximo establecido en la ley correspondiente a cinco mil unidades de fomento tributario.

Debido al aumento de la pena estipulada para esta categoría, por efecto del principio de la proporcionalidad, la pena del artículo 460 referido al mismo supuesto de usurpación de aguas pero que se ejecutarán con violencia o intimidación en las personas verá aumentada su pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cincuenta a cinco mil unidades tributarias a presidio menor en su grado medio a máximo y multa de setenta a cinco mil unidades tributarias.

2) El segundo objetivo es la modificación del artículo 52 de la ley 19.300 el cual establece la presunción de responsabilidad del autor del daño ambiental. Se busca incorporar en este artículo la acción de usurpación de agua caracterizado en el artículo 459 del Código Penal cuando éste se perfeccione dentro de un área protegida por el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado (protección SNASPE), administrada por la Corporación Nacional Forestal, CONAF.
3) El tercer objetivo es incorporar un agravante específico al tipo del artículo 459 del Código Penal creando un nuevo artículo 459 bis que busca restringir el rango de determinación de la pena imponiendo la obligatoriedad de otorgar la pena correspondiente al grado máximo en los caso en que la acción se perfeccioné dentro de un predio perteneciente al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado.

Por todas las razones anteriormente expuestas, presentamos el siguiente:

PROYECTO DE LEY

1) Modificaciones al Código Penal

a) Sustitúyase, en el artículo 459 inciso primero, la frase “Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de veinte a cinco mil unidades tributarias mensuales” por:
“Sufrirán las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cincuenta a cinco mil unidades tributarias mensuales”.

b) Créase el artículo 459 bis, del siguiente tenor:
“En aquellos casos en los cuales la acción referida en el artículo anterior se ejecute dentro de un área protegida definida por el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado y administrada por la Corporación Nacional Forestal, la pena se aplicará en su grado máximo”.

c) Modificación al artículo 460
Sustitúyase la frase “sufrirá las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cincuenta a cinco mil unidades tributarias mensuales” por “sufrirá las penas de

presidio menor en su grado medio a máximo y multa de setenta a cinco mil unidades tributarias mensuales".

2) Modificación a la ley 19.300 que Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente
Agréguese, en el artículo 52 luego de la palabra "reglamentarias" y antes del punto final, la frase "y quien infrinja el artículo 459 bis del Código Penal".