



## **USURPACIÓN DE AGUAS**

### **Agua y justicia penal**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Magíster en Derecho Penal de los Negocios y la Empresa. Universidad de Chile.

AUTOR:

MARCOS CONTRERAS ENOS

PROFESOR GUÍA:  
VIVIAN BULLEMORE GALLARDO

Santiago, Chile  
Febrero de 2013





## ÍNDICE

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: EL OBJETO DE LOS DELITOS DE USURPACIÓN DE AGUAS .....</b>	<b>11</b>
1. Objeto Jurídico.....	11
1.1.El bien jurídico protegido en el Título IX del Libro Segundo del CP .....	11
a) La tesis monista.....	12
b) La tesis dualista.....	16
1.2.El bien jurídico protegido en la usurpación de aguas .....	29
a) Toma de posición .....	29
b) Los derechos de aprovechamiento de aguas. Caracterización y contenido .....	32
b.1. La posición jurídico-formal: los derechos de aprovechamiento de aguas y su tipología .....	33
b.1.1. Los derechos constituidos .....	35
b.1.2. Los derechos reconocidos .....	39
b.1.2.1. Los usos consuetudinarios.....	40
b.1.2.2. Los usos mínimos reconocidos por la ley .....	41
b.1.2.3.Otros usos y derechos mínimos reconocidos por la ley .....	43
b.2. El contenido fáctico de poder correlativo al derecho de aprovechamiento de aguas .....	46
c) No puede haber conducta típica sobre aguas respecto de las cuales no se ha constituido derechos de aprovechamiento .....	50
2. Objeto de ataque. Las aguas.....	51
2.1. Naturaleza jurídica y caracterización de las aguas.....	51
2.2. Las aguas que pueden ser objeto de ataque en la usurpación de aguas.....	58
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LAS FIGURAS DE USURPACIÓN DE AGUAS .....</b>	<b>66</b>
1. Sistematización .....	66
2. Usurpación pacífica del que no tiene derechos (art. 459).....	68
2.1. Aspectos comunes a todas las figuras .....	68
2.1.1.La ausencia de título legítimo .....	69
2.1.2.La invasión de derechos .....	72
2.1.3.Excurso. El cuerpo de agua relevante .....	76
2.2. Figuras de desplazamiento (art. 459 N°s 1 y 4 primera parte).....	80
2.2.1. La figura del art. 459 N° 1 .....	80
a) El núcleo de la conducta: “sacar aguas” .....	81
b) La apropiación .....	84
c) “Para hacer de ellas un uso cualquiera” .....	88
d) Los lugares desde los cuales debe sacarse el agua .....	88

2.2.2. La figura del art. 459 N° 4 primera parte .....	98
2.3. Figura de tentativa de desplazamiento (art. 459 N°2).....	104
2.4. Figuras de mera obstaculización del ejercicio del derecho (art. 459 N°s 1 y 4 parte final).....	106
3. Usurpación pacífica del que no tiene derechos. La usurpación fraudulenta (art. 461) .....	110
4. La usurpación de aguas violenta .....	122
<b>CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>131</b>
1. Sentencias sobre usurpación pacífica del que no tiene derechos .....	131
1.1. Sentencias sobre el art. 459 N° 1 CP.....	131
1.2. Sentencia sobre el art. 459 N° 4 CP .....	156
2. Sentencias sobre usurpación fraudulenta .....	160
3. Conclusiones .....	166
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>169</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>189</b>
<b>SENTENCIAS CITADAS.....</b>	<b>194</b>

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

art/s:	artículo/s
Cap/s:	Capítulo/s
CA:	Código de Aguas
CC:	Código Civil
cfr.:	confróntese
CP:	Código Penal chileno
CPC:	Cuadernos de Política Criminal
CPP:	Código Procesal Penal chileno
CPR:	Constitución Política de la República de Chile.
DFL:	Decreto con Fuerza de Ley
ed.:	edición, editado, editor, editorial
et al:	<i>et alteri</i> (del latín: y otros)
etc.:	etcétera
GJ:	Gaceta Jurídica
<i>Ibid:</i>	<i>Ibidem</i>

<i>Id:</i>	<i>Idem</i>
inc.:	inciso
Nº:	número
n. marg.:	nota marginal
ob. cit:	obra citada
p/pp:	página/páginas
PE:	parte especial
PG:	parte general
R.A.E:	Real Academia Española de la Lengua
RChD:	Revista Chilena de Derecho
RDA:	Revista de Derecho de Aguas
RIT:	rol interno del tribunal
sic.:	<i>sicut</i> (del latín: así, textualmente)
ss.:	siguientes
t.:	tomo
TC:	Tribunal Constitucional chileno
TOP:	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
trad.:	traducción, traducido, traductor
vid.:	<i>videtur</i> (del latín: véase)

vol.:       volumen



## INTRODUCCIÓN

La confluencia de una serie de factores justifica la pertinencia y necesidad –en el contexto de un programa académico de Derecho penal de los negocios y la empresa– de una investigación como la que en esta memoria se despliega.

La creciente escasez del recurso hídrico, que ha llegado a catalogarse como una “guerra por el agua”, unida a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, ha determinado que las figuras típicas contenidas en los artículos 459 a 461 del CP, hayan dejado de ser letra muerta.<sup>1</sup> Sin embargo, el tratamiento dogmático nacional sobre el particular se caracteriza fundamentalmente por su brevedad. En efecto, aparte de las escasas páginas dedicadas en los clásicos manuales de Derecho penal chileno,<sup>2</sup> existen solo

---

<sup>1</sup> Como muestra de ello, sirva referir que, a partir de un estudio estadístico realizado por la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado del Ministerio Público, pudo determinarse que desde el mes de enero de 2008 hasta marzo de 2009, ingresaron 601 denuncias por delitos de “usurpación de aguas”. Cfr., Rosenblut Gorodinsky, Verónica, “Análisis de la estructura típica del delito de usurpación de aguas. Régimen legal y particularidades del delito”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 39, junio de 2009, p. 196.

<sup>2</sup> Etcheberry Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial*, t. III, 3ª ed. revisada y actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 374-377; Garrido Montt Mario, *Derecho Penal Parte Especial*, t. IV, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, 288-292; Politoff *et al*, *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*,

unos cuantos artículos que se abocan al análisis de los delitos referidos,<sup>3</sup> lo que determina que los operadores jurídicos se enfrenten a las figuras típicas relativas al ejercicio de derechos de agua, con un arsenal dogmático que resulta insuficiente para hacer frente a las múltiples complejidades que éstas plantean, entre las que se puede mencionar, sin ánimo de exhaustividad: a) ¿Qué es la ausencia de título legítimo?; b) ¿Qué significa la exigencia de “invasión de derechos”?; c) ¿Cuál es el cuerpo de agua relevante para apreciar la existencia o ausencia de derechos?; d) ¿Cuál es el espectro del cuerpo de agua relevante en el que se debe apreciar dicha circunstancia?; e) ¿Qué significa el vocablo “fraudulentamente” en la figura del art. 461 del CP?, etc.

Por lo demás, hay una consideración “fenomenológica” que justifica que la materia que en esta investigación se pretende abordar, forme parte del Derecho penal de los negocios y la empresa. En efecto, los delitos que son objeto de esta tesis normalmente son cometidos en el contexto del giro

---

reimpresión de la 2ª ed., Santiago, 2010 pp. 408 y 409; Del Río, Raimundo, *Derecho penal*, t. III, Nascimento, Santiago, 1935, pp. 465 y ss.; Bullemore, Vivian / Mackinnon, John, *Curso de derecho penal*, t. III, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 123 y ss.

<sup>3</sup>Guzmán Dálbora, José Luis, *Estudios y defensas penales*, 2ª edición aumentada, LexisNexis, 2007, pp. 65-91; Rosenblut Gorodinsky, Verónica, “Análisis de la estructura típica del delito de usurpación de aguas. Régimen legal y particularidades del delito”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 39, junio de 2009, pp. 196-207; Van Weezel, Alex, *Penas y Sentido. Estudios de Derecho penal*, Ara Editores, Lima, 2008, pp. 497 – 510.

de una actividad empresarial o, en otros términos, *desde* la empresa, toda vez que un sinnúmero de actividades productivas normalmente desarrolladas por empresas requieren contar con el concurso de derechos de aguas para su desarrollo,<sup>4</sup> razón que justifica la inclusión del tópico como parte del Derecho penal de la empresa, tal y como ocurre con los delitos relacionados con el medio ambiente y con los casos de responsabilidad por el producto, delitos y casos que nadie duda en ubicar dentro del Derecho penal de la empresa por el hecho que se verifican normalmente desde ella. De otro lado, el análisis de los delitos objeto de la presente tesis da pie a problemas propios del Derecho penal de los negocios y la empresa, a saber: la autoría y participación en estructuras empresariales (por tratarse, como ya señaló, de delitos cometidos en un elevado número de casos, desde la empresa) el contenido del término fraudulentamente (art. 461 CP), el límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, etc.

Pero aun hay más. Las particularidades del objeto de ataque de los delitos de usurpación de aguas hacen que la pregunta por el objeto de protección de los mismos requiera una reflexión acabada que se echa en

---

<sup>4</sup>Sin afán de exhaustividad baste con señalar la necesidad de contar con derechos de aprovechamiento de aguas en el contexto de las actividades minera, agrícola y de generación hidroeléctrica.

falta en la dogmática nacional. Dicha reflexión pone a prueba la sistematización de los delitos contemplados en el título IX del libro II del CP, título que, según la doctrina nacional mayoritaria, protege la propiedad, entendida ésta en términos del concepto jurídico de patrimonio. De la mano de la doctrina nacional minoritaria sostendremos que el título señalado protege dos bienes jurídicos estructuralmente diferenciados: a saber, la propiedad y el patrimonio. En ese contexto, se inquiere si el objeto jurídico de protección de los delitos relativos al ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas se puede encuadrar sin más en alguno de los bienes jurídicos ya referidos. La correcta solución de esta cuestión no sólo es relevante para un adecuado tratamiento de los delitos de usurpación de aguas, sino que, más en general, para la sistematización de los delitos contra intereses instrumentales o de significación patrimonial, lo que evidentemente resulta de interés en el contexto de un programa que cobija en su seno al “Derecho penal de los negocios”.

Justamente la repuesta a la interrogante aludida en el párrafo anterior, es el punto de partida para nuestra investigación, la que tiene como objetivo la reconstrucción racional de los delitos de usurpación de aguas. Para el

logro de dicho objetivo, la investigación se divide en tres partes: i) El objeto de los delitos de usurpación de aguas, ii) Análisis dogmático de los delitos de usurpación de aguas, y iii) Análisis jurisprudencial.

En el capítulo primero, se pretende identificar al objeto jurídico de protección de los delitos de usurpación de aguas, así como explicitar las características del agua en cuanto objeto de ataque de dichos delitos. Conforme a ello, en primer lugar, se dedica una sección a la discusión sobre el (los) bien(es) jurídico(s) protegido(s) en el título IX del libro II del CP, que agrupa a los delitos de significación patrimonial. Posteriormente, tomamos posición en torno al bien jurídico protegido por las figuras de usurpación de aguas, lo que, a su vez, nos conduce a efectuar una caracterización y determinación del contenido de los derechos de aprovechamiento de aguas. Ello, desde una doble perspectiva: desde su consideración como posición jurídico-formal y desde su consideración como poderío fáctico correlativo a dicha posición. En segundo término, se aborda el objeto de ataque en los delitos que son materia de esta tesis, a saber, el agua, caracterizándola, desentrañando su naturaleza jurídica y precisando qué tipo de aguas constituyen el objeto de ataque idóneo en las

figuras de los arts. 459 y ss. del Código Penal. Una vez efectuadas estas definiciones quedará delimitado el marco teórico que se precisa para emprender un análisis dogmático adecuado de los delitos objeto de esta tesis.

De este modo, en el capítulo segundo, se emprende el análisis dogmático de las figuras de usurpación de aguas. Para ello, en primer término, se ensaya una sistematización de dichas figuras para luego, conforme a ella, analizar las figuras de usurpación pacífica del que no tiene derechos, la usurpación fraudulenta y la usurpación violenta, proponiendo soluciones a los problemas interpretativos que ellas plantean.

En el capítulo tercero, en fin, se analiza y pone a prueba la escasa jurisprudencia disponible en material de usurpación de aguas a la luz de los resultados obtenidos en los dos primeros capítulos de esta tesis. Por lo demás, el ejercicio que se realizará en ese capítulo servirá para demostrar el rendimiento práctico de las propuestas dogmáticas esbozadas en la tesis.

La metodología a seguir en el desarrollo de la presente investigación es la propia de la dogmática jurídico-penal de raigambre europeo-continental, es decir, aquella que en base a su producto paradigmático –la teoría del delito– se orienta por el ideal sistemático. Dicha metodología cede paso, al final de la tesis, al análisis jurisprudencial utilizando, empero, como premisas, las conclusiones a las que se arribará luego del análisis dogmático.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **EL OBJETO DE LOS DELITOS DE USURPACIÓN DE AGUAS**

#### **1. OBJETO JURÍDICO.**

##### ***1.1. El bien jurídico protegido en el Título IX del Libro Segundo del CP***

Las figuras de usurpación de aguas se contemplan en los arts. 459 a 461 del CP. Se ubican, por lo tanto, en el Título IX del Libro Segundo de dicho cuerpo normativo, título que agrupa bajo la rúbrica “Delitos contra la Propiedad” a los delitos contra bienes jurídicos materiales o instrumentales, es decir, a aquellas figuras típicas que tienen como objeto de protección a intereses sobre cosas o a expectativas económicas valiosas. Como cuestión fundamental previa al análisis dogmático de los tipos penales contemplados en el referido título (dentro de los cuales –como ya se señaló– se encuentran los delitos de usurpación de aguas) es preciso resolver si es posible identificar un único objeto de protección común a todos ellos o si, por el contrario, en dicho título se protegen dos bienes jurídicos diferenciados. La



resolución de dicha cuestión da lugar, respectivamente, a las concepciones monista y dualista sobre el objeto de protección del Título IX.

*a) La tesis monista*

En este contexto se denomina tesis monista a aquella en virtud de la cual se constata la presencia de sólo un bien jurídico protegido en el Título IX del Libro Segundo del CP. Una tesis monista no se puede fundar con reales pretensiones de corrección dogmática en una concepción estricta o civilmente acuñada de la propiedad, esto es, en una concepción quiritaria o dominical de la misma en términos de lo dispuesto en el art. 582 del CC que, al efecto, dispone que “[e]l 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 afirmación anterior se sustenta en la constatación de que no en todos los delitos contemplados en el Título IX se protege a la propiedad *stricto sensu* (ya sea entendida como la posición jurídico formal o como su contenido fáctico de poder correlativo), razón por la cual no puede erigirse –sin

incurrir en absurdos– a la propiedad concebida de ese modo como objeto de protección común a todas las figuras del Título IX.

En efecto, como resulta evidente, en el hurto de posesión (art. 471 N° 1 del CP) no puede ser la propiedad el objeto de protección toda vez que el autor del mismo es precisamente el propietario de la cosa sustraída por lo que, de modo correlativo, el ofendido tiene necesariamente un derecho distinto a la propiedad. Asimismo, en la usurpación (arts. 457 y ss) se penaliza la afectación del ejercicio de derechos reales sobre inmuebles o aguas distintos del dominio; a este respecto, cabe destacar la usurpación del art. 457 inc. 2°, en la que el autor puede ser el dueño y la víctima quien posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente. En el mismo sentido, ni el delito de alzamiento de bienes (art. 466), ni el delito de destrucción de la cosa embargada (art. 469 N° 6) atentan contra el derecho de propiedad de los acreedores. Tampoco exige el delito de impedimento de uso de documentos (art. 470 N° 5) que el perjudicado sea propietario de

dichos documentos, ni la estafa que el estafado haya dispuesto bajo engaño de una cosa corporal de la cual sea propietario.<sup>5</sup>

Es por eso que el monismo nacional<sup>6</sup> –doctrina mayoritaria en torno al objeto de protección del Título IX–, conciente de la imposibilidad de erigir como objeto único de protección a la propiedad civilmente acuñada o quiritaria, debe recurrir a un concepto de propiedad más amplio que el provisto por el CC en su art. 582, afirmando que en sede penal el concepto de propiedad ha de corresponder a lo que se ha denominado “concepto constitucional de propiedad”. En palabras de Etcheberry, el “Código Penal emplea la expresión propiedad en un sentido amplio, que incluye, desde luego, la propiedad dominical [...] pero que se extiende igualmente a la ‘propiedad’ entendida como el vínculo que une al sujeto con todos los derechos de que es titular [...], esto es, tanto a los derechos reales que no son el dominio [...], como a los derechos personales o créditos”.<sup>7</sup> En el mismo sentido, Garrido señala que, en el Código Penal, el término

---

<sup>5</sup>Cfr. Bascuñán Rodríguez, Antonio, *Introducción General a los Delitos contra la Propiedad (Título IX del Libro II del Código Penal)* (materiales de clases) pp. 6 y 7.

<sup>6</sup>Etcheberry, ob. cit., pp. 287 y ss; Garrido Montt, ob. cit., pp. 149 y ss., Labatut Glenda, Gustavo, *Derecho Penal Parte Especial*, t. III, 7ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1983. p. 195; Bullemore, Vivian / Mackinnon, John. Curso de derecho penal, tomo III, parte especial, LexisNexis, 2005, p. 68.

<sup>7</sup>Etcheberry, ob. cit., p. 287.

propiedad “debe entenderse en un sentido normativo muy amplio y flexible, comprensivo de aquellas relaciones jurídicamente reconocidas por el sistema y que existen entre una persona y una cosa, relación que le confiere a esa persona algunas facultades sobre la cosa, que son susceptibles de apreciación económica”.<sup>8</sup> Cabe señalar que, en rigor, este concepto de propiedad en sentido amplio no es sino un concepto jurídico de patrimonio, como el postulado a fines del Siglo XIX por Karl Binding en Alemania,<sup>9</sup> concepto al que nos referiremos más adelante en el contexto del análisis de la tesis dualista.

Sin perjuicio de la poca solidez de la base sobre la cual se estructura esta concepción,<sup>10</sup> estimamos que el defecto más grave del que adolece radica en su “tendencia al análisis indiferenciado de los presupuestos de

---

<sup>8</sup>Garrido Montt, ob. cit., pp. 150 y 151.

<sup>9</sup>Bascuñán Rodríguez, Antonio, “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, 2004, pp. 291-345, p. 292.

<sup>10</sup>Nos referimos aquí al, hasta hoy, precario desarrollo dogmático de la propiedad en sede constitucional, lo que conduce a un pobre rendimiento de dicho concepto en la interpretación del tipo sistemático y a un razonamiento de tipo circular: como el concepto de propiedad está definido a un nivel muy rudimentario, su contenido vendrá desde los propios tipos penales que se trataba de interpretar, luego, razonamiento circular. Cfr. Cabrera Guirao, Jorge / Contreras Enos, Marcos, *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelos dogmáticos y análisis jurisprudencial*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 8, n. marg., 14.

punibilidad de los distintos atentados a la propiedad y el patrimonio”<sup>11</sup>, lo que genera como consecuencia que el concepto omnicomprendivo de propiedad no ostente la concreción necesaria para que tenga operatividad interpretativa. Ello es inaceptable desde una correcta comprensión de la teoría del bien jurídico, toda vez que, como señala Bascuñán, “si se quiere hacer justicia a los principios de legalidad, lesividad, fragmentariedad, y *ultima ratio*, es indispensable proceder intensivamente en la concreción de cada objeto de protección.”<sup>12</sup> Así las cosas, la tesis monista no es capaz de establecer un vínculo de unión de todos los delitos del Título IX a través de una abrazadera común (propiedad o patrimonio) sin sacrificar las funciones mínimamente atribuibles a la teoría del bien jurídico.

### *b) La tesis dualista*

---

<sup>11</sup>Bascuñán Rodríguez, ob. cit. (cit. N° 9), p. 294. El mismo autor señala que “esa indiferenciación no es más que el correlato penal de la orientación al vulgarismo en el ámbito del derecho privado y el derecho público.” *Id.*

<sup>12</sup>Bascuñán Rodríguez, op.cit. (cit. N° 5), p. 12. “Eso es lo que se hace con la dimensión de la personalidad, distinguiéndose bienes jurídicos personalísimos específicos, tarea que en algunos casos resulta sumamente difícil (= los delitos contra la libertad personal). Esto es también lo que debe hacerse en el ámbito de los delitos contra el patrimonio”. *Id.*

Sólo una concepción dualista del bien jurídico protegido es capaz de brindar los puntos de partida suficientemente concretos para poder reconstruir racionalmente el sistema de los delitos contra intereses instrumentales o materiales y para poder adoptar decisiones interpretativas de un modo consistente. En esta perspectiva se afirma que en el Título IX hay dos clases de delitos, no reconducibles a una abrazadera común, a saber: los delitos contra la propiedad y otros derechos de aprovechamiento y los delitos contra el patrimonio.<sup>13</sup>

Los **delitos contra la propiedad** y otros derechos de aprovechamiento (que, en adelante, denominaremos sintéticamente “delitos contra la propiedad”) se caracterizan por suponer una posición jurídico-formal determinada, esto es, la titularidad de un derecho subjetivo específico reconocido por el derecho privado –paradigmáticamente, la propiedad– que recae o versa sobre una cosa corporal en el sentido más estricto del CC, esto es, propiedad quiritaria. Ahora bien, en los delitos

---

<sup>13</sup>Exponentes nacionales de la tesis dualista son: Soto Piñeiro, Miguel, *La apropiación indebida. Acción, autor y resultado típico*. Santiago, 1994 pp. 5 y 45 y ss.; Bascuñán Rodríguez, ob. cit., (cit. N° 5); Hernández Basualto, Héctor, “La administración desleal en el Derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 2005, especialmente pp. 240 y 241, y “Aproximación a la problemática de la estafa” en *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad de Temuco, 2002; Mañalich, Juan Pablo, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009, pp. 6 y ss. y 112, Cabrera / Contreras, ob. cit., pp. 7 y ss.

contra la propiedad no se protege la posición jurídico-formal –lo que los convertiría en delitos de peligro abstracto<sup>14</sup>– sino que el contenido de poder fáctico correlativo a dicha posición o, en otros términos, la continuidad de la relación fáctica de poder normativamente justificada por una posición jurídico-formal. De este modo, en estos delitos lo crucial es la relación fáctica que existe entre el cuerpo de la cosa y el cuerpo del detentador, razón por la cual forzoso es concluir que tienen una dimensión de concreción espacial insoslayable. En definitiva, para calificar una determinada figura como delito contra la propiedad es necesario que: a) el sujeto pasivo sea titular de una posición jurídico-formal; b) que esa posición tenga un correlato de poder fáctico, y c) que dicho poder se ejerza sobre una cosa corporal.

La esencia de los **delitos contra el patrimonio**, en tanto, radica en que a través de los mismos se lesiona el patrimonio (globalmente considerado) mediante la pérdida de una parte integrante del mismo. Estos delitos se dirigen normalmente contra determinados derechos particulares

---

<sup>14</sup>“El hurto, por ejemplo, no lesiona la propiedad del dueño de la cosa hurtada. Precisamente por seguir siéndolo es que dispone de las acciones reivindicatoria o restitutoria. La desposesión sí puede conducir a la pérdida de la propiedad, por la prescripción. Por eso sería un delito de peligro”. Bascuñán Rodríguez, ob. cit., (cit. N° 5), p. 6.

integrantes del mismo: lo que sucede es que estos derechos particulares no aparecen incluidos en el tipo legal, por lo que todos ellos (la *totalidad* de ellos) pueden ser objeto de ataque. Lo decisivo es que efectivamente se produzca un “perjuicio patrimonial”, es decir, que tras una comparación del patrimonio del sujeto pasivo antes y después de la disposición patrimonial, pueda afirmarse que después de ella, su patrimonio, como tal, se ha visto perjudicado desde alguno de los puntos de vista en que puede concebirse el mismo,<sup>15</sup> perspectivas que revisaremos a continuación.

Cronológicamente la primera concepción moderna en torno al patrimonio es la jurídica. Conforme a ella el patrimonio es el conjunto de derechos subjetivos patrimoniales de que es titular una persona. Consecuentemente, el criterio de adscripción de un bien (cualquiera) al patrimonio es la existencia de un derecho subjetivo sobre él. Correlativamente, el criterio de reconocimiento de un resultado de lesión del patrimonio se encuentra en la vulneración de las posibilidades de

---

<sup>15</sup>Zugaldía Espinar, José Miguel, *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio, I Infracciones de uso*, Akal, Madrid, 1988. p. 15.



ejercicio de facultades jurídicamente garantizadas sobre cosas o en relación a prestaciones.<sup>16</sup>

El concepto jurídico de patrimonio fue tempranamente abandonado<sup>17</sup> no sólo por el giro metodológico que se impuso en la ciencia jurídica del siglo XX,<sup>18</sup> sino también por la dificultad de determinar qué ha de entenderse por “derechos subjetivos patrimoniales”<sup>19</sup> –lo que da pie para que la concepción sea tachada de metodológicamente inconsistente<sup>20</sup>– y, fundamentalmente, por dispensar –paradójicamente– una protección muy amplia y, a la vez, muy restringida<sup>21</sup> de los intereses materiales o instrumentales. En efecto, la concepción jurídica del patrimonio resulta

---

<sup>16</sup>Bascuñán Rodríguez, ob. cit. (cit. N° 9), 291 y ob. cit. (cit. N° 5) p. 6.

<sup>17</sup>Cfr., Gallego Soler, José Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 109.

<sup>18</sup>Nos referimos aquí al abandono de una concepción del derecho penal como mero refuerzo sancionatorio de otras ramas del derecho y del ideal de una dogmática predominantemente formalista, entendida como una mera sistematización conceptual de las decisiones del legislador. En lugar de ello, a comienzos del siglo XX, se impuso una orientación metodológica que reivindicaba la autonomía valorativa del derecho penal y que propugnaba la vinculación de la dogmática al tráfico económico. Cfr., Bascuñán Rodríguez, ob. cit. (cita N° 5), pp. 6-8.

<sup>19</sup>Zugaldía Espinar, ob. cit., p. 54 y Huerta Tocildo, Susana, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980. p. 31 y ss.

<sup>20</sup>Como señala Bascuñán Rodríguez, “[e]n la medida en que no todos los derechos subjetivos integran el patrimonio de una persona, sino sólo ciertos derechos –los ‘patrimoniales’ (=instrumentales)– la concepción presupone una referencia extra-jurídica para determinar el concepto de patrimonio. Esta inconsistencia demuestra que la referencia al sistema conceptual de los derechos subjetivos no es metodológicamente adecuada”. Bascuñán Rodríguez, ob. cit. (cit. N° 5), p. 7. En el mismo sentido, Gallego Soler sostiene que “nos encontramos ante poco menos que una petición de principios difícil de resolver, ya que el patrimonio se define para estas teorías como conjunto de derechos subjetivos patrimoniales y, al decir de la doctrina, es difícil determinar qué se entiende por tales derechos”, Gallego Soler, *ibid.*, p. 122.

<sup>21</sup>Cfr. Gallego Soler, *ibid.*, p. 118, con mayores referencias.

demasiado amplia toda vez que, en virtud de ella, se brinda protección a derechos sobre objetos carentes de valor económico,<sup>22</sup> ya que, según esta tesis, no resulta necesario que el objeto de ataque tenga valor patrimonial.<sup>23</sup> De otro lado, la concepción jurídica del patrimonio resulta demasiado estrecha, dado que al exigir la concreción de un interés patrimonial en un derecho subjetivo para efectos de su protección penal, deja fuera del ámbito del patrimonio a importantes bienes que son objeto de valuación pecuniaria y que, sin embargo, todavía no están concretados en derechos subjetivos, tales como la clientela, el derecho de llaves, los secretos empresariales, el fondo de comercio de una empresa, el *know how*, ciertas expectativas, la fuerza de trabajo, la mera posesión entendida como detentación fáctica, etc.<sup>24</sup>

Para suplir los problemas de la concepción jurídica surgió la concepción económica del patrimonio, concepción en el seno de la cual éste es definido como “la totalidad de bienes que están bajo el poder de disposición de una persona”<sup>25</sup> o como “el conjunto de los valores

---

<sup>22</sup>Gallego Soler, *id.*

<sup>23</sup>Cabrera / Contreras, *ob. cit.*, pp. 10 y 11.

<sup>24</sup>Cfr., Gallego Soler, *op cit.*, p. 119; Bascuñán, *ob. cit.* (cit. N° 5), pp. 6 y 7.

<sup>25</sup>Maurach, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, p. 319, cit. por Gallego Soler, *ob. cit.*, p. 127.

económicos sobre los que se ejerce un poder fáctico de aprovechamiento”.<sup>26</sup>

En consecuencia, para que un bien pueda ser adscrito al patrimonio de un sujeto se exige, de un lado, que tenga valor económico y, de otro, que sobre él se tenga un poder fáctico de aprovechamiento. Con ello se neutraliza tanto la amplitud como la estrechez de la protección brindada por el concepto jurídico de patrimonio, puesto que, de un lado, se excluye del patrimonio a los intereses sin valor económico y, de otro, se incluye dentro de él a los intereses económicamente valiables no respaldados por un derecho subjetivo. Sin embargo, ello se logra al costo de propiciar contradicciones valorativas político-criminalmente inadmisibles, toda vez que, de acuerdo a esta concepción, el derecho penal protegería incluso las relaciones patrimoniales que el derecho (privado o público) reprueba. Ello no es sino la consecuencia de la total prescindencia de un punto de vista normativo en esta tesis, lo que constituiría su punto más débil.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup>Bascuñán Rodríguez, ob. cit., (cit. N° 9), p. 292. Huerta Tocildo señala que, más allá de las distintas formulaciones del concepto económico de patrimonio, todas las versiones coinciden en torno a: 1) se reconoce que forma parte integrante del patrimonio toda posición dotada de valor económico en el tráfico de los negocios, independientemente de que se concrete o no en un derecho o de que sea susceptible de reconocimiento jurídico, y 2) se admite la posibilidad de compensación del daño patrimonial a través de medidas económico-objetivas. Cfr. Huerta Tocildo, ob. cit., pp. 32 y 33.

<sup>27</sup>En ese sentido, Bascuñán Rodríguez señala que “[e]s evidente que el concepto de patrimonio requiere de un juicio de adscripción o atribución de un conjunto de bienes a una persona como su titular. En tanto unidad económica, un patrimonio no es simplemente un conjunto de bienes, sino el conjunto de bienes que pertenece a alguien o que está destinado a un fin. Esta exigencia no alcanza a satisfacerse mediante un concepto puramente descriptivo de propiedad como posibilidad fáctica de aprovechamiento económico,

En vistas de la necesidad de un criterio normativo para poder aseverar la pertenencia de un determinado interés económico al patrimonio, con lo que se podría evitar las contradicciones valorativas a las que conduce la concepción económica, surgen y se desarrollan las concepciones mixtas jurídico-económicas del patrimonio. Se habla de “concepciones” porque, en rigor, se trata de distintas formas de concebir el patrimonio que si bien tienen el mismo punto de partida, a saber, uno esencialmente económico (sólo se consideran elementos patrimoniales las posiciones, objetos o situaciones evaluables económicamente<sup>28</sup>), presentan diferencias en torno a las restricciones normativas que se aplican luego de asumir dicho punto de partida. De este modo, las concepciones mixtas se pueden clasificar en tres grandes grupos conforme a dichas restricciones, a saber: i) las que entienden como integrante del patrimonio a aquellas posiciones con valor económico condensadas en la forma de derechos subjetivos; ii) las que exigen que las posiciones económicamente valiosas gocen de protección del ordenamiento jurídico; y iii) aquellas variantes que consideran suficiente

---

pues este criterio conduce a una contradicción insostenible entre la protección penal del patrimonio y su protección jurídica extra penal. Bascañán Rodríguez, ob. cit. (cit. N° 9), p. 292.

<sup>28</sup>Gallego Soler, ob. cit., p. 150.

que la posición económica tenga la aprobación del ordenamiento o que, al menos, no sea desaprobada por éste.<sup>29</sup> Sin perjuicio de reconocérseles gran aptitud para resolver casos problemáticos, las teorías mixtas han sido criticada, fundamentalmente, por el hecho de adoptar a un mismo tiempo conceptos jurídicos y fácticos, limitándolos mutuamente y no aplicando ninguno de ellos por completo, lo que generaría –a juicio de los críticos– una inconsistencia sistemática inaceptable, por cuanto se trataría de valoraciones contradictorias.<sup>30</sup> Pese a ello, las concepciones mixtas del patrimonio se erigen como mayoritarias tanto en la jurisprudencia como en la doctrina hispana, italiana, helvética y germana,<sup>31</sup> sin perjuicio del resurgimiento del concepto personal de patrimonio<sup>32</sup> y de la elaboración del concepto funcional del mismo.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup>Schlack Muñoz, Andrés, “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, en *RChD*, vol. 35 N° 2, Santiago, 2008, pp. 278 y 279. Una explicación pormenorizada de las distintas variantes de la teoría mixtas del patrimonio se puede encontrar en Gallego Soler, *op. cit.*, pp. 148 y ss.

<sup>30</sup>Cfr., Cabrera/Contreras, *ob. cit.*, p. 12.

<sup>31</sup>*Vid.*, Gallego Soler, *ob. cit.*, p. 148, con abundantes referencias bibliográficas.

<sup>32</sup>Teoría que considera que el patrimonio es una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito de los objetos. Esta concepción se caracteriza fundamentalmente por el reconocimiento de la finalidad económica individual y las posibilidades de acción del titular del patrimonio. Conforme a ello, se pone de manifiesto que, en los delitos contra el patrimonio, no se lesiona cualquier conjunto de bienes con valor monetario perteneciente a un sujeto, sino que a la persona a la que corresponde el patrimonio, específicamente en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los fines perseguidos con sus actos de disposición. De este modo, el perjuicio patrimonial se verifica cuando el titular del patrimonio encuentra limitada o frustrada su finalidad en su ámbito económico. Cfr., Romero, Gladys, *Delito de Estafa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 282 y 283 y Martos Núñez, Juan Antonio, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 31 y 32.

<sup>33</sup>Las concepciones funcionales del patrimonio se definen a partir de la funcionalidad que otorgan al patrimonio como bien jurídico penal, destacando los elementos de desarrollo de su titular en uno u otro aspecto y compartiendo la comprensión del patrimonio penalmente protegido como elemento que permite

Ahora bien, cualquiera sea la concepción de patrimonio que se tenga por correcta,<sup>34</sup> cabe afirmar que la distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio se manifiesta en dos diferencias estructurales de los respectivos tipos de injusto, a saber: en torno al objeto de la acción y en torno al resultado. “En cuanto al *objeto de la acción*, en los delitos contra la propiedad [...] éste se encuentra especificado por el tipo penal –cosa mueble, cosa inmueble– y por lo tanto la acción típica siempre debe recaer sobre ese objeto formalmente especificado. En los delitos contra el patrimonio, por el contrario, el resultado de la acción típica recae sobre la universalidad de bienes de que es titular una persona”<sup>35</sup>. En cuanto al *resultado de lesión del bien jurídico protegido*, en los delitos contra la propiedad éste corresponde a la pérdida o perturbación del ejercicio de algún contenido de poder correlativo a la posición jurídico-formal de titular del derecho protegido. En cambio, en los delitos contra el

---

el desarrollo de la libertad de disposición personal, de modo tal que este bien jurídico penal se dota de contenido a partir de la función que se le asigna. Cfr. Gallego Soler, ob. cit., p. 186 y ss.

<sup>34</sup>Según la interpretación de Hernández Basualto, el concepto de patrimonio vigente de hecho en Chile “tendencialmente combina lo más restrictivo de los posibles modelos en discusión”. A mayor abundamiento, señala que podría sostenerse la aplicación de un concepto jurídico, no obstante la inclusión de algunas consideraciones económicas, pues no se admite la existencia de un perjuicio por intereses que no estén directamente asociados a derechos reales o personales. Hernández Basualto, ob. cit., p. 175. Cfr. Cabrera / Contreras, ob. cit., p. 13.

<sup>35</sup>Bascuñán Rodríguez, ob. cit. (cit. N° 9), pp. 294 y 295. “Por cierto que en cada atentado patrimonial el ataque tiene lugar sobre uno o más bienes concretos. Pero esa concreción fáctica no es formalmente relevante. En términos formales, lo relevante es la pérdida patrimonial”. *Ibid.*, p. 295.

patrimonio el resultado lesivo es la irrogación de daño patrimonial, entendida como pérdida en términos contables.<sup>36</sup>

En ese sentido Zugaldía señala que “[l]os delitos contra la propiedad no están condicionados a concepto alguno de patrimonio: para su realización basta con la reducción de la posibilidad de disponer de las cosas propias. Por el contrario, los delitos contra el patrimonio en su conjunto se caracterizan por exigir la producción de un efectivo perjuicio patrimonial”.<sup>37</sup> Mientras que Samson afirma que “[e]n principio los delitos contra los derechos absolutos requieren solamente una reducción de la posibilidad de disponer. No condicionan ningún perjuicio al patrimonio. Por el contrario, los delitos contra el patrimonio se dirigen contra éste en su conjunto y aunque ataquen posiciones jurídicas particulares de la víctima, sólo tiene importancia el hecho de que se reduzca el valor global de su patrimonio”.<sup>38</sup> El valor, tanto teórico como práctico, de la distinción

---

<sup>36</sup>Bascuñán Rodríguez, ob. cit. (cit. N° 9), p. 295. “De lo anterior se deduce que la compensación económica (simultánea a la afectación concreta) debe jugar un rol en los delitos contra el patrimonio, pero no en los delitos contra la propiedad.”*Id.*

<sup>37</sup>Zugaldía Espinar, ob. cit., p. 52.

<sup>38</sup>Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafrecht*, previo al parágrafo 242, N°s 6 y ss., cit. por Zugaldía Espinar, ob. cit., p. 26. En el mismo sentido, Bockelmann señala que “[l]a diferencia más importante entre los delitos de apropiación y los delitos contra el patrimonio es que para los primeros no se necesita un perjuicio para el patrimonio de la víctima (¡también las cosas sin valor económico se pueden robar!), aunque casi siempre existe; mientras que, para los segundos, es requisito imprescindible

sistemática a nivel de tipo de injusto entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, “radica en que acentúan cómo la lesión a la propiedad se produce ya por el mero hecho de la expropiación de la cosa”.<sup>39</sup>

Sin embargo, no es sólo la diferente estructura típica de ambas clases de delitos lo que fundamenta la distinción entre ellos. En efecto, existen tres razones fundamentales por las que es correcto adoptar una perspectiva dualista: a) La distinción entre derecho de propiedad y titularidad patrimonial, distinción asentada en derecho privado y que corre pareja a la distinción entre cosa corporal (objeto de la acción en los delitos contra la propiedad) y cualquier expectativa legítima con valor pecuniario (objeto de la acción en los delitos contra el patrimonio);<sup>40</sup> b) La existencia de un principio supra-legal que impide la incriminación del daño patrimonial que proviene del mero incumplimiento contractual, la que sólo alcanza a los delitos contra el patrimonio mas no a los delitos contra la propiedad. En efecto, la proscripción de la prisión por deudas en tratados internacionales

---

para su penalidad la iniciativa o por lo menos un intento de perjuicio al patrimonio (Bockelmann). Objetos de la acción de los delitos de apropiación pueden ser solamente bienes de ajena pertenencia, como en el caso del hurto. Objeto de la acción en un delito contra el patrimonio puede ser cualquier bien de una persona, derechos u objetos, pero principalmente, no un objeto sin valor económico”. Bockelmann, Paul, *Strafrecht. Besonder Teil/1. Vermögensdelikte*, 2 Auflage, München, 1982, p. 6, cit. por Zugaldía Espinar, ob. cit., p. 26.

<sup>39</sup>Zugaldía Espinar, ob. cit., p. 26.

<sup>40</sup>Cfr., Bascuñán Rodríguez, ob. cit. (cit. N° 5), p. 17.



de derechos humanos<sup>41</sup> exige al legislador y al intérprete vincular el incumplimiento contractual a algún fundamento de incriminación distinto del daño patrimonial por él ocasionado, razón por la cual la pura irrogación de daño patrimonial no puede ser considerada como merecedora de pena. Pero este no es el caso de la propiedad. Las disposiciones internacionales se refieren sólo a la antijuridicidad proveniente de la lesión de derechos personales o de crédito y no a la que proviene de la lesión de derechos reales;<sup>42</sup> y c) Los diferentes fundamentos normativos de ambas clases de delitos. Las normas sobre delitos contra la propiedad protegen bienes instrumentales desde el punto de vista de la proyección de la persona en su trato con las cosas,<sup>43</sup> razón por la que el valor económico no es condición de merecimiento de protección penal. Las normas sobre delitos contra el patrimonio, en tanto, mediante la protección de las expectativas con valor económico, resguardan en último término la potencia de una persona para intervenir en el tráfico, en cuanto ello es un presupuesto del libre desarrollo

---

<sup>41</sup>Art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y art. 7 N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica (1969).

<sup>42</sup>Cfr., Bascañán Rodríguez, ob. cit. (cit. N° 5), p. 17.

<sup>43</sup>De este modo, los delitos contra la propiedad se comprenden “como delitos contras presupuestos instrumentales del libre desarrollo de la personalidad, y por lo tanto orientados a la protección de la posible significación de ese objeto para el plan personal de vida de un individuo”. Bascañán Rodríguez, ob. cit. (cit . N° 9), p. 294.

de su personalidad.<sup>44</sup> Por eso es que su lesión consiste en una disminución patrimonial desde el punto de vista contable.<sup>45</sup>

### ***1.2. El bien jurídico protegido en la usurpación de aguas.***

#### *a) Toma de posición.*

Una vez asumida una perspectiva dualista sobre el bien jurídico protegido en el Título IX, es preciso explicitar cuál es el concreto objeto de protección de las figuras de usurpación de aguas para luego dilucidar a cuál familia de delitos (delitos contra la propiedad o delitos contra el patrimonio) es correcto adscribirlas.

El bien jurídico que se protege en los tipos contemplados en los arts. 459 a 461 del CP es la *continuidad del contenido de poder fáctico*

---

<sup>44</sup>Como se puede apreciar, tanto la propiedad el patrimonio son presupuestos instrumentales del libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, en el caso de la propiedad, el reconocimiento de la relevancia instrumental se abre a la subjetividad del individuo, mientras que en el caso del patrimonio, la protección penal se dispensa bajo una estandarización de su relevancia instrumental, que se expresa en su significación contable. Cfr. Bascuñán Rodríguez, ob. cit., (cit N° 9), p. 294.

<sup>45</sup>Bascuñán, ob. cit., (cit. N° 5), p. 17.

*correlativo al respectivo derecho de aprovechamiento de aguas.*<sup>46</sup>De este modo, las figuras de usurpación de aguas se adscriben a los delitos contra la propiedad y otros derechos de aprovechamiento. En este punto se hace necesaria una precisión terminológica. Para hacer referencia a uno de los extremos de la tesis binaria sobre el bien jurídico protegido en el título IX del libro II, en vez de denominar a la primera clase de delitos contemplados en él simplemente como propiedad, se hace necesario, por exigencias de precisión terminológica, denominarlos “delitos contra derechos absolutos”, “delitos contra derechos reales” o “delitos contra la propiedad y otros derechos reales”. El mínimo común denominador de dichas figuras consiste en que todas ellas se orientan a la protección de la continuidad en el ejercicio del contenido fáctico de poder sobre una cosa que corresponde a un derecho subjetivo.

Justificando la adscripción de las figuras de usurpación a los delitos contra derechos reales o absolutos, cabe señalar que, como es propio de este grupo de delitos, el resultado de lesión del bien jurídico protegido en las

---

<sup>46</sup>En un sentido similar, pero sin mayor desarrollo, Garrido señala que “[e]l bien jurídico protegido por estos delitos no es la propiedad en sí, sino el ejercicio de las facultades que de ese derecho se derivan, o sea el poder *gozar real y libremente del bien inmueble o las aguas*”. Garrido Montt, ob. cit., p 281.

figuras de usurpación de aguas, corresponde a la pérdida o perturbación del ejercicio de algún contenido de poder correlativo a la posición jurídico-formal de titular del derecho protegido, el que en el caso de la usurpación de aguas es el derecho de aprovechamiento de las mismas. A este respecto, lo único que diferencia a dichas figuras de los delitos contra la propiedad en sentido estricto (robo, hurto, daños) es que la posición jurídico-formal de la que emana el contenido de poder fáctico afectado por la acción típica, es la de titular de un derecho de aprovechamiento de aguas y no la de propietario. Dicha diferencia, empero, solo tiene como consecuencia que no se pueda afirmar la identidad entre los delitos de usurpación de aguas y los delitos contra la propiedad en sentido estricto, pero no imposibilita que entre ellos se pueda afirmar, en cambio, una estrecha relación de parentesco que determine que ambas clases de delitos se agrupen bajo el mismo bien jurídico, a saber: la propiedad y otros derechos de aprovechamiento, dada su esencial semejanza estructural. Por lo demás, como es propio de los delitos contra la propiedad y otros derechos de aprovechamiento, en la usurpación de aguas, el objeto de la acción se encuentra especificado por los tipos penales respectivos, los que hacen referencia a las aguas de un modo paralelo a como, por ejemplo, el tipo de hurto (art. 432 CP) hace

referencia a las cosas muebles, o como las figuras de usurpación de los arts. 457 y 458 del CP, en las que se especifica que el objeto de la acción son los bienes inmuebles. De conformidad con lo anterior, la acción típica ha de recaer sobre ese objeto formalmente especificado, esto es, las aguas.

A modo de aclaración, cabe señalar que, más allá de la coincidencia terminológica, calificar a las figuras de usurpación de aguas como delitos que replican la estructura de los delitos contra la propiedad, no implica coincidencia conceptual con la doctrina nacional que afirma que el bien jurídico protegido en dichas figuras es la propiedad, toda vez que dicha afirmación se realiza en el contexto de una tesis monista sobre el bien jurídico protegido en el título IX del Libro II del CP. Por el contrario, en este trabajo, se sostiene la adscripción conceptual de las figuras de usurpación de aguas a los delitos contra la propiedad, en el contexto de una tesis dualista sobre el bien jurídico.

*b) Los derechos de aprovechamiento de aguas. Caracterización y contenido.*

Una vez que se afirmó que el bien jurídico protegido en las figuras de usurpación de aguas es la continuidad del contenido de poder fáctico correlativo al respectivo derecho de aprovechamiento de aguas, es preciso caracterizar dicha titularidad jurídica y, en un ejercicio ulterior, determinar cuál es el contenido de poder fáctico que confiere a su titular.

b.1. La posición jurídico-formal: los derechos de aprovechamiento de aguas y su tipología.

Puesto que las aguas son bienes nacionales de uso público,<sup>47</sup> esto es, bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda y cuyo uso corresponde a todos los habitantes de la nación,<sup>48</sup> no es posible su apropiación directa por parte de los particulares. Debido a ello el legislador establece para su aprovechamiento privado la posibilidad de obtener un derecho real que recae sobre ellas, el que consiste en el uso y goce de las mismas ateniéndose a los requisitos y reglas que establece el CA.<sup>49</sup> Esta titularidad jurídica se denomina derecho real de aprovechamiento de aguas y se puede

---

<sup>47</sup> Art. 5° del CA y art. 595 del CC.

<sup>48</sup> Art. 589 del CC.

<sup>49</sup> Art. 6° inc. 1° del CA.

conceptualizar como una potencia, posibilidad o poder jurídico, entregado a un particular<sup>50</sup> que “[c]onsiste en una expectativa<sup>51</sup> de recibir un volumen de aguas en un obra de captación, sea que provengan estas aguas directamente desde el propio río o cauce natural, o desde otras canalizaciones u obras artificiales de distribución”.<sup>52</sup> El titular del derecho de aprovechamiento, por lo tanto, no es dueño de las aguas sino solo de su derecho a aprovecharlas.<sup>53</sup> Es en ese sentido que la CPR establece que “[l]os derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”<sup>54</sup>

Los derechos de aprovechamiento de aguas, desde esta perspectiva, no son sino la contracara de la declaración estatal consistente en que las

---

<sup>50</sup>Cfr. Vergara Blanco, Alejandro; “Estatuto Jurídico, Tipología y Problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas”, en *Revista de Estudios Públicos* N° 69, Santiago, 1998, p. 159.

<sup>51</sup>Dada la naturaleza variable del recurso. *Vid.*, con referencias, Vergara Blanco, *ibid.*, p. 159, not. marg. N° 6.

<sup>52</sup>Vergara Blanco Alejandro, *Derecho de Aguas*, t. II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 368.

<sup>53</sup>Como señala Vergara, este derecho de aprovechamiento va siendo dotado cada vez más de un estatuto privado, de cierta intangibilidad frente al Estado, que ha hecho decir a algunos que ocupa un lugar intermedio entre propiedad privada y concesión administrativa. Vergara, *ob. cit.*, (cit. N° 50), p. 159.

<sup>54</sup>Art. 19 N° 24 inc. final de la CPR. Segura nos informa que “[l]a corriente dominante en la comisión [de Estudios de la nueva constitución] consideró básico reconocer la propiedad de los derechos en sentido amplio. Se trata de una propiedad plena, no afecta a otra forma de extinción por la autoridad que no sea la expropiación. Se quiso evitar que los particulares puedan ser privados de sus derechos, según el consejero Diez [sic], la única forma de que los particulares inviertan en la infraestructura de riego cuyo costo el Estado no puede asumir, es que éstos tengan la seguridad de que la autoridad no tenga facultades de privarlos de derechos por vía de la caducidad o revocación de la concesión”. Segura, Francisco, *Derecho de aguas*, 4ª edición, LexisNexis, 2006, p. 54.

aguas son bienes nacionales de uso público, declaración de la cual emana la pretensión de que todo uso de las aguas por los particulares deba ser concedido por el Estado a través de una concesión o merced de aguas, de la cual nacen derechos de aprovechamiento de las mismas. Conforme a dicha pretensión no debieran existir usos válidos de las aguas sin previa concesión. Sin embargo, en Chile, la vigencia íntegra de un sistema concesional es sólo teórica, pues un gran porcentaje de los usos de agua legítimos, constitutivos de derechos y reconocidos como tales, se han originado, desde el siglo XIX, en prácticas consuetudinarias, de apropiación privada por ribereños o canalistas, o en especiales reconocimientos prestados por las leyes, de modo tal que quienes obran bajo el amparo de dichas situaciones no tienen título concesional alguno que exhibir.<sup>55</sup> Conforme a lo señalado, cabe distinguir, según su origen, entre derechos de aguas “constituidos” o concesionales (que nacieron de una concesión) y los derechos de aguas “reconocidos” (que nacieron del uso fáctico, de una especial situación, o de su reconocimiento por la legislación).<sup>56</sup>

#### b.1.1. Los derechos constituidos.

---

<sup>55</sup>Vergara Blanco, ob. cit., (cita N° 50), p. 159.

<sup>56</sup>Vergara Blanco, *ibid.*, p. 167.



Los derechos de aprovechamiento de aguas “constituidos” o concesionales son aquellos que han surgido de una concesión, de un “acto de autoridad”;<sup>57</sup> o sea, aquellos usos que han sido autorizados en virtud de un acto constitutivo de la administración: son derechos surgidos de una concesión de aguas (o “merced” de aguas, en la antigua terminología).<sup>58</sup> Ese acto de autoridad, que constituye originariamente el derecho, está precedido por una solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas<sup>59</sup> y

---

<sup>57</sup>Art 20 inc. 1º del CA: “El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción”.

<sup>58</sup>Vergara Blanco, ob. cit. (cita N° 50), p. 168.

<sup>59</sup>Art. 140 del CA. La solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento deberá contener:

1. El nombre y demás antecedentes para individualizar al solicitante. El nombre del álveo de las aguas que se necesita aprovechar, su naturaleza, esto es, si son superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas, y la provincia en que estén ubicadas o que recorren.

Tratándose de aguas subterráneas, se precisará la comuna en que se ubicará la captación y el área de protección que se solicita;

2. La cantidad de agua que se necesita extraer, expresada en medidas métricas y de tiempo. Tratándose de aguas subterráneas, deberá indicarse el caudal máximo que se necesita extraer en un instante dado, expresado en medidas métricas y de tiempo, y el volumen total anual que se desea extraer desde el acuífero, expresado en metros cúbicos;

3. El o los puntos donde se desea captar el agua.

Si la captación se efectúa mediante un embalse o barrera ubicado en el álveo, se entenderá por punto de captación aquél que corresponda a la intersección del nivel de aguas máximas de dicha obra con la corriente natural.

En el caso de los derechos no consuntivos, se indicará, además, el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre la captación y la restitución;

4. El modo de extraer las aguas;

5. La naturaleza del derecho que se solicita, esto es, si es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas, y

6. En el caso que se solicite, en una o más presentaciones, un volumen de agua superior a las cantidades indicadas en los incisos finales de los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5, el solicitante deberá acompañar una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará. Para estos efectos, la Dirección General de Aguas dispondrá de formularios que contengan los antecedentes necesarios para el cumplimiento de esta obligación. Dicha memoria se presentará como una declaración jurada sobre la veracidad de los antecedentes que en ella se incorporen.

de un procedimiento establecido al efecto.<sup>60</sup> Dicho acto se materializa en una resolución del Director General de Aguas que formalmente constituye el derecho y que debe reducirse a escritura pública<sup>61</sup> e inscribirse.<sup>62</sup> Empero, la condición necesaria y suficiente para la existencia de un derecho constituido es la resolución respectiva.<sup>63</sup> La inscripción (así como su presupuesto: la reducción a escritura pública de la resolución) no es un requisito de existencia del derecho sino que, para algunos, sirve a la constitución de la posesión y a la mantención de la historia de la propiedad sobre el derecho,<sup>64</sup> mientras que, para otros, sólo cumple un rol de certeza

---

<sup>60</sup>Dicho procedimiento tiene como punto inicial la solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento (art. 140 del CA), la que debe publicarse dentro de los 30 días contados desde la fecha de su presentación (art. 141 inc. 1° del CA). Los que se crean perjudicados por la solicitud y la junta de vigilancia, podrán oponerse dentro del plazo de 30 días desde la publicación de la solicitud (art. 141 inc. 2° y art. 132 del CA). Si no se presentaren oposiciones dentro de plazo, se constituirá el derecho mediante resolución de la Dirección General de Aguas, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente. En caso contrario, denegará la solicitud (art. 141 inc. final del CA). Si dentro de 6 meses contados desde la presentación de la solicitud, se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere recursos suficientes, la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos, remate que se encuentra regulado en los art. 142 a 147, todos del CA.

<sup>61</sup> Art. 150 inc. 1° del CA.

<sup>62</sup> Arts. 150 inc. 1° y 114 N° 14 del CA.

<sup>63</sup> En efecto, el art. 149 del CA entroniza dicha idea al referir al “acto administrativo en cuya virtud se *constituye* el derecho [...]”. Asimismo, el art. 150 refuerza el concepto al referir a “[l]a resolución que *otorgue* el derecho [...]”. En ese sentido, Segura señala que la inscripción “no es requisito de la adquisición del derecho de aprovechamiento de aguas y tampoco es un acto de constitución del derecho. En efecto, [...] el derecho se origina en el acto de autoridad, queda constituido cuando el acto se dicta”. Segura, ob. cit., p. 128.

<sup>64</sup> Segura, ob. cit., p. 130. Este autor considera a la exigencia de primera inscripción como una decisión de técnica jurídica deficiente por crear una situación absurda, al dar pie a la existencia de un titular del derecho con plenas facultades sobre el mismo, pero que no es poseedor por no haber inscrito, razón por la cual, además, no podrá transferir su derecho, pues para hacer la tradición debe inscribirlo y es evidente que el adquirente le pedirá la primera inscripción para proceder a la siguiente inscripción con carácter de tradición. En razón de ello, Segura señala que, aceptada la fórmula seguida por el Código de inscripción constitutiva de posesión, hubiera sido preferible imitar la solución del Código de Minería, que estableció

jurídica, sirviendo de garantía y prueba de la posesión.<sup>65</sup> De este modo, en este momento, la inscripción no es obligatoria en general y es posible que existan derechos constituidos que no estén inscritos, pues la ley, si bien es imperativa, no establece sanción para su incumplimiento.<sup>66</sup>

La resolución del Director General de Aguas que otorga el derecho de aprovechamiento debe señalar: a) El nombre del adquirente;<sup>67</sup> b) El nombre del álveo o individualización de la comuna en que se encuentre la captación de las aguas subterráneas que se necesita aprovechar y el área de protección;<sup>68</sup> c) La cantidad de agua que se autoriza extraer, expresada en volumen por unidad de tiempo;<sup>69</sup> d) El o los puntos precisos donde se captará el agua y el modo de extraerla;<sup>70</sup> e) El desnivel y puntos de restitución de las aguas si se trata de usos no consuntivos;<sup>71</sup> f) Si el derecho

---

la inscripción de la sentencia que crea la concesión minera como obligación del concesionario, so pena de caducidad del derecho. A su parecer, tal solución sirve mejor al sistema, pues evita que por negligencia los derechos no resulten inscritos. Segura, ob. cit., p. 130.

<sup>65</sup>Cfr. Vergara Blanco, ob. cit., (cit. N° 50), p. 171.

<sup>66</sup>*Id.*

<sup>67</sup>Art. 149 N° 1 del CA.

<sup>68</sup>Art. 149 N° 2 del CA.

<sup>69</sup>Art. 149 N° 3 del CA, en relación con el art. 7° del mismo cuerpo normativo. Esto debe entenderse sin perjuicio de la autorización contenida en el art. 286 del CA, consistente en que las juntas de vigilancia distribuyan las aguas dividiendo el caudal en acciones. Ni tampoco altera esta exigencia legal la posibilidad de que los comuneros de aguas se distribuyan las aguas por partes alícuotas o turnos (arts. 17 y 241 N° 5 del CA). Vergara, ob. cit., (cit N° 50), p. 169.

<sup>70</sup>Art. 149 N° 4 del CA.

<sup>71</sup>Art. 149 N° 5 del CA.

es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas,<sup>72</sup> y g) Otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial del respectivo derecho y las modalidades que lo afecten, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros.<sup>73</sup> Estas exigencias, empero, sólo se predicen a cabalidad respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos después de la entrada en vigencia del CA (1981). Los derechos de aprovechamiento de aguas nacidos a partir de mercedes (concesiones) otorgadas por autoridad competente antes de 1981, que subsisten plenamente,<sup>74</sup> normalmente no contienen en sus títulos toda la información que se exige a los títulos nuevos.<sup>75</sup>

#### b.1.2. Los derechos reconocidos.

A partir de distintas y especiales situaciones de hecho, la legislación otorga su “reconocimiento” como derechos a determinados usos de agua, ya sea que tales usos se estén produciendo tradicionalmente, o ya sea

---

<sup>72</sup>Art. 149 N° 6 del CA.

<sup>73</sup>Art. 149 N° 7 del CA.

<sup>74</sup>Art. 310 del CA.

<sup>75</sup>Vergara Blanco, *ibid.*, p. 172.

autorizándolos. Trátanse de situaciones de hecho, respecto de las cuales normalmente no existe (y no es necesario) un acto de autoridad. Tales derechos tienen existencia a partir del reconocimiento contenido en la ley. Son derechos de aguas reconocidos: los usos consuetudinarios (a), los usos mínimos o limitados (b); y, en fin, ciertos derechos antiguos que reconoce la legislación vigente (c).<sup>76</sup> Hoy, jurídicamente, estos derechos reconocidos tienen una protección idéntica a la de los derechos constituidos o concesionales, en virtud de la dictación de la Constitución de 1980, que los ha puesto en un pie de igualdad con los demás derechos de aguas concesionales, dándoles la misma protección. No importa el origen de los derechos de aguas, pues hoy en día tienen la misma protección, el mismo lugar ante el derecho.<sup>77</sup>

#### b.1.2.1.- Los usos consuetudinarios

Pieza clave y origen del reconocimiento de derechos consuetudinarios es el art. 7 del DL N° 2.603 de 1979,<sup>78</sup> que dispone que:

---

<sup>76</sup>*Id.*

<sup>77</sup>Vergara Blanco, *ibid.*, p. 168.

<sup>78</sup>El objetivo del texto legal, según sus considerandos, fue “iniciar el proceso de normalización de todo cuanto se relaciona con las aguas y sus diferentes formas de aprovechamiento”.

“Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua”.

En opinión de algunos, la norma transcrita establece una presunción de derecho, dado que el precepto busca terminar con la situación de incertidumbre que se produjo con la reforma agraria, objetivo que sólo puede cumplirse en la medida que la situación que se crea para regularizar no permita nuevas discusiones.<sup>79</sup> Para otros, en tanto, sólo se trata de una presunción simplemente legal, cuyo objetivo directo es permitir la protección de estos usos sobre las aguas frente a turbaciones posesorias por los medios que establece el nuevo sistema, en especial el art. 181.<sup>80</sup>

#### b.1.2.2.- Los usos mínimos reconocidos por la ley

---

<sup>79</sup>Dougnac Rodríguez, Fernando, “La ley como modo de adquirir el dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas”, ponencia en la II Convención de Regantes de Chile, 1989, cit. por Segura, ob. cit., p. 56.

<sup>80</sup>Agurto Tapia, Patricio, “Los derechos de aprovechamiento de aguas no inscribibles”, en *GJ* N° 99, año 1988, p. 4.

Se trata de usos que la ley permite, confiriéndoles la calidad de derechos de aprovechamiento, sin necesidad de especial autorización o concesión. Estos son:

- El derecho de aprovechamiento de aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad,<sup>81</sup> que se le reconoce al propietario de ella. (art. 20 del CA).
- El derecho de aprovechamiento de las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia del CA. “La propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas”.<sup>82</sup>
- El derecho de aprovechamiento de las aguas de pozos ubicados en suelo propio para prodigarse bebida y para otros usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún

---

<sup>81</sup>El inc. final del art. 20 del CA establece que “[s]e entiende que mueren dentro de la misma heredad las vertientes o corrientes que permanentemente se extinguen dentro de aquélla sin confundirse con otras aguas, a menos que caigan al mar”.

<sup>82</sup>Art. 20 inc. 2º del CA.

otro pozo, pero si de ello no reportare utilidad alguna o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos.<sup>83</sup>

- El derecho de aprovechamiento de los dueños de pertenencias mineras de las aguas que, dentro de ellas, sean halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación.<sup>84</sup>
- El uso de las aguas pluviales que caen o se recogen en un predio de propiedad particular que corresponde al dueño de éste, mientras corran dentro de su predio o no caigan a cauces naturales de uso público.

#### b.1.2.3.- Otros usos y derechos antiguos reconocidos por la ley

- Aquellos reconocidos por sentencia ejecutoriada a la fecha de promulgación del CA (1981).<sup>85</sup>
- Aquellos derechos que emanaren de usos de ribereños en cauces naturales, a los cuales la ley se los otorgó de pleno derecho, o que

---

<sup>83</sup> Art. 56 inc. 1° del CA.

<sup>84</sup> Art. 56 inc. 2° del CA, en relación con el art. 8 inc. final de la Ley 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, y el art. 110 del Código de Minería.

<sup>85</sup> Art. 310 inc. 1° del CA.



hubiesen obtenido por prescripción tales derechos, siempre que estén en “actual” uso y ejercicio.<sup>86</sup>

- Aquellos que ejercen quienes construyeron, durante la vigencia del art. 944 del CC, un ingenio o molino, o una obra cualquiera para aprovechar unas aguas, en las condiciones que fijaba tal norma.<sup>87</sup>
- Aquellos derechos adquiridos por prescripción.<sup>88</sup>
- Aquellos adquiridos por el solo ministerio de la ley, por aplicación de las leyes N° 15.020 ó 16.640, de 1967.<sup>89</sup>
- Aquellos reconocidos a favor de las comunidades agrícolas por el art. 54 bis del DFL N° 5, de 1968 (agregado por la Ley 19.233, de 1993), respecto de sobrantes en aguas corrientes.
- Aquellos reconocidos a favor de las comunidades indígenas por el artículo 64 de la Ley N° 19.253, de 1993, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas.

El corolario de lo señalado en este acápite es que el contenido de poder fáctico correlativo a otras facultades sobre las aguas, distintas de los

---

<sup>86</sup>Art. 310 N° 2 del CA y 834 y 836 del CC.

<sup>87</sup>Art. 310 N° 2 del CA.

<sup>88</sup>Art. 310 N° 3 del CA.

<sup>89</sup>Art. 5° transitorio del CA.

derechos de aprovechamiento de aguas, cuya taxonomía se desplegó aquí, no es objeto de protección penal a título de los delitos de usurpación de aguas. Así las cosas, el ejercicio del uso de derrames no está penalmente garantizada, toda vez que los derrames no son propiamente “derechos”, sino meras expectativas y sobre ellos no se puede constituir un derecho de aprovechamiento. En efecto, el art. 43 del CA define a los derrames como “las aguas que quedan abandonadas después de su uso, a la salida del predio”. El art. 44 del mismo cuerpo legal, en tanto, establece una facultad de uso sobre ellos al señalar que “[l]os derrames que escurren en forma natural a los predios vecinos podrán ser usados dentro de éstos, sin necesidad de obtener un derecho de aprovechamiento”. El art. 45 del CA, a su vez, establece que “la producción de derrames estará sujeta a las contingencias del caudal matriz y a la distribución o empleo que de las aguas se haga en el predio que los origina, por lo cual no es obligatoria ni permanente”. El art. 46, finalmente, prescribe que [l]a existencia de un título respecto al uso de derrames, no importa limitación de una mejor forma de utilización de las aguas por el titular del derecho de aprovechamiento, salvo convención en contrario”.

Pues bien, tomando en cuenta lo señalado y lo prescrito en los arts. 20 inc. 1º, 22 y 141 inc. 3º del CA, que señalan, que “[e]l derecho de aprovechamiento se constituye por acto de autoridad”<sup>90</sup> “sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso”,<sup>91</sup> “siempre que exista disponibilidad del recurso”,<sup>92</sup> cabe concluir que no se puede constituir derechos de aprovechamiento sobre derrames, toda vez que éstas aguas no están “disponibles” y no son parte de “fuentes naturales” ni de “obras de desarrollo del recurso”.<sup>93</sup>

b.2. El contenido fáctico de poder correlativo al derecho de aprovechamiento de aguas.

El art. 6 del CA define al derecho de aprovechamiento de aguas como el derecho real que recae sobre las aguas y que consiste en el uso y goce de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el CA. De la mera lectura de dicha definición se constata que el poderío que

---

<sup>90</sup> Art. 20 inc. 1º del CA.

<sup>91</sup> Art. 22 del CA.

<sup>92</sup> Art. 143 inc. 3º del CA.

<sup>93</sup> Cfr., Vergara, ob. cit., (cita N° 52), pp. 464 y ss., con referencias a dictámenes de la Contraloría General de la República. *Vid.*, también Aylwin Azócar, Tomás, “Posibilidad jurídica de las empresas de servicios sanitarios de usar, gozar y disponer de las aguas servidas evacuadas en sus redes de alcantarillado”, en *RDA*, vol. 6, 1995, pp. 161-166.

confiere el derecho de aprovechamiento de aguas a su titular es más limitado que el que otorga el derecho de propiedad. En efecto, mientras de conformidad al art. 582 del CC el dominio otorga las facultades de usar,<sup>94</sup> gozar y disponer de la cosa corporal objeto del derecho, el derecho de aprovechamiento de aguas, en tanto, sólo otorga las facultades de usar y gozar de las aguas. La exclusión de la facultad de disposición jurídica sobre las aguas como parte del contenido del derecho real de aprovechamiento se explica por el carácter de bien nacional de uso público<sup>95</sup> que le confieren a las aguas tanto el art. 595 del CC como el art. 5° del CA, razón por la cual, de conformidad al art. 589 del CC, se trata de un bien cuyo dominio pertenece a la nación. Cabe consignar que, aunque no se señale explícitamente por el legislador, los derechos de aprovechamiento consuntivos otorgan a su titular la facultad de abusar o disponer materialmente de las mismas, lo que no es sino el corolario de considerar que las aguas son bienes consumibles, esto es, bienes que se extinguen a su primer uso.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup>Facultad o atributo del dominio que si bien es cierto no se menciona expresamente en el art. 582, se ha entendido por la doctrina que se menciona implícitamente, en el entendimiento del legislador al encontrarse contenida en el goce. Alessandri, Arturo / Somarriva, Manuel / Vodanovic, Antonio, Tratado de los derechos reales. Bienes. T. I, 6ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 52.

<sup>95</sup>Vid *supra* 1.2., b.1.

<sup>96</sup>Vid *infra* 2.1. del presente cap.

Ahora bien, para precisar el contenido de poder fáctico que otorgan los derechos de aprovechamiento de aguas, es necesario clasificarlos en torno a su consumibilidad, a su permanencia y a la continuidad u oportunidad de su ejercicio. En ese sentido, y respectivamente, se distingue entre derechos de aprovechamiento consuntivos y no consuntivos, entre derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente y de ejercicio eventual, y entre derechos de ejercicio continuo, de ejercicio discontinuo y de ejercicio alternado.

Derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad.<sup>97</sup> Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho.<sup>98</sup>

Derechos de ejercicio permanentes son los que se otorgan con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas, en conformidad a lo

---

<sup>97</sup>Art. 13 del CA.

<sup>98</sup>Art. 14 inc. 1° del CA.

dispuesto en el CA, así como a los que tuvieron esa calidad con anterioridad a su promulgación. Los demás derechos son de ejercicio eventual.<sup>99</sup> Los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanentes facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alícuotas.<sup>100</sup> Los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, en tanto, sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente. Las aguas lacustres o embalsadas no son objeto de derechos de ejercicio eventual. El ejercicio de los derechos eventuales queda subordinado al ejercicio preferente de los derechos de la misma naturaleza otorgados con anterioridad.<sup>101 - 102</sup>

En fin, los derechos de ejercicio continuo son aquellos que permiten usar el agua de forma ininterrumpida durante las 24 horas del día, los derechos de ejercicio discontinuo, en tanto, sólo permiten usar el agua

---

<sup>99</sup>Art. 16 del CA.

<sup>100</sup>Art. 17 del CA.

<sup>101</sup>Art. 18 del CA.

<sup>102</sup>Vergara nos informa que la distinción entre derechos de ejercicio permanente y de ejercicio eventual nació en Chile en el contexto de una gran sequía que se suscitó en los años 1870 y 1871. Vergara Blanco, ob. cit., (cita N° 50), p. 184.

durante determinados períodos, mientras que en virtud de los derechos de ejercicio alternado el agua se distribuye entre dos o más personas que se turnan sucesivamente.<sup>103</sup>

De conformidad con lo anterior, el poderío más amplio sobre el objeto del derecho lo otorgan los derechos de aprovechamiento consuntivos y de ejercicio permanente y continuo.

*c) No puede haber conducta típica sobre aguas respecto de las cuales no se ha constituido derechos de aprovechamiento.*

Solo las aguas respecto de las cuales existen derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos, son susceptibles de ser usurpadas en términos de los artículos 459 a 461 del CP. En efecto, conforme a los presupuestos sentados, al ser los delitos de usurpación de aguas delitos contra la propiedad, se requiere que el contenido de poder fáctico tenga su fuente en un derecho subjetivo, en este caso, un derecho de aprovechamiento de aguas, y no existiendo aquel, tampoco existe el

---

<sup>103</sup>Art. 19 del CA.

contenido fáctico de poder cuya obstaculización constituye la afectación al bien jurídico protegido.

## 2. OBJETO DE ATAQUE. LAS AGUAS

### 2.1. Naturaleza jurídica<sup>104</sup> y caracterización de las aguas

El agua, en cuanto tiene un ser real y puede ser percibida por los sentidos,<sup>105</sup> es un bien corporal. El CC divide a las cosas corporales en muebles e inmuebles.<sup>106</sup> Son bienes muebles, por naturaleza, aquellos que pueden transportarse de un lugar a otro.<sup>107</sup> Bienes inmuebles, en tanto, son aquellos que no pueden transportarse de un lugar a otro y aquellos que adhieren permanentemente a ellos.<sup>108</sup> Además, la ley reputa inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, a las cosas que están permanentemente

---

<sup>104</sup>Vid., Parada Barrera, Guillermo, *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas*. Editorial Jurídica La Ley, Santiago, 2000, en especial, pp. 59 a 67.

<sup>105</sup>El inc. 2° del art. 565 del CC señala que cosas corporales “son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.”

<sup>106</sup> Art. 566 del CC.

<sup>107</sup> Art. 567 del CC. “*Muebles* son las [cosas corporales] que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”.

<sup>108</sup> Art. 568 del CC. “*Inmuebles o fincas o bienes raíces* son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas...”.



destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble.<sup>109</sup> Las aguas, en cuanto pueden transportarse de un lugar a otro, son indudablemente muebles por naturaleza,<sup>110</sup> tal como lo señala el art. 4° del CA.<sup>111</sup> Cabe preguntarse, eso sí, si las aguas pueden reputarse inmuebles por destinación, tal como lo hace la misma disposición, cuando están destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.<sup>112</sup> Al respecto, cabe señalar que la doctrina de derecho de aguas cuestiona la corrección de la decisión legislativa adoptada en la disposición referida al afirmar que, para que un bien mueble pueda ser reputado como inmueble por destinación, en términos del art. 567 del CC, debe ser destinado *permanentemente*<sup>113</sup> al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, permanencia que sólo se puede predicar respecto de bienes que no se destruyen ni desaparecen por el uso normal o

---

<sup>109</sup>Art. 570 del CC. “Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza lo sean, a las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento...”

<sup>110</sup>A este respecto se ha señalado que “[e]n la doctrina extranjera puede observarse una firme opinión en el sentido que las aguas no podrían tener otro carácter que el de bienes muebles dada su especial naturaleza”. Segura, ob. cit., p. 41, quien al respecto cita a Valente, Ghino, “Le regime economiche de un nuovo regime delle acque”, cit. por Spota, Alberto, *Tratado de derecho de aguas*, Librería y Casa Editora Jesús Méndez, t. I, p. 60, 1941.

<sup>111</sup>Art. 4° del CA, primera parte. “Atendida su naturaleza, las aguas son muebles...”

<sup>112</sup>Art. 4° del CA, segunda parte. “...pero destinadas [las aguas, que son muebles por naturaleza] al uso cultivo o beneficio de un inmueble, se reputan inmuebles”.

<sup>113</sup>Peñailillo destaca el carácter de permanencia del destino y proporciona al respecto referencias jurisprudenciales, Peñailillo, Daniel, *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 26.

habitual a que se destinan,<sup>114</sup> no siendo ese el caso del agua, ya que una vez que se destina, se consume, desaparece, por lo que resultaría contrario a la realidad sostener que el agua que se consume en beneficio de un predio pueda ser inmueble, si desaparece por dicho cultivo.<sup>115</sup>

En razón de lo anteriormente señalado y considerando la autonomía valorativa del derecho penal, en virtud de la cual el intérprete penal no se ve constreñido a las definiciones provenientes de otras ramas del ordenamiento jurídico,<sup>116</sup> cabe afirmar enfáticamente que, para efectos penales, todas las aguas son muebles.<sup>117</sup> De ello no se sigue, empero, que de no existir las

---

<sup>114</sup>Agurto Tapia, Patricio, “Comentarios a Proyecto de Ley sobre Inscripciones de Derechos de Aguas (artículo 118 del Código de Aguas), *RDA*, vol. 6 año 1995, p. 215.

<sup>115</sup>Segura, ob. cit., pp. 41 y 42. Ejemplificando, en el mismo sentido, Agurto Tapia señala que “[e]l agricultor no puede incluir en el contrato de compraventa del predio como ‘inmuebles por destinación’, las aguas con que ha regado su bien raíz porque no están, al haber desaparecido por su utilización en el riego del fundo” y que “[e]n el caso de los predios agrícolas, no pueden ser ‘inmuebles por destinación’ las aguas que desaparecieron por su aplicación al riego y bebida. Las que están por extraerse de la fuente, aún no se destinan a aplicar al uso, cultivo o beneficio del predio, pues cuando se utilicen en ese fin también desaparecerán, siendo reemplazadas por otras distintas de las anteriores y así sucesivamente”. Agurto Tapia, *ibid.*, p. 215.

<sup>116</sup>Modernamente, se reconoce que el Derecho penal posee la capacidad de conferir a los conceptos jurídicos un contenido propio, diverso de aquel que tienen en su ámbito de origen, en función de los fines del Derecho penal. Luego, la determinación del contenido de los conceptos en el Derecho penal se hará a partir de esos fines. Aun así, aunque la designación de un concepto bajo un término idéntico al usado en otra área del derecho pueda, eventualmente, significar coincidencia en el contenido, dicha identidad terminológica de modo alguno resultará vinculante en el ámbito conceptual. Cfr. Croxatto Duque, Marcelo, *Relaciones del derecho penal con el derecho civil*, Ed. Universitaria, Santiago, 1962, pp. 52 y ss. También, Cabrera/Contreras, ob. cit., p. 9.

<sup>117</sup>En la doctrina nacional el único autor que afirma el carácter mueble de las aguas para efectos penales, es Etcheberry, ob. cit., p. 374 y *El Derecho Penal en la jurisprudencia*, t. V, Parte Especial, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, pp. 11 y 12. Guzmán Dálbora, en tanto, en el sentido totalmente opuesto y reproduciendo la disposición del art. 4 del CA, replica en sede penal la dualidad mueble/inmueble, que esa disposición le confiere al agua cuando señala que “el agua admite una doble consideración jurídica

disposiciones de los arts. 459 y ss. del CP, las conductas que en ellas se describen, pudieran ser calificadas a título de hurto o robo. De este modo, la tipificación de dichas conductas bajo la rúbrica de la usurpación no es una mera alteración de la regla general en virtud de la cual los bienes muebles se someten al régimen de los delitos de apropiación (hurto/robo), sino que una forma de poder captar típicamente determinadas conductas que recaen sobre las aguas y que no son susceptibles de ser calificadas como hurto o robo, dada las especiales características de dicho bien.

En efecto, no basta que un bien sea una cosa corporal<sup>118</sup> mueble para que pueda ser el objeto de ataque de los delitos de hurto o robo, dado que a su respecto debe poder afirmarse, además, su corporeidad y su ajenidad. Estas dos características son difíciles de constatar en el caso del agua. Así, aun cuando el agua es un bien corporal, su corporeidad o tangibilidad, empero, normalmente no puede afirmarse, en cuanto comúnmente el agua

---

sobremanera relevante para entender el delito que consiste en usurparla: por una parte, es mueble, ya que puede ser transportada de un lugar a otro, sin embargo, adscrita a la tierra y al servicio de ésta, se la considera inmueble, razón por la cual el delito de usurpación atañe exclusivamente y en todas sus modalidades típicas al agua como inmueble”. Guzmán Dálbora, ob. cit., p. 68.

<sup>118</sup>La corporalidad de la cosa, a diferencia de la exigencia de su carácter mueble, “no es un requisito exigido expresamente por el texto legal, sino por la identificación del bien jurídico protegido: el derecho de dominio en sentido estricto es un derecho real que sólo se tiene sobre cosas corporales (art. 582 [del CC]). Bascuñán, “Delitos contra la propiedad (2): delitos de expropiación con apropiación correlativa. Primera parte: El sistema de los Delitos de Apropiación”, p. 12.

se encuentra en un estado tal que no tiene una delimitación espacial que haga posible su detentación. En consecuencia, sólo podrá afirmarse la corporeidad del agua cuando se encuentre envasada o depositada de modo tal que pueda ser objeto de detentación y sólo en ese supuesto podría ser objeto de hurto o robo.<sup>119</sup> En este sentido Garrido<sup>120</sup> afirma que “el agua [...] no puede ser hurtada, salvo que se encuentre en envase o depósitos”<sup>121</sup> agregando que “[e]n el ordenamiento jurídico nacional esto es más evidente, porque es la ley la que ha dispuesto que la sustracción de este elemento configura el delito de usurpación”.<sup>122</sup> De otro lado, el carácter de ajenidad del agua tampoco puede sostenerse, toda vez que dicha exigencia respecto de la cosa susceptible de ser objeto de ataque a título de hurto o robo, significa que no es punible a dicho título la apropiación de cosa de todos<sup>123</sup> y esa es justamente la situación del agua en cuanto, tanto el art. 595

---

<sup>119</sup>Como lo señala Bascuñán “[n]o es que sea determinante el estado de agregación de la materia, es decir, que sólo sean apropiables los sólidos y no los líquidos o gases. El estado es irrelevante, con tal que la substancia de la cosa tenga una delimitación espacial que haga posible la detentación.” Bascuñán, “Delitos contra la propiedad (2): delitos de expropiación con apropiación correlativa. Primera parte: El sistema de los Delitos de Apropiación,” p. 12.

<sup>120</sup>Garrido Montt, *op cit.*, pp. 162 y 163.

<sup>121</sup>En el mismo sentido señala Etcheberry que las aguas pueden ser objeto de los delitos de hurto y robo, cuando se trata de agua separada del cauce y encerrada, v. gr., en una cañería o recipiente (botellas, baldes, etc.). Etcheberry, *ob. cit.*, p. 374.

<sup>122</sup>A su turno, Politoff/Matus/Ramírez señalan que “[l]os fluidos en general [...] no se consideran “cosas” para efectos del hurto”. Politoff *et al*, *ob. cit.*, p. 303. Este argumento debe ser corregido: el agua es un bien corporal, sin embargo, no está dotado de corporeidad.

<sup>123</sup>Cfr., Bascuñán Rodríguez, Antonio, *Delitos contra la propiedad (2): delitos de expropiación con apropiación correlativa. Primera parte: El sistema de los Delitos de Apropiación* (materiales de clases), p. 14.

del CC como el art. 5° del CA, le confieren el carácter de bien nacional de uso público, razón por la cual, de conformidad al art. 589 del CC, se trata de un bien cuyo dominio pertenece a la nación toda. Es en este sentido que Politoff/Matus/Ramírez señalan que “[l]o que justifica el tratamiento en un tipo autónomo de la usurpación de aguas es su particular regulación constitucional, que las declara bienes de dominio público<sup>124</sup> y sobre los cuales sólo pueden existir derechos de aprovechamiento y no propiedad, no pudiéndose a su respecto configurar el requisito de ser ‘cosa mueble ajena’, en el sentido de los arts. 432 ss. CP.”<sup>125</sup>

Es por estas razones que no concordamos con Etcheberry cuando, después de constatar correctamente que “[l]as aguas son, penalmente, muebles y no inmuebles”, deriva de dicha aseveración la conclusión consistente en que las aguas “[e]n principio deberían estar sometidas al régimen penal de los muebles, y ser objeto de los delitos de hurto y robo”<sup>126</sup>, toda vez que –como señaló– tanto la corporeidad como la ajenidad no son atributos que puedan predicarse del agua. Es la carencia de dichos

---

<sup>124</sup>En este punto los autores incurren en una inexactitud, toda vez que no es la CPR la que les confiere a las aguas el carácter de bienes de dominio público, sino la ley.

<sup>125</sup>Politoff *et al.*, ob. cit., p. 408.

<sup>126</sup>Etcheberry, ob. cit., p. 374.

atributos y no el carácter inmueble que erróneamente algunos le atribuyen al agua, lo que justifica la necesidad de contar con figuras especiales distintas a las clásicas figuras de apropiación.

De otro lado, el agua es un bien objetivamente<sup>127</sup> consumible ya que se destruye naturalmente, específicamente desaparece, por el primer uso.<sup>128</sup> Puede ocurrir, empero, que el agua sea subjetivamente no consumible cuando, atendido el destino de quien ostenta una titularidad jurídica sobre ellas, se usen mas no se destruyan. Ejemplo de agua no consumible subjetivamente<sup>129</sup> podría ser el agua utilizada para el funcionamiento de centrales hidroeléctricas de pasada. Dicha caracterización dual (agua como bien objetivamente consumible pero subjetivamente no consumible en ocasiones) corre pareja a la clasificación de los derechos de aprovechamiento como consuntivos y como no consuntivos.

---

<sup>127</sup>Esto es, atendiendo a su destino natural. Cfr., Peñailillo, ob. cit., p. 31.

<sup>128</sup>Peñailillo señala que “[s]on objetivamente consumibles los bienes que por sus propias características, se destruyen ya natural, ya civilmente, por el primer uso. Se destruyen naturalmente si desaparecen físicamente o sufren una alteración substancial; se destruyen civilmente (jurídicamente) si el uso implica enajenación del bien. Peñailillo, op. cit., p. 31. Vid. también, Kiverstein, Abraham, *Síntesis del derecho civil: de los objetos del derecho (bienes)*, 3a. ed. corr. y actualizada, Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley, 1993. pp. 21 y 22; Rozas Vial, Fernando, *Derecho civil, Los bienes*, Forense, Santiago, 1984. pp. 64 y ss.

<sup>129</sup>“Son subjetivamente no consumibles los bienes que, atendido el destino que tienen para su actual titular, su primer uso no importa [destruirlos o] enajenarlos”. Peñailillo, *ibid.*, p. 31.

Finalmente, las aguas, al menos las del mismo cauce, normalmente son fungibles, esto es, presentan entre sí una igualdad de hecho que las hace considerarlas como del mismo poder liberatorio por pertenecer al mismo género y encontrarse en el mismo estado.<sup>130</sup>

En suma, puede sostenerse que el agua es siempre una cosa corporal, mueble (para efectos penales), comúnmente incorpórea (intangible), objetivamente consumible y normalmente fungible.

## ***2.2. Las aguas que pueden ser objeto de ataque en la usurpación de aguas***

Dado que el bien jurídico protegido en los delitos de usurpación de aguas es la continuidad del contenido de poder fáctico correlativo al respectivo derecho de aprovechamiento de aguas,<sup>131</sup> es necesario precisar qué aguas pueden ser objeto de tales derechos y, por lo tanto, de los ataques típicos. En ese sentido, el art. 1° del CA señala que las aguas se dividen en marítimas y terrestres. El artículo 2° del mismo cuerpo normativo, en tanto, señala que las aguas terrestres son superficiales o subterráneas. Aguas

---

<sup>130</sup>Respecto a la fungibilidad objetiva. Peñailillo, *ibid.*, p. 33.

<sup>131</sup>*Vid.*, *supra*, 1.2. a) del Cap. Primero.

superficiales son aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre.<sup>132</sup> Aguas subterráneas, en tanto, son las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas.<sup>133</sup>

Teniendo en consideración las distinciones referidas, cabe señalar que:

a) Las aguas a que hacen referencia los artículos 459 a 461 del CP son sólo las aguas terrestres, dado que sólo sobre ellas se pueden constituir derechos de aprovechamiento. En efecto, el artículo 1° del CA, luego de distinguir entre aguas marítimas y terrestres, señala que las disposiciones del Código sólo se aplican a estas últimas, razón por la cual el régimen de derechos de aprovechamiento de aguas sólo es aplicable a las aguas terrestres. Esa es la razón por la que los delitos de los arts. 459 a 461 del CP sólo pueden entenderse como referidos a aguas terrestres, dado que su presupuesto de aplicación es la existencia de derechos constituidos sobre las aguas en las que recae la conducta típica. Yerra en este punto Guzmán Dálbora cuando, buscando la razón de la exclusión de las aguas marítimas como objeto de

---

<sup>132</sup>Art, 2° inc. 2° del CA.

<sup>133</sup>Art, 2° inc. final del CA.



ataque de los delitos de usurpación de aguas, señala que “las aguas de que aquí se trata son las aptas para el consumo humano o animal, o para labores de regadío, por tanto, sólo las aguas terrestres, superficiales o subterráneas.”<sup>134</sup> El error radica en que no es la aptitud para el consumo humano o animal lo que determina la inidoneidad de las aguas marítimas como objeto de ataque en los delitos de usurpación de aguas, sino la circunstancia de que sobre ella no se pueden constituir derechos de aprovechamiento.

b) Las aguas terrestres objeto de los delitos de los artículos 459 a 461 del CP pueden ser tanto superficiales (en sus dos vertientes, esto es, corrientes o detenidas) o subterráneas, toda vez que sobre ambas clases de aguas se puede constituir derechos de aprovechamiento.

El TC tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tópico en análisis en el contexto del conocimiento de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 459 N° 1 CP, resolviendo en el sentido que aquí propugnamos. La acción de inaplicabilidad se interpuso en el contexto

---

<sup>134</sup>Guzmán Dálbora, ob. cit., p. 69.

de un procedimiento judicial en el que imputado fue condenado como autor del delito del art. 459 N° 1 por haber usurpado aguas subterráneas. La mentada acción tuvo como fundamento principal la supuesta infracción de la “exigencia constitucional de tipicidad penal contemplada en el artículo 19, N° 3, inciso octavo, de la Constitución”, la que habría resultado infringida dado que la norma impugnada (el art. 459 N° 1 CP) “sanciona como delito únicamente la conducta de usurpación de aguas superficiales”, argumentando que “no puede aplicarse una norma penal a hechos que no se encuentren descritos en su tenor legal expreso, lo que tiene dos consecuencias normativas directas: por un lado, la prohibición de analogía en perjuicio del reo y, por otro, la exigencia de una interpretación restrictiva de los tipos penales”.

En el contexto del conocimiento de la acción de inaplicabilidad, tanto la parte querellante como el Ministerio Público acompañaron informes en derecho de destacados tratadistas nacionales quienes, en base a distintos argumentos, sostuvieron que la disposición del art. 459 N° 1 comprende a las aguas subterráneas como objeto de ataque. En ese sentido, se señaló que la ley no hace ningún distingo y no se logra apreciar motivos plausibles que

justifiquen una restricción del tenor literal de la misma.<sup>135</sup> En efecto, la denominación de la acción típica como “sacar” aguas no excluye, en sí misma, a las aguas subterráneas, por el contrario, es perfectamente concebible que el lugar desde el que se saque el agua sea subterráneo.<sup>136</sup> De otro lado, se ha sostenido que si bien alguno de los lugares desde los cuales es dable sacar aguas según el art. 459 N° 1, por su propia naturaleza, parecen poder albergar sólo aguas superficiales y no subterráneas, como sería el caso las represas y los estanques, los otros lugares señalados por la norma, sí pueden albergar aguas subterráneas.<sup>137</sup> La referencia es a los arroyos y ríos (que pueden ser subterráneos) y, principalmente, al lugar que la ley designa con el término más genérico de entre todos los que emplea: “depósito”, pues incluso para quienes no se satisfacen con el sentido ordinario de los términos y necesitan el respaldo de la autoridad lexicográfica, la amplitud de su significado debería ser incontestable. En efecto, entre sus múltiples y variadas acepciones, para el Diccionario de la Real Academia “depósito” no es más que “un lugar o recipiente donde se deposita” y “depositar” es “colocar algo en un sitio determinado y por

---

<sup>135</sup>Hernández Basualto, Héctor, Informe en Derecho elaborado a solicitud de SOQUIMICH S.A. en Investigación RUC N° 0610000136-7, de la Fiscalía Local de Pozo Almonte, p. 2.

<sup>136</sup>Etcheberry, Alfredo, Informe en Derecho elaborado a solicitud de SOQUIMICH S.A. en Investigación RUC N° 0610000136-7, de la Fiscalía Local de Pozo Almonte, p. 5.

<sup>137</sup> Cfr. Hernández, ob. cit. (cit N° 135), p. 3.

tiempo indefinido”. Un depósito de agua es, en consecuencia, simplemente un lugar que encierra o contiene agua, significado amplísimo que ciertamente no admite ninguna distinción, ni en términos del origen del depósito, ni en términos del carácter de las aguas contenidas en el mismo.<sup>138</sup> En este sentido y considerando que la figura del art, 459 N° 1 es de aquellas figuras denominadas “con pluralidad de hipótesis”, lo que significa que todas las hipótesis son equivalentes y cualquiera de ellas que se realice ya satisface la tipicidad objetiva de la figura, bastaría que uno de los continentes pudiere almacenar aguas subterráneas, conducir las o encauzarlas, para que la figura fuera comprensiva de la usurpación de aguas subterráneas, en ausencia de una disposición clara en contrario.<sup>139</sup>

A mayor abundamiento, se señaló que sostener que el art. 459 N° 1 sólo alcanza a las aguas superficiales llevaría a concluir que en el ordenamiento jurídico-penal chileno, habría cosas corporales respecto de las cuales existen derechos que son prácticamente dominicales y que, sin embargo, no tendrían ningún tipo de protección penal. Afirmar esto en un ordenamiento caracterizado por una protección tan exhaustiva de la

---

<sup>138</sup> Cfr. Hernández, *ibid.*, p. 4.

<sup>139</sup> Etcheberry, *ob. cit.* (cit. N° 136), pp. 6 y 7.

propiedad (en el que incluso la apropiación de cosas perdidas es potencialmente delictiva) y sostenerlo, además, sin el más mínimo argumento de texto, no parece ser una interpretación digna de ser considerada.<sup>140</sup>

El Tribunal Constitucional rechazó la acción de inaplicabilidad avalando la tesis de la inclusión de las aguas subterráneas como objeto de ataque en el art. 459 N° 1 del CP, resolviendo al respecto 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”.

---

<sup>140</sup>Hernández, *ibid.*, p. 7.

En suma, las aguas que son susceptibles de ser objeto de ataque en las figuras típicas de los arts. 459 a 461 del CP son todas las aguas terrestres, sean corrientes o detenidas, y superficiales o subterráneas.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LAS FIGURAS DE USURPACIÓN DE AGUAS**

#### **1. SISTEMATIZACIÓN**

Garrido clasifica las figuras de usurpación en tres grupos: a) sustracción de agua, distinguiendo entre la sustracción sin fuerza (art. 459 N°1) y la sustracción con fuerza en las cosas (459 N°2); b) delitos vinculados con los derechos de aguas ajenos, categoría en la que incluye a la figura que él denomina usurpación de un derecho de aguas (459 N°4) y a la perturbación de un derecho ajeno de aguas (459 N°3), y c) ejercicio fraudulento del derecho de aguas propio (art. 461).<sup>141</sup> Etcheberry, en tanto, distingue entre: a) usurpación propiamente tal (art. 459 N° 4, primera parte); b) turbación de posesión (art. 459 N° 3 y parte final del N° 4), y c) apropiación de aguas (arts. 459 N°s 1 y 2 y 461).<sup>142</sup> Guzmán, en fin, distingue entre: a) usurpación no violenta, distinguiendo en su seno entre una figura de ocupación parcial (459 N°1), una figura de tentativa asimilada

---

<sup>141</sup>Garrido Montt, ob. cit., pp. 288 y ss.

<sup>142</sup>Etcheberry, ob. cit. (cit. N° 2), pp. 374 y ss.

a la consumación (459 N°2), una figura de estorbo o impedimento (459 N°3) y una figura de ocupación total (459 N° 4); b) usurpación cometida con violencia en las personas (460), y c) usurpación fraudulenta (461).<sup>143</sup>

Estimamos que la clasificación más adecuada y operativa consiste en diferenciar, primeramente dos tipos de figuras, a saber, la usurpación pacífica (figuras del 459 y 461 del CP) y la usurpación violenta (figura del art. 460), para luego, en el seno del primer grupo, distinguir entre las figuras del que no tiene derechos sobre las aguas objeto del ataque (figuras del 459 CP) y la figura del que tiene derechos sobre las mismas (figura del 460). Finalmente, dentro del primer subgrupo, es preciso distinguir entre figuras de desplazamiento (459 N° 1 y N° 4 primera parte), figura de tentativa de desplazamiento (459 N°2) y figuras de mera obstaculización del ejercicio sin desplazamiento correlativo (459 N° 3 y 459 N°4 parte final). De este modo la sistematización sugerida se puede esquematizar del siguiente modo:

#### A. Usurpación de aguas pacífica

---

<sup>143</sup>Guzmán Dálbora, ob. cit., pp. 66 y ss.



a.1. Usurpación del que no tiene derechos

- Figuras de desplazamiento (459 N°s 1 y 4 primera parte)
- Figura de tentativa de desplazamiento (459 N° 2)
- Figuras de mera obstaculización del ejercicio del derecho.  
(459 N° 3 y 459 N° 4 parte final)

a.3 Usurpación del que tiene derechos (461)

B. Usurpación de aguas violenta (art. 460)

El análisis dogmático que se desarrolla en este capítulo se guiará según la clasificación precedentemente esbozada.

## **2. USURPACIÓN PACÍFICA DEL QUE NO TIENE DERECHOS**

### **(ART. 459)**

#### ***2.1. Aspectos comunes a todas las figuras***

El art. 459 CP contempla diversas figuras de usurpación pacífica del que no tiene derechos. Antes de enunciar las distintas conductas cuya realización se conmina con sanción penal, establece dos requisitos comunes a todas ellas: la ausencia de título legítimo del sujeto activo del delito y la invasión de derechos ajenos. A ellos dedicaremos las siguientes líneas.

### **2.1.1. La ausencia de título legítimo.**

El art. 459 del CP contempla un elemento negativo del tipo en cuanto requiere que quien realice las conductas enunciadas en sus cuatro numerales carezca de título legítimo, fórmula que no sólo incluye a los derechos de aprovechamiento constituidos, sino también a los “reconocidos”.<sup>144</sup> Esta referencia del art. 459 del CP es a la mera existencia de dicho título y no a la sujeción estricta al modo de ejercicio del derecho establecido en el mismo. En consecuencia, no se podría afirmar la ausencia de título legítimo respecto del agente que, ostentando un título respecto del cuerpo de aguas de que se trate, aprovecha las mismas de un modo distinto al establecido en él, fundando dicha aseveración en que se estaría actuando *fuera* del título y,

---

<sup>144</sup>Vid., *supra* Cap. Primero, 1.2., b.1.2.

por lo tanto, sin título legítimo. Si bien es cierto dicha interpretación puede parecer *prima facie* correcta, ya que podría considerarse plausiblemente que quien aprovecha aguas de un modo distinto al establecido en el título puede ser considerado como actuando sin título respecto de las aguas que aprovecha de ese modo, debe, sin embargo, ser rechazada conforme a una interpretación sistemática, toda vez que el art. 461 del CP es la disposición que se ocupa de la hipótesis del sujeto que realiza determinadas conductas teniendo título legítimo.

En efecto, el art. 461 contempla como presupuesto de aplicación la existencia de un título legítimo al hacer referencia a “los que teniendo derecho para sacarlas o usarlas [las aguas]” exigiéndose además, como requisito copulativo, que dicho derecho se use de modo diverso o en una capacidad superior a los establecidos, por lo que necesariamente la existencia del derecho y su ejercicio en el modo establecido deben entenderse como dos situaciones diferenciadas. Ello puesto que si ambas exigencias fueran una y la misma cosa, el art. 461 incurriría en una contradicción inaceptable, ya que no sería posible afirmar que tiene derecho quien lo ejerce de un modo diverso al establecido, afirmación que, sin

embargo, el art. 461 no sólo realiza sino que erige como presupuesto de aplicación de la sanción respectiva. Sentado lo anterior, no cabe sino concluir que si el art. 461 distingue entre las hipótesis de falta de título y de ejercicio de un modo distinto al establecido en el mismo (o entre la existencia del derecho y el modo en que se ejerce), dicha distinción, por un mínimo de coherencia, debe replicarse al interpretar el art. 459. Es por ello que, en el contexto de dicha disposición, sólo podrá afirmarse la ausencia de título respecto del agente cuando éste no tiene un derecho de aprovechamiento de aguas y no, en cambio, cuando ostentando dicha titularidad jurídica, la ejerce de un modo diverso al establecido.

Aun asumiendo lo anterior, empero, no basta esgrimir la titularidad de un derecho de aprovechamiento de aguas para que se obste a la aplicación del art. 459, toda vez que la referencia a la existencia de un título debe entenderse referida al cuerpo de agua relevante. Así, por ejemplo, no se podría sostener seriamente que no se puede aplicar la figura del 459 N° 1 al sujeto que teniendo derechos de aprovechamiento en el río Tinguiririca, saca aguas del río Loa, apropiándose de ellas, ya que el título cuya existencia obsta a la aplicación del art. 459 es el título que hace referencia

al cuerpo de agua relevante, noción en la que profundizaremos más adelante.

De este modo, conforme a las consideraciones formuladas, la mera existencia de un derecho de aprovechamiento de titularidad del agente en el cuerpo de agua relevante obsta a la aplicación del art. 459.

### **2.1.2. La invasión de derechos**

El art. 459 del CP no sólo erige como requisito común a las conductas descritas en sus cuatro numerales, a la ausencia de título legítimo del agente, sino también a la invasión de derechos. En contrapartida a la primera exigencia, que se dirige al sujeto activo del delito, la exigencia de invasión de derechos lleva a determinar al ofendido, *prima facie*, por el mismo. Con este requisito el legislador ha querido significar que sólo hay usurpación de aguas en términos del art. 459 cuando el sujeto activo ha ejecutado alguna de las conductas descritas en dicha disposición obrando dentro del ámbito de acción que la ley reconoce privativamente al titular de un derecho sobre las aguas o, en otros términos, cuando usa o goza de aguas

respecto de las cuales un tercero tiene derecho de aprovechamiento. Lo anterior se traduce en que, respecto de las aguas sobre las que recae la conducta típica, deben existir derechos de aprovechamiento de propiedad de terceros. Subsecuentemente, se configurará la invasión de derechos siempre que se responda afirmativamente a la siguiente pregunta: ¿podrían haber sido usadas legítimamente las aguas objeto de la conducta por el titular de un derecho sobre ellas?<sup>145</sup>

Como corolario de lo anterior, no puede constatarse la invasión de derechos cuando en las aguas sobre las que recae alguna de las conductas del 459 no existen derechos subjetivos de particulares que excluyan el uso y goce de las aguas por parte de terceros. En consecuencia, la expresión “derechos” no puede entenderse como comprensiva del dominio que la

---

<sup>145</sup>En el mismo sentido se pronuncia Etcheberry, para quien la exigencia de invasión de derechos queda satisfecha con que no exista título legítimo y que en cambio lo tenga otro. Etcheberry, ob. cit., p. 375. El real alcance de la cláusula es perdido de vista por el mismo autor unos años después cuando señala que si alguien tiene derechos de cualquier naturaleza sobre las aguas “se configura inmediatamente el delito: la delictuosidad misma de la acción brota del atropellamiento de los derechos ajenos”. Etcheberry, ob. cit., (cit. N° 2) Informe en Derecho elaborado a solicitud de SOQUIMICH S.A. en investigación RUC N° 0610000136-7 de la Fiscalía Local de Pozo Almonte. Dicha forma de entender el sentido y alcance de la exigencia de “invasión de derechos” es una interpretación que peca de ansiedad en cuanto prejuzga aquello que debe ser resuelto no en sede de aquella exigencia genérica sino que, en concreto, respecto de cada una de las hipótesis enumeradas en el art. 459. En la misma ansiedad interpretativa incurre Künsemüller al señalar que “la acción de sacar sin tener título legítimo las aguas (sobre las que existe un derecho real de aprovechamiento constituido por otro u otros) con el propósito de apropiarlas y usarlas basta por sí sola para violar la ley”. Künsemüller, Carlos, Informe en Derecho elaborado a solicitud de SOQUIMICH S.A. en investigación RUC N° 0610000136-7 de la Fiscalía Local de Pozo Almonte, p. 10.

nación toda tiene sobre las aguas, conforme a los artículos 5° del CA y 589 y 595 del CC, toda vez que en virtud de dicho dominio su uso pertenece a todos los habitantes de la nación,<sup>146</sup> por lo que no se afirma la verificación de una “invasión” a ese respecto.

De otro lado, en cuanto la exigencia de invasión de derechos sólo implica que respecto de las aguas que han sido objeto del ataque típico existan derechos de aprovechamiento de aguas, no se requiere la verificación de una efectiva imposibilitación u obstaculización en el ejercicio de los mismos, ni mucho menos de un perjuicio derivado de esa interferencia. Por lo tanto, no es necesario que el sujeto que esgrime que su derecho ha sido invadido pruebe que, en un momento determinado, no pudo hacer uso del agua a la que tenía derecho debido a la conducta del sujeto activo. Ello es una consecuencia necesaria del carácter genérico de la exigencia ya que, en cuanto tal, debe poder predicarse respecto de todas las figuras enumeradas en el art. 459 y en algunas de ellas no se requiere una efectiva imposibilitación en el ejercicio de las facultades que confieren los

---

<sup>146</sup>Al respecto Etcheberry señala que “[e]l extractor de agua, el que la saca y se la apropia, aunque carezca de título legítimo, no comete el delito del artículo 459 N° 1 si nadie ha constituido ni es titular de derechos de cualquier naturaleza sobre las aguas subterráneas del acuífero correspondiente”. Etcheberry, ob. cit. (cita N° 2), p. 375.

derechos de aprovechamiento de aguas. En efecto, la ausencia de una efectiva imposibilitación resulta evidente en la figura del numeral 2, ya que en virtud de ella no se sanciona a quien saca aguas para apropiárselas (como en el numeral 1), sino a que quien, con dicho fin –sin necesidad de que lo alcance– incurra en la ruptura de diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes. Del mismo modo –aunque ya no se trate de la constatación de un dato evidente, sino que del resultado de un esfuerzo interpretativo para efectos de delimitar ámbitos típicos entre dos de las hipótesis del art. 459–, la figura del art. 459 N° 4 primera parte, tampoco exige una efectiva imposibilitación del ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas.<sup>147</sup> Lo anterior es sin perjuicio de que la figura central del art. 459 N° 1 sí exija una tal imposibilitación, lo cual, empero, no se deriva de la exigencia genérica de “invasión de derechos” sino de la exigencia específica de “apropiación”, como tendremos la oportunidad de analizar *infra*.<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup>*Vid.*, sección 2.2.4. del presente capítulo.

<sup>148</sup>2.2.1., letra b), Cap. Segundo.



Finalmente, sólo se puede afirmar la invasión de los derechos de aprovechamiento cuyos puntos de captación<sup>149</sup> se encuentran “aguas abajo” respecto del punto en el que el sujeto activo realiza la conducta típica, ya que sólo respecto de esas aguas existe una posibilidad de uso o goce amparada por el derecho de aprovechamiento respectivo.<sup>150</sup> En contrapartida, se descarta la invasión de los derechos de aprovechamiento que facultan a su titular a captar el recurso hídrico en un punto que se encuentre “aguas arriba” respecto del punto en el que se realiza alguna de las conductas descritas en los cuatro numerales del art. 459 del CP.

### **2.1.3. Excurso. El cuerpo de agua relevante**

Una vez analizados los requisitos comunes a las figuras del art. 459 del CP, se hace necesario determinar el espectro o ámbito en el que se debe indagar la existencia de derechos de aprovechamiento de aguas, tanto para efectos de constatar la ausencia de título del agente como para poder verificar la existencia de derechos de terceros potencialmente invadidos. En

---

<sup>149</sup>El art. 140 del CA establece que “[l]a solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento deberá contener: 3. El o los puntos donde se desea captar el agua”.

<sup>150</sup>Recordemos que el derecho real de aprovechamiento de aguasse puede conceptualizar como una potencia, posibilidad o poder jurídico entregado a un particular que consiste en una expectativa de recibir un volumen de aguas en un obra de captación. *Vid., supra* Cap. Primero, 1.2., b.1.

efecto, para poder afirmar la tipicidad de una conducta a título de alguna de las hipótesis del art. 459 se requiere que respecto de las aguas sobre las que recae la conducta, el agente no tenga título legítimo y que, además, existan derechos de terceros sobre dichas aguas. En razón de ello, es necesario determinar cuál es el cuerpo de agua respecto del cual el agente no tiene derechos de aprovechamiento pero sí lo ostenta(n) otro(s). Al respecto, es necesario responder las preguntas que pertinentemente formula Rosenblut:<sup>151</sup> “¿debiera considerarse todo el acuífero, cuenca u hoya hidrográfica a la cual pertenezca la fuente superficial o subterránea de la cual se está extrayendo ilegalmente el agua? O por el contrario, ¿el análisis debiera restringirse únicamente a los derechos constituidos sobre la misma fuente, o a aquellos constituidos dentro de un determinado radio respecto de la misma cuenca?” Como se puede apreciar, la disyuntiva interpretativa consiste en determinar si se debe considerar todo el acuífero al que pertenezca la fuente desde la cual se extrae el agua o si se debe considerar un área determinada de ese acuífero.

---

<sup>151</sup>Rosenblut, ob. cit., p. 201.

Estimamos que la constatación de la inexistencia de título del agente y de la existencia de derechos de aprovechamiento de terceros debe realizarse en todo el acuífero u hoya hidrográfica respectiva, toda vez que el ejercicio de cualquiera de esos derechos se puede ver afectado por la conducta típica.<sup>152</sup> Dicha aseveración, por lo demás, encuentra un fuerte respaldo normativo extrapenal en el artículo 3° del CA,<sup>153</sup> disposición que consagra el denominado principio de la unidad de la corriente, principio que consiste en que “[t]odas las aguas de una misma cuenca u hoya hidrográfica están conectadas en un sistema que permite su mantención y recuperación en los períodos de abundancia y sequía”<sup>154</sup> y que no es sino la respuesta jurídica al concepto que la geografía física confiere al vocablo “cuenca”, esto es, toda el área drenada por un río, totalidad que le otorga entidad a lo que en derecho traducimos a ‘unidad’.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup>Cfr., Rosenblut 201. Ibid.

<sup>153</sup>Art. 3° del CA. “Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente.

La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente.”

<sup>154</sup>Segura, ob. cit., p. 26.El mismo autor agrega que “[e]l citado principio está presente en toda la legislación de aguas y es de particular importancia al momento de determinar los perjuicios que nuevos derechos solicitados sobre determinadas fuentes pueden afectar a los ya existentes en otros cursos de aguas que integran la misma corriente”. *Id.*

<sup>155</sup>Vergara Blanco, ob. cit. (cit. N° 52), p. 240.

La aseveración anterior, empero, exige un matiz. En efecto, ella se predica a cabalidad respecto de aguas detenidas,<sup>156</sup> dado lo cual, respecto de ellas, tanto la inexistencia de título del agente y de la existencia de derechos de aprovechamiento de terceros debe realizarse en todo el acuífero u hoya hidrográfica respectiva, ya que el ejercicio de cualquiera de esos derechos se puede ver afectado por la conducta típica. Sin embargo, debe ser matizada respecto a las aguas corrientes, en el sentido de que la invasión de derechos sólo se puede verificar respecto de los titulares de derechos de aprovechamiento cuyos puntos de captación se encuentren aguas abajo del punto en el que el agente realiza la conducta típica.

Ahora bien, Rosenblut señala que, dadas las dificultades para establecer la invasión,<sup>157</sup> una interpretación facilitadora de este requisito consistiría en la reducción del “radio de afectación que deba considerarse para los efectos de determinar la invasión de los derechos ajenos”,<sup>158</sup> recurriendo a la normativa extrapenal en materia de aguas, utilizando así los

---

<sup>156</sup>“Son aguas detenidas las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses”. Inc. 2º del art. 4º del CA.

<sup>157</sup>Vergara Blanco, *id.* Dichas dificultades implicarían que deban “realizarse al efecto peritajes por toda la hoya hidrográfica mediante los cuales se estableciera la forma y cantidad en que la extracción podría afectar el ejercicio de esos derechos, impidiendo que los mismos sean total o parcialmente ejercidos de acuerdo a sus respectivas cabidas y demás características”.*Id.*

<sup>158</sup>*Id.*

criterios que provee dicha regulación tanto para efectos de la concesión de derechos de aprovechamiento de aguas, como para la restricción de dicha concesión. En esa perspectiva, recurre a los conceptos de “áreas de restricción”<sup>159</sup> y “zona de prohibición”<sup>160</sup>.

## ***2.2. Figuras de desplazamiento (459 N°s 1 y 4 primera parte)***

### ***2.2.1. La figura del art. 459 N° 1***

*Agua que no has de beber,  
déjala correr  
(Refrán popular)*

La conducta típica del N° 1 del art. 459 es la figura central del sistema de los delitos de usurpación de aguas, toda vez que se hace cargo de la figura más básica y prototípica en esta materia, a saber, la de quien saca aguas respecto de las cuales no tiene derechos para usarlas. Al efecto, el art.

---

<sup>159</sup>Art. 65 del CA. Serán áreas de restricción aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él.

<sup>160</sup>Art. 63 del CA. La Dirección General de Aguas podrá declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones

459 N° 1 dispone que “[s]ufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte sueldos vitales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:

Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera.”

La figura en análisis, por tanto, consiste en sacar aguas de determinados lugares, apropiándose de las mismas para hacer de ellas un uso cualquiera. A continuación, analizaremos diferenciadamente la conducta consistente en sacar aguas (a), la exigencia de apropiación de las mismas (b), el fin de hacer de ellas un uso cualquiera (c), y los lugares de los que es dable sacar el agua (d).

*a) El núcleo de la conducta: “sacar aguas”*

Etcheberry señala que “[s]acar aguas es una expresión amplia, que comprende tanto la extracción de ellas mediante artificios (cubos, recipientes), como la construcción de obras para desviar el curso de las

aguas hacia la heredad propia en perjuicio de la ajena”.<sup>161</sup> En el mismo sentido se pronuncia Garrido quien sostiene que para sacar aguas “se puede emplear cualquier medio, manguera, bidones, camiones u otros”.<sup>162</sup> Una postura divergente sustenta Guzmán al señalar que sacar aguas apropiándoselas para hacer de ellas un uso cualquiera “supone una ocupación parcial y, en consecuencia, que la extracción se lleve a cabo montando una corriente, porque de lo contrario [...], privada el agua de su índole inmueble, su substracción debe pensarse como hurto”.<sup>163</sup>

En este punto concordamos con lo sostenido por Etcheberry y Garrido, estimando, por lo tanto, que, al respecto, Guzmán yerra en su análisis. En efecto, como señalamos en la sección 2.1. del Cap. Primero, penalmente las aguas son siempre muebles y aun así son el objeto de ataque idóneo de los delitos de usurpación de aguas, por lo que mal podría incidir la calidad mueble/inmueble de dicho bien para efectos de la calificación de su sustracción a título del art. 459 N° 1 del CP. Interpretada caritativamente la disquisición de Guzmán, pareciera ser que a lo que alude es a que, una

---

<sup>161</sup> Etcheberry, ob. cit. (cit. N° 2), p. 375.

<sup>162</sup> Garrido Montt, ob. cit., p. 289.

<sup>163</sup> Guzmán Dálbora, ob. cit., p. 71.

vez dotada de carácter corpóreo el agua ya no puede ser objeto del régimen de la usurpación, sino del hurto. En ese sentido, si bien es correcto sostener que, dotada el agua de carácter corpóreo, su sustracción no debe pensarse a título del 459 N° 1, la apreciación de dicha naturaleza debe efectuarse con anterioridad a la realización de la conducta típica y no con posterioridad a ella, por lo que perfectamente la conducta del 459 N° 1 puede realizarse por medio de cubos, recipientes, bidones, camiones cisterna u otros medios que doten al agua de carácter corpóreo una vez realizada la conducta típica. Ello, además, se explica por el bien jurídico protegido en los delitos de usurpación de aguas, el que, como se sostiene en esta tesis,<sup>164</sup> consiste en la continuidad del contenido de poder fáctico correlativo al respectivo derecho de aprovechamiento de aguas, bien jurídico que se ve afectado del mismo modo tanto por la hipótesis de sacar aguas montando una corriente al efecto como por la hipótesis de sacar aguas mediante bidones, cubos, recipientes, etc., dado que tanto en uno como en otro caso se pone en entredicho la continuidad del ejercicio de los poderes fácticos correlativos al derecho de aprovechamiento respectivo. Una explicación posible del error en el que incurre Guzmán puede deberse a que el Código penal español erige como

---

<sup>164</sup>*Vid., supra*, Cap. Primero, 1.2.



conducta típica la distracción del curso de aguas, lo que sí da pie para sostener que la conducta típica se configura sólo por el expediente consistente en montar una corriente para tal efecto.<sup>165</sup> Lo anterior, empero, es solo una conjetura.

### *b) La apropiación*

De otro lado, para efectos de realizar la conducta típica en análisis, no basta sólo con sacar aguas, dado que el tipo penal requiere su apropiación, exigencia que en el contexto de los delitos contra la propiedad en sentido estricto, se entiende como la arrogación del contenido de poder fáctico sobre la cosa, que corresponde a la posición jurídico-formal de propietario. La acción de apropiación así definida (apropiación en sentido amplio) supone siempre una naturaleza doble. Por una parte, desde la perspectiva del autor del delito, consiste en una acción de arrogación de poder sobre la cosa (apropiación en sentido estricto). Por otra parte, desde la

---

<sup>165</sup>Art. 247 del Código penal español: “El que, sin hallarse autorizado, desvíe las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediera de 400 euros”. Si la utilidad reportada es igual o menor a 400 euros corresponde aplicar la disposición del (art. 642.2.), que consagra una falta. Vid., Peris Riera, Jaime, “La protección penal del agua en España, Alemania e Italia”, *Diario La Ley* 2084/2010, p. 7; Serrano Piedecabras, José Ramón, “La usurpación (Título XIII, CAP. V CP)”, en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII – 2004, Madrid, pp. 426 y ss.

perspectiva del ofendido la apropiación (en sentido amplio) es el efecto o resultado de expropiación indefinida o privación permanente al propietario de la posibilidad de ejercer el contenido de poder fáctico sobre la cosa que corresponde a su posición jurídico-formal.<sup>166</sup>

En el contexto de la figura del N° 1 del art. 459 CP, por su especial objeto de protección, la exigencia de apropiación implica, de un lado, la ejecución de una acción de arrogación antijurídica del poder fáctico inherente a la posición jurídico-formal de titular de un derecho real de aprovechamiento de aguas y, de otro, la privación permanente o de duración indefinida de dicho poder fáctico para el titular del derecho que justifica normativamente dicho poderío. De este modo, para tener por configurada la apropiación (en sentido amplio) no basta con sacar aguas, ya que con ello sólo se configuraría el primer componente de la acción de apropiación en sentido estricto, sino que es necesario, en cuanto a su segundo componente o exigencia, la privación del poderío propio del titular, exigencia que en este contexto debe interpretarse como la circunstancia consistente en que el titular del derecho de aprovechamiento de aguas se vea privado

---

<sup>166</sup>Bascuñán Rodríguez, ob. cit. (cita N° 23), p. 15, vid.

efectivamente del ejercicio del contenido de poder fáctico que corresponde a su derecho de aguas, esto es, que no haya podido (en términos estrictamente fácticos) usar ni gozar las aguas a las que tenía derecho.

Esta interpretación resulta exigida por el respeto al principio del legislador racional, principio hermenéutico conforme al cual las exigencias típicas deben interpretarse de modo tal que tengan un efecto práctico, principio que no se observaría en el caso que la exigencia de “apropiación” se interpretase sólo en su sentido estricto de mera arrogación del poder fáctico correlativo al derecho del afectado, ya que dicho contenido de significado ya vendría exigido por el vocablo “sacar”. En razón de ello resulta necesario interpretar la exigencia de “apropiación” en su doble sentido (apropiación en sentido estricto y expropiación), de modo tal que tenga un efecto práctico. De este modo, se excluye la tipicidad de la conducta consistente en sacar aguas corrientes sin derecho durante un lapso en el que el titular de aquel derecho no las ocupó, pero que sí pudo ocupar posteriormente cuando lo quiso hacer. Esto, por no verificarse la apropiación en su vertiente de expropiación, esto es, la imposibilidad de usar las aguas a las que se tenía derecho. Esta interpretación, por lo demás,

resulta sistemáticamente indicada. En efecto, una situación tal es enteramente equivalente a lo que en los delitos contra la propiedad en sentido estricto se calificaría como una hipótesis de hurto de uso, el que mayoritariamente es considerado impune en nuestro ordenamiento jurídico penal.<sup>167</sup> Finalmente, desde una perspectiva político criminal, esta interpretación presenta la ventaja de privar de protección penal a quien es titular de derechos de aguas con fines puramente especulativos, es decir, sin adscribir las aguas a un uso real sino que sólo a una eventual venta de los derechos.

De este modo y en suma, si alguien saca aguas del acuífero respectivo pero eso no implica que un titular de un derecho de aprovechamiento de aguas no haya podido ejercer su contenido fáctico de poder correlativo, no habría conducta típica a título del art. 459 N° 1 del CP.

---

<sup>167</sup>Labatut define el hurto de uso como “la sustracción de cosa mueble ajena, sin ánimo de apropiación, para servirse temporalmente de ella y restituirla inmediatamente después de su uso”, para luego señalar que [n]o queda sujeto a sanción, por cuanto en él concurre el elemento material del apoderamiento, pero falta el ánimo de apropiación”. Labatut, ob. cit., pp. 196 y 197. Esta opinión es compartida por Politoff/Matus/Ramírez, quienes, además, dan cuenta que la tendencia jurisprudencial que ha tendido ha imponerse en estos últimos años niega la tipicidad del hurto de uso al no existir ánimo de señor y dueño. Politoff *et al.*, ob. cit., pp. 307 y 308. Sin perjuicio de lo señalado por los autores citados, estimamos que la razón primigenia por la que el hurto de uso es impune en nuestro ordenamiento jurídico, radica en la faz objetiva del tipo, al no verificarse la expropiación propia de toda apropiación *lato sensu*.

*c) “Para hacer de ellas un uso cualquiera”*

Finalmente, la figura en comento requiere para su configuración que las aguas se saquen y apropien “para hacer de ellas un uso cualquiera”, exigiendo, por lo tanto, aparte del dolo propio de la figura, la concurrencia de un ánimo o propósito especial en el autor sin cuya presencia no es posible castigar el delito, lo que convierte a esta figura en un delito de tendencia,<sup>168</sup> razón por la cual “la prueba que deberá rendirse deberá estar orientada a acreditar la existencia de dicho ánimo, mas no a la prueba de que las aguas efectivamente fueron usadas, ya que [...] se trata de un elemento subjetivo adicional al dolo y no de un requisito objetivo del tipo penal”.<sup>169</sup> La consecuencia práctica de esta exigencia consiste en la exclusión del ámbito típico del art. 459 N° 1 de aquellas conductas orientadas a sacar aguas no para usarlas sino sólo para causar un daño al titular, conductas que podrían ser abarcadas por otras hipótesis del art. 459.

*d) Los lugares desde los cuales debe sacarse el agua*

---

<sup>168</sup>Como señala Roxin con la expresión “delitos de tendencia” “se alude a delitos en los que una tendencia subjetiva es inherente a un elemento típico o codetermina el tipo (clase) de delito”. Roxin, Claus, *Derecho Penal, PG. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*(trad. por Luzón Peña, Diego-Manuel Díaz y García Conlledo, Miguel y De Vicente Remesal, Javier), Civitas, Madrid, 1997, p. 317.

<sup>169</sup> Rosenblut Gorodinsky, ob. cit., p. 207.

En cuanto a los lugares desde los cuales es dable sacar aguas apropiándose las para hacer de ellas un uso cualquiera, estos son: represas, estanques u otros depósitos; ríos, arroyos o fuentes; canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas.

Las represas<sup>170</sup> y estanques<sup>171</sup> sólo se señalan como especies del género “depósito” noción amplia mediante la cual se alude al “[l]ugar o recipiente donde se deposita”<sup>172</sup>, expresión verbal esta última que, en su modo infinitivo, significa “[e]ncerrar, contener”<sup>173</sup>, “[c]olocar algo en un sitio determinado y por tiempo indefinido.”<sup>174</sup> Como se puede apreciar, la vocación de amplitud de la expresión utilizada por el legislador es insoslayable, lo que lleva a concluir que un depósito puede serlo tanto de aguas superficiales como subterráneas.

---

<sup>170</sup>“Lugar donde las aguas están detenidas o almacenadas, natural o artificialmente”. (Diccionario de la RAE, 3ª acepción, 22 ed.) “Obra, generalmente de cemento armado, para contener o regular el curso de las aguas”. (Diccionario de la RAE, 2ª acepción, 22 ed.)

<sup>171</sup>“Balsa construida para recoger el agua, con fines utilitarios, como proveer al riego, criar peces, etc., o meramente ornamentales.” (Diccionario de la RAE 1ª acepción, 22 ed.)

<sup>172</sup>Diccionario de la RAE,. 3ª acepción, 22 ed.

<sup>173</sup>Diccionario de la RAE, acepción 5ª. 22 ed.

<sup>174</sup>Diccionario de la RAE, acepción 7ª 22 ed.

Los ríos, arroyos o fuentes, en tanto, se definen, de modo respectivo, como: “corriente[s] de agua continua y más o menos caudalosa que va[n] a desembocar en otra, en un lago o en el mar”<sup>175</sup>; “caudal[es] corto[s] de agua, casi continuo[s]”<sup>176</sup>, y “manantial[es] de agua que brota[n] de la tierra.”<sup>177</sup>

Por su parte, los canales son los “cauce[s] artificial[es] “por donde se conduce el agua para darle salida o para otros usos”<sup>178</sup> y los acueductos los “conducto[s] artificial[es] por donde va el agua a lugar determinado, y especialmente [...] [los] que tiene[n] por objeto abastecer de aguas a una población”.<sup>179</sup> La referencia a los cauces artificiales requiere un análisis más detenido el que, por razones de economía argumentativa se realizará en forma conjunta con el análisis de las “redes de agua potable [y las] instalaciones domiciliarias de éstas” como lugares de los que es dable sacar agua para efectos de lo dispuesto en el art. 459 N° 1 del CP.

---

<sup>175</sup>Diccionario de la RAE, acepción 1, 22 ed.

<sup>176</sup>Diccionario de la RAE, acepción 1ª, 22 ed.

<sup>177</sup>Diccionario de la RAE acepción 1ª, 22 Ed.

<sup>178</sup>Diccionario de la RAE, 22ª ed. 1ª acepción.

<sup>179</sup>Diccionario de la RAE, 22ª ed.

Las “redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas” son elementos fundamentales de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio público de distribución de agua potable, servicio que, junto a aquellos destinados a producir dicha agua<sup>180</sup> y a recolectar y disponer aguas servidas, forma parte de los denominados “servicios sanitarios”.<sup>181</sup> En ese contexto, las redes de agua potable no son sino las instalaciones exigidas por la urbanización conforme a la ley<sup>182</sup> que permiten la prestación del servicio público de distribución de agua potable,<sup>183</sup> esto es, la conducción del agua producida hasta su entrega en el inmueble del usuario.<sup>184</sup> Las instalaciones domiciliarias de agua potable, en tanto, son las obras necesarias para dotar de agua potable a un inmueble desde la salida de la llave de paso colocada a continuación del medidor o de los sistemas propios de abastecimiento de agua potable, hasta los artefactos.<sup>185</sup>

---

<sup>180</sup>El inc. 1° del art. 3° del DFL N° 382 entiende por producción de agua potable a “la captación y tratamiento de agua cruda, para su posterior distribución en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas.”

<sup>181</sup>Art. 1 del DFL N° 382, “Ley General de Servicios Sanitarios”.

<sup>182</sup>Art. 5° inc. 2° DFL N° 382.

<sup>183</sup>Servicio que es definido en el art. 5° inc. 2° del DFL N° 382 como “aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio [el de distribución de agua potable], a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación.”

<sup>184</sup>Art. 3° inc. 2° del DFL N° 382.

<sup>185</sup>Art. 53 a) del DFL N° 382



Para poder prestar el servicio de distribución de agua potable se requiere contar con una concesión. Una vez obtenida ésta, los concesionarios sanitarios que prestan los servicios públicos de producción y distribución de agua potable deben contar para ello con las instalaciones adecuadas y con derechos de aprovechamiento de aguas, en virtud de los cuales puedan extraer una dotación suficiente para prestar tales servicios con continuidad.<sup>186</sup> Estas instalaciones y derechos son los denominados “bienes afectos a la concesión”.<sup>187</sup> En cuanto a las instalaciones, éstas consisten en bienes muebles o inmuebles anexos, y en redes de agua potable, y de alcantarillado, instalaciones que deben ser de exclusiva propiedad del concesionario y que son aquellas con las que prestan sus servicios.<sup>188</sup> De otro lado, las concesionarias sanitarias de producción de agua potable tienen como obligación legal ser titulares de unos derechos de aprovechamiento de aguas, con las características de consuntividad (esto es, con la posibilidad de ser consumidas totalmente), continuidad y de ejercicio permanente, por la naturaleza de tales servicios sanitarios, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 12 N° 3 y 18 N° 3 a) del DFL N° 382, de 1988.

---

<sup>186</sup>Vergara, Blanco, ob. cit. (cita N° 52), p. 445.

<sup>187</sup>Vergara Blanco, ob. cit. (cita N° 52), p. 447.

<sup>188</sup>*Id.*

Con estos derechos de aprovechamiento de aguas, deben prestar sus servicios sanitarios: son las aguas que escurren por sus instalaciones.<sup>189</sup> Aunque la concesión de producción y distribución de aguas puede estar en las manos del mismo concesionario, también se acepta la posibilidad de que se trate de concesionarios distintos, caso en el que las empresas de distribución “deberán contar al menos con la disponibilidad de unas aguas, aguas que otro prestador del servicio de producción podrá entregar a la concesionaria de distribución en virtud de un contrato”<sup>190</sup>. En efecto, para llevar adelante el servicio sanitario de distribución la ley no exige ser titular de unos derechos de aprovechamiento de aguas, sino sólo la existencia de una concesionaria de producción que abastezca el área geográfica respectiva.<sup>191</sup> Pero en todo caso, es de absoluta necesidad tener la disposición jurídica de unas aguas, ya sea directamente (cuando la concesionaria lleva adelante los dos servicios sanitarios descritos, producción y distribución, obvio es considerar que lo hace utilizando las aguas a que tiene derecho según su título), o ya sea indirectamente,

---

<sup>189</sup>*Ibid.*, p. 448.

<sup>190</sup>*Ibid.*, p. 450. Al efecto el art. 12 N° 4 del DFL N° 382 señala que en la solicitud de concesión deberá contenerse la identificación y certificación de las demás concesionarias o solicitantes de concesiones con las cuales se relacionará.

<sup>191</sup>DFL N° 382, art. 18 N° 3 letra b).

celebrando convenios de ‘compra de agua’ e interconectándose con una concesionaria de producción de agua potable”.<sup>192</sup>

En cuanto a la naturaleza de las instalaciones de servicios sanitarios afectos a una concesión son, jurídicamente, “cauces artificiales”, y, por ende, de propiedad del concesionario.”<sup>193</sup> Estas aguas están entonces hasta este momento bajo la posesión de la concesionaria, y como escurren dentro de sus propias instalaciones (de las que es propietaria), estas aguas son de su propiedad, ya que han dejado de estar en un cauce natural, desde que comenzó el proceso de producción de agua potable. Las aguas, mientras permanecen en estas instalaciones sanitarias de propiedad de la concesionaria sanitaria, permanecen en lo que el CA llama, en general, “canal o cauce artificial”, concepto este que expresamente su artículo 36 incluye a las “tuberías”, que son las instalaciones sanitarias más usuales. Estas obras son de dominio privado, de las concesionarias sanitarias, y, como ocurre en materia general de aguas, mientras las aguas permanecen en un cauce artificial (en este caso, dentro de una tubería” o instalación

---

<sup>192</sup>Vergara Blanco, *ibid.*, p. 456.

<sup>193</sup>*Ibid.*, p. 454. “Todas estas instalaciones [...] son de propiedad privada de la concesionaria, pues tienen la condición de cauces artificiales”, *Id.*, p. 455.

sanitaria, que para estos efectos es lo mismo) privado, son de disposición, dominio y titularidad privados, pudiendo tal privado usar, gozar y disponer de ellas; y, según lo autorice su título, consumirlas completamente.”<sup>194</sup>

Ahora bien, en el caso de las aguas que fluyen o se almacenan por/en canales y acueductos como por redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, esto es, sobre fuentes artificiales,<sup>195</sup> no se puede constituir derechos de aprovechamiento. La razón de ello radica en que “[p]ara poder ejecutar tales obras, el particular debe tener, previamente, la titularidad de los respectivos derechos de aprovechamiento sobre las aguas que se captarán o almacenarán en ellas, según el tipo de obra de que se trate. En consecuencia, no es posible otorgar un derecho de aprovechamiento sobre aguas ya dadas con anterioridad en otro de aprovechamiento”.<sup>196</sup>

Teniendo en consideración lo señalado hasta este punto, en el caso de las aguas sacadas desde “canales”, acueductos”, “redes de agua potable” o

---

<sup>194</sup>*Ibid.*, pp. 456 y 457.

<sup>195</sup>Salvo respecto de las construidas por el Estado. Art. 22 del CA.

<sup>196</sup>Arévalo Cunich, Gonzalo, “Principio de la no afectación de derechos de tercero”, en *Código de Aguas comentado. Doctrina y jurisprudencia*. Dir. Vergara Blanco, Alejandro, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 22 y 23.

“instalaciones domiciliarias” de dichas redes, no hay afectación a un derecho real de aprovechamiento de aguas, sino que simplemente, a la propiedad sobre ellas. Si bien es cierto, dicha aseveración puede llamar la atención en base al carácter de bien nacional de uso público que ostenta el agua, es correcta, ya que una vez que las aguas llegan al cauce artificial de que se trate, pasa a ser propiedad del usuario respectivo: esas aguas ya fueron aprovechadas; al ser captadas ya fueron objeto de los poderes correspondientes al derecho real de aprovechamiento de aguas. Ello se explica porque una vez que se ha constituido un derecho de aprovechamiento de aguas consuntivo, su titular, en cuanto puede consumir el agua, también puede venderla.<sup>197</sup> En ese caso el agua ha sido objeto de las facultades de uso y goce por parte del titular del derecho y en virtud de ellas ha incorporado el agua a su patrimonio, perdiendo, de ese modo, su carácter de bien nacional: deja de ser un bien cuyo dominio pertenece a la nación toda. En un ejemplo grueso, pero gráfico, para efectos civiles, es decir, de calificación de la titularidad jurídica, se trata de una acción del

---

<sup>197</sup>Aylwin señala que [l]a diferencia que hace el Código de Aguas en su artículo 6º, entre el derecho de aprovechamiento de aguas y las aguas mismas deriva del carácter consuntivo o no consuntivo que pueda tener el derecho. Si el derecho de aprovechamiento es consuntivo, tanto sobre el derecho como sobre las aguas, el título tiene los tres requisitos [sic] del dominio: el uso, el goce y la disposición. No ocurre lo mismo si el derecho es no consuntivo, ya que en este caso sólo se tiene el uso y el goce de las aguas sin consumirlas, quedando obligado a su restitución”. Aylwin Azócar, ob. cit., p. 163.

todo equivalente a embotellar el agua. En ese caso, no sería correcto afirmar que quien compró esa agua tiene un derecho real de aprovechamiento sobre ella, sino que es propietario de ella.

En las hipótesis en análisis, por lo tanto, la expresión “invasión de derechos” del encabezado del art. 459, no hace referencia al derecho real de aprovechamiento de aguas, sino al dominio. La pregunta que resulta pertinente plantearse en este punto es por qué si estas hipótesis tienen como objeto jurídico de protección a la propiedad, fueron incorporadas a la tipología de los delitos de usurpación de aguas, en vez de someterse –sin necesidad de mención expresa– al régimen del hurto/robo. La respuesta a dicha interrogante viene dada por el hecho de que –como ya se señaló *supra*<sup>198</sup>– no basta que un bien sea una cosa corporal mueble (como lo es el agua) para que pueda ser el objeto de ataque de los delitos de hurto o robo, dado que a su respecto debe poder afirmarse, además, su corporeidad, característica que no puede predicarse respecto del agua que fluye por canales, acueductos, redes de agua potable o instalaciones domiciliarias de éstas, ya que en dichas hipótesis se encuentra en un estado tal que no tiene

---

<sup>198</sup>Cap. Primero, 2.1.

una delimitación espacial que haga posible su detentación. Luego, no puede afirmarse su corporeidad o tangibilidad y, en consecuencia, no puede ser objeto de los delitos de hurto o robo. De este modo, la razón de esta tipificación especial es la misma razón que llevó a tipificar el delito de hurto de energía eléctrica a saber: la existencia de un dominio distinto al quirritario (subyacente al hurto y al robo).<sup>199</sup>

### ***2.2.2. La figura del art. 459 N° 4 primera parte***

La figura a analizar en el presente acápite consiste en “Usurpar [...] un derecho cualquiera referente al curso de ellas [las aguas]”. Como se señaló con anterioridad, la figura central del sistema de delitos de usurpación de aguas es la del del art. 459 N° 1 del CP. Pues bien, frente a dicha figura, el delito del art. 459 N° 4, primera parte, viene a erigirse como una excepción a la circunstancia de que el aprovechamiento de aguas sin expropiación (efectiva imposibilitación de ejercicio) para el titular del derecho respectivo es impune.

---

<sup>199</sup>Para una visión en contrario, en relación con el hurto de energía eléctrica, vid., Guzmán Dálbora, José Luis, “El hurto de energía eléctrica”, en *Doctrina esenciales. Gaceta Jurídica. Derecho Penal*, T. I. AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 249 – 265.

Para Guzmán, esta figura trata la ocupación total: usurpar un derecho cualquiera referente al curso de las aguas, sea desviándolas, deteniéndolas o represándolas,<sup>200</sup> frente a la ocupación parcial del art. 459 N° 1. Etcheberry, en tanto, señala que la exigencia respecto de esta figura de que se proceda “sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos” resulta superflua desde el momento en que se define al delito como usurpar un derecho ajeno, lo que supone no ser titular del mismo. En esta hipótesis no se altera el curso de las aguas, ni los cauces ni depósitos: se trata de una simple sustitución de titular respecto de un derecho ya existente.<sup>201</sup> Garrido, finalmente, comentando esta figura, se limita a señalar que usurpar es arrogarse de facto las facultades que le corresponden al titular del derecho y ejercerlas por cuenta propia.<sup>202</sup>

La mayor dificultad que plantea esta figura es su diferenciación con la usurpación del art. 459 N° 1. La clave interpretativa para diferenciar ambas figuras radica en la expresión “usurpación” como contrapuesta a las

---

<sup>200</sup>Guzmán Dálbora, *op. cit.*, p. 72.

<sup>201</sup>Etcheberry, *ob. cit.*, (cita N° 2), p. 374.

<sup>202</sup>Garrido Montt, *ob. cit.*, p. 291.



exigencias de “sacar aguas” y de “apropiación”, propias del art. 459 N° 1, entendida como la arrogación de un derecho de aprovechamiento de aguas ajeno como propio. La misión, por lo tanto, es dotar de un contenido diferenciado a la exigencia de usurpación frente a las exigencias propias del art. 459 N° 1.

Una primera aproximación a la dilucidación del contenido de la exigencia de usurpación, podría llevar a pensar que ella consiste simplemente en arrogarse el contenido fáctico de poder correlativo a un derecho de aprovechamiento de aguas ajeno. Esta es la interpretación tanto de Etcheberry como de Garrido. Esta forma de dotar de contenido a la exigencia de usurpación debe ser rechazada, ya que tornaría superflua la existencia del art. 459 N° 1 del CP, lo que no sólo vulneraría el principio del legislador racional sino que también le daría la espalda a la práctica jurisprudencial que normalmente aplica el art. 459 N° 1 de modo preferente al art. 459 N° 4 primera parte. En efecto, si tenemos en consideración el contenido de la exigencia de “apropiación” del art. 459 N° 1 (que consiste, de un lado, en la arrogación del contenido fáctico de poder correlativo a un derecho de aprovechamiento de aguas ajeno y, de otro, en una efectiva

imposibilitación del ejercicio de dicho derecho),<sup>203</sup> la exigencia de usurpación, sería un subconjunto<sup>204</sup> de aquella, en cuanto se configuraría con la concurrencia de sólo uno de los elementos de la apropiación, a saber, la arrogación del contenido fáctico de poder. De este modo, “usurpar un derecho referente al curso de [las aguas] no sería algo distinto a “sacar aguas” (exigencia propia del art. 459 N° 1), con lo que cada vez que se configure el art. 459 N° 1 se configuraría, a su vez, el 459 N° 4 primera parte y, siendo éste menos exigente típicamente,<sup>205</sup> en la práctica desplazaría en términos absolutos al 459 N° 1 convirtiéndolo en letra muerta. Por este motivo, una interpretación que llegue a la conclusión de la existencia de una relación de subconjunto a conjunto entre dos figuras típicas no es aceptable desde la perspectiva del principio del legislador racional, si es que el tipo superconjunto no es un tipo calificado o agravado en relación con el tipo subconjunto. Así, la interpretación que aquí se rechaza no lograría explicar la razón por la que el legislador establece la hipótesis en análisis como una diferenciada de la del art. 459 N° 1.

---

<sup>203</sup>Vid, *supra*, Cap. Segundo, 2.2.1.

<sup>204</sup>Según la teoría de conjuntos, A es subconjunto de un conjunto B si A "está contenido" dentro de B. Recíprocamente, se dice que el conjunto B es un superconjunto de A cuando A es un subconjunto de B.

<sup>205</sup>Dado que se verificaría con la sola constatación del primer elemento de la exigencia de apropiación, obviando el segundo elemento, esto es, la efectiva imposibilitación en el ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas.

Así las cosas, la relación entre la usurpación y la apropiación no es una relación de inclusión, esto es, de subconjunto (usurpación) a conjunto (apropiación), sino una relación de intersección,<sup>206</sup> esto es, de superposición de algún(os) elemento(s) común(es) a los dos conjuntos en relación, pero de diferenciación en torno a otros elementos no compartidos. Como es obvio, para poder afirmar tal relación es necesario detectar algún elemento presente en la exigencia de usurpación que no esté contenido en la exigencia de apropiación<sup>207</sup>. A ello nos abocaremos en el párrafo siguiente.

La exigencia de usurpación tiene como sustrato la arrogación del contenido fáctico de poder correlativo a un derecho de aprovechamiento de aguas. Pero –por las razones señaladas en el párrafo anterior– no se puede limitar a eso. En efecto, la “usurpación” en la figura en análisis requiere que dicha arrogación no se limite a sacar aguas (que es ejercer el contenido de un derecho de aprovechamiento de aguas) sino que exige además que, externamente, el agente realice actos que lo hagan parecer como titular del

---

<sup>206</sup>La intersección de dos (o más) conjuntos es una operación que resulta en otro conjunto que contiene los elementos comunes a los conjuntos de partida.

<sup>207</sup>Ya sabemos que hay un elemento de la apropiación que no está presente en la usurpación: la efectiva imposibilitación del ejercicio del derecho.

derecho que ilegítimamente ejerce, lo que, en la práctica se satisfaría con un cierto despliegue en el tiempo de dicho ejercicio. Dicha interpretación es plausible desde el tenor literal del art. 459 N°4 primera parte, toda vez que la conducta típica se denota como “usurpar un derecho referente al curso [de las aguas]”, fórmula lingüística que frente al “sacar aguas” del 459 N° 1 tiene un mayor contenido denotativo, el que se concreta en que el agente no sólo se arroge el contenido fáctico de poder del derecho sino que, en cierto modo, la posición formal de titular (“usurpar un derecho”), lo que, como ya se señaló, se exterioriza a través de acciones que se prolongan en el tiempo, siendo acciones paradigmáticas en ese sentido, en la medida que satisfagan cierta prolongación temporal, las señaladas por Guzmán Dálbora: desviar las aguas, detenerla o represarlas. Acciones que dicho autor, sin embargo, enuncia no a modo meramente ejemplar, sino como las únicas constitutivas del tipo en comento. Lo anterior, se puede deber a la referencia de la disposición al “curso de [las aguas]”, lo que haría pensar que Guzmán estima que las conductas típicas deben referirse a dicho cuerpo, por lo que sólo acciones que incidan en el cuerpo en cuanto tal, (desviar, retener, represar) serían típicas. Sin embargo, el “curso” no se alude en el tipo como objeto de referencia de la conducta sino que como objeto de referencia del

derecho de aprovechamiento de aguas. En razón de lo anterior, conductas distintas a las señaladas por Guzmán también pueden ser típicas a la luz de esta figura en la medida que satisfagan la prolongación temporal ya aludida.

Conforme a dicha interpretación, el *plus* de disvalor en el injusto que ostenta la conducta del 459 N° 4 primera parte frente a la figura del art. 459 N° 1 en cuanto al requerimiento de cierta prolongación temporal, se compensa con el *minus* de disvalor en el resultado que ostenta frente a esa misma figura en cuanto no exige que el titular del derecho sea efectivamente privado de la posibilidad de ejercer su derecho. Esa compensación justifica que ambas conductas típicas tengan asignadas la misma penalidad.

### ***2.3. Figura de tentativa de desplazamiento (art. 459 N° 2)***

La figura del art. 459 N° 2 consagra un adelantamiento de la punibilidad sancionando con la misma pena aparejada a la conducta consistente en sacar aguas, apropiándose de las mismas para hacer de ellas un uso cualquiera, a la conducta de tentativa consistente en la ruptura, con

igual fin, de diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes, conducta que no afecta al bien jurídico protegido sino que es solo una tentativa de afectación. Elocuentemente se pronuncia en los mismos términos Guzmán, que al efecto señala que “el Código nos sorprende al equiparar a la conducta anterior [la del art. 459 N° 1], otra que consiste en sus pódmodros: romper o alterar con igual fin (de apropiación) diques, esclusas, compuertas, marcos, etc., en lo que se divisa una actividad de tentativa asimilada por artificio legal a la consumación, es decir, un delito de emprendimiento, que demanda, obviamente, fuerza en las cosas.<sup>208</sup> En el mismo sentido, Politoff/Matus/Ramírez hacen notar que en este tipo el legislador ha castigado como delito consumado actos que sólo representan en todo caso una tentativa de usurpación de aguas.<sup>209</sup>

La real naturaleza de esta figura –tentativa asimilada legalmente a consumación– parece no ser advertida por Etcheberry cuando señala que esta hipótesis “es la que comprende la mayor parte de los casos que

---

<sup>208</sup>Guzmán Dálbora, ob. cit., p. 71. Guzmán, por lo demás, señala que “dicha fuerza es asimismo inherente a la actividad, también de tentativa, mentada por el artículo 2° de la Ley número 18.119, para el que realice o mantenga una conexión clandestina a las matrices o arranques de agua potable, hecho sancionado con una penalidad inferior –prisión y multa–, como cuadra a un delito de peligro”.*Id.*

<sup>209</sup> Politoff *et al*, p. 409.

clásicamente se conocen con el nombre de desviación de aguas”<sup>210</sup> y que, “[a]l igual que en el caso anterior [art. 459 N° 1], se trata de apropiarse de ellas, para hacer un uso cualquiera”.<sup>211</sup> En la misma inadvertencia incurre Garrido cuando denomina a la figura en comento como “sustracción de agua con fuerza en las cosas”<sup>212</sup>, lo que es incorrecto, toda vez que el delito queda completo con el rompimiento de diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes con el fin de apropiarse de aguas para hacer de ellas un uso cualquiera, sin necesidad de que se haya alcanzado efectivamente dicha finalidad.

Finalmente, Garrido pone de relieve la concurrencia la finalidad de apropiación de las aguas al señalar que dañar las obras enunciadas en el N° 2 del art. 459 o desviar aguas con objetivos diversos al de hacerse dueño del agua, puede constituir otros delitos, como el de daños o estragos.<sup>213</sup>

#### ***2.4. Figuras de mera obstaculización del ejercicio del derecho (arts. 459***

#### ***N° 3 y 459 N° 4 parte final)***

---

<sup>210</sup> Etcheberry, ob. cit. (cit. N° 2), p. 376.

<sup>211</sup> *Id.*

<sup>212</sup> Garrido Montt, ob. cit., pp. 288 y 289.

<sup>213</sup> Garrido Montt, ob. cit., p. 290.

Las hipótesis típicas de los arts. 459 N° 3 y 459 N° 4 parte final, son figuras de mera obstaculización del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas que consisten en el embarazo al ejercicio de los derechos de un tercero (459 N° 3) o en la turbación en la legítima posesión de un derecho cualquiera referente al curso de aguas (459 N° 4 parte final). En el contexto de los delitos contra la propiedad en sentido estricto, son figuras del todo equivalentes al delito de daños.<sup>214</sup>

En ese sentido, Etcheberry señala que en estas figuras “no se exige ánimo de lucro, y en rigor, ni siquiera es necesario que exista usurpación, en el sentido de ocupar un bien ajeno en vez de su titular. Bastaría con el ánimo de venganza o perjuicio [...]. No se exige que el titular sea despojado del derecho: basta con que se le embarace o turbe, esto es, que no pueda ejercitarlo sin grave dificultad.<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup>Un antecedente remoto de estas figuras se puede encontrar en Derecho romano, específicamente en una serie de senadoconsultos del año 743-11 y en un acuerdo del pueblo, año 745-9. El contenido de estas disposiciones se reduce en lo esencial –y en lo pertinente– a prohibir que se causen daños a la conducción de aguas. Cfr. Mommsen, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. de Pedro Dorado Montero), Temis, Bogotá, 1976, p. 506.

<sup>215</sup>Etcheberry, ob. cit. (cit. N° 2), pp. 374 y 375.



Para Guzmán, en tanto, poner embarazo al ejercicio de derechos de terceros sobre las aguas y turbarles en su legítima posesión, deja en evidencia la especial inquietud de la ley por el valor de aquéllas frente a la propiedad de la tierra, para cuya perturbación no conoce el Código una punición autónoma (salvo el art. 158 num 6, en que el bien protegido es otro). Estamos ante un comportamiento de tono menor comparativamente a los ya indicados (n° 1 y n° 3) porque esta vez el agente estorba o impide al derechohabiente el aprovechamiento de aguas, sin que vaya de por medio una apropiación, ni siquiera parcial, en lo que ha de tenerse en cuenta que esta modalidad no recae en la persona del ofendido, sino directamente en las aguas o los medios que permiten su disfrute, por ejemplo, rompiéndolos, bloqueándolos o alterándolos.<sup>216</sup>

No estamos de acuerdo con Guzmán cuando señala que estamos ante un comportamiento de tono menor comparativamente con los de los N°s 1 y 4 primera parte del art. 459, toda vez que en ambos casos se afecta del mismo modo el bien jurídico protegido, esto es, la continuidad del contenido de poder fáctico correlativo al respectivo derecho de

---

<sup>216</sup>Guzmán Dálbora, ob. cit., p. 72.

aprovechamiento de aguas. Guzmán, implícitamente, legitima una anomalía que subyace en el seno de la regulación de los delitos contra la propiedad *stricto sensu*, a saber: la intensificación de la reacción punitiva estatal en los atentados de desplazamiento (por ejemplo, hurto) frente a los de mera lesión (por ejemplo, daños), rasgo que es completamente anómalo desde el punto de vista del discurso del bien jurídico, dado que, en esos casos no es la afectación del bien jurídico lo que le interesa proteger al sistema, sino que prioritariamente busca impedir que otro se aproveche de dicha afectación. En este sentido, por lo tanto, la regulación del art. 459 del CP es más correcta, desde la perspectiva del discurso de la teoría del bien jurídico, que la propia de los delitos contra la propiedad en sentido estricto.

Estas dos figuras, dado que exigen entorpecimiento u obstaculización, al igual que en la figura del 459 N° 1 requieren que se afecte un uso efectivo de las aguas a las que se tiene derecho, aunque, a diferencia de ella, no se requiere impedimento, sino que mero entorpecimiento u obstaculización.

### 3. USURPACIÓN PACÍFICA DEL QUE NO TIENE DERECHOS. LA USURPACIÓN FRAUDULENTO (ART. 461)

La figura del art. 461 CP, denominada por algunos como “usurpación fraudulenta”<sup>217</sup> o “ejercicio fraudulento del derecho de aguas propio”<sup>218</sup> sanciona al que teniendo derecho para usar o sacar aguas se hubiere servido fraudulentamente con tal fin de orificios, conductos, marcos, compuertas o esclusas de una forma diversa a la establecida o en una capacidad superior a la medida a que tiene derecho. La conducta descrita en dicho artículo –a diferencia de las del art. 459– sólo puede ser cometida por quien tiene un derecho de aprovechamiento sobre el cuerpo de agua relevante; es, por lo tanto, una figura de sujeto activo calificado, tal como lo aseveran Garrido,<sup>219</sup> Etcheberry<sup>220</sup> y van Weezel.<sup>221</sup> Es, además –y a diferencia de la figura del art. 459 N° 1– una figura de medios comisivos determinados, ya que las aguas deben ser sacadas por medio de orificios, marcos, compuertas

---

<sup>217</sup>*Id.*

<sup>218</sup>Garrido Montt, ob. cit., p. 292.

<sup>219</sup>“Esta es una figura penal *especial*, exige un sujeto calificado, que necesariamente debe ser un titular de un derecho de agua en la red de agua de que se trate”. Garrido Montt, ob. cit., p. 292 (cursivas en el original).

<sup>220</sup>“[E]l sujeto activo es una persona que es titular legítimo sobre un derecho sobre aguas”Etcheberry, ob. cit., p. 376.

<sup>221</sup>Van Weezel, ob. cit., p. 503.

o esclusas. Adicionalmente, como el que comete la conducta típica en este delito es el que tiene derechos sobre las aguas, se exige que dicho aprovechamiento se lleve a cabo “de una forma diversa a la establecida o de una capacidad superior a la medida a que tienen derecho”. Para determinar la configuración de este extremo típico será preciso estarse a lo establecido en el título correspondiente. A este respecto, cabe recordar que el art. 140 N° 3 del CA establece que “la solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas deberá contener: el o los puntos donde se desea captar el agua”.

Ahora bien, para tener por configurada la conducta típica no basta con sacar o usar aguas de un modo distinto al establecido en el respectivo título por medio de orificios, marcos, compuertas o esclusas, dado que se exige que ello se realice “fraudulentamente”, elemento del tipo que presenta las mayores dificultades interpretativas de la disposición en análisis y sobre el que la doctrina se encuentra dividida. En efecto, en relación con la exigencia de fraude del art. 461, Garrido señala que se traduce en “perjuicio de terceros engañándolos o abusando de su confianza”,<sup>222</sup> a lo que agrega:

---

<sup>222</sup>Garrido Montt, ob. cit., p. 292.

“[p]ara que el delito se consume debe causar perjuicio a esos terceros afectados.”<sup>223</sup> Etcheberry, en tanto, señala que “la exigencia de que se proceda fraudulentamente significa que debe actuarse con engaño (representado precisamente por la alteración material de los conductos o marcos), y que ello debe causar perjuicio.”<sup>224</sup> Este perjuicio –en la interpretación de Etcheberry– “puede producirse concretamente con respecto a determinada persona, o más generalmente, con respecto a todos los titulares de derechos de agua en la misma hoya, sin poder precisarse la proporción en que cada uno es afectado, o, por último, en relación con la economía general de la zona.”<sup>225</sup> Mera, por su parte, comentando la interpretación de Etcheberry, difiere con dicho autor en torno a la exigencia de perjuicio al señalar que dicha “[e]quivocada consecuencia [...] se desprende de creer que el fraude envuelve un perjuicio, en circunstancias que él sólo es un medio de obrar”<sup>226</sup>. Coincide con Etcheberry, empero, en torno a la exigencia de engaño, pero agrega que “el término analizado [“fraudulentamente”] está bien empleado, además, en el sentido de abuso de

---

<sup>223</sup>*Id.*

<sup>224</sup>Etcheberry, ob. cit. (cit N° 2), p. 376.

<sup>225</sup>*Id.*

<sup>226</sup>Mera Figueroa, Jorge, *Fraude civil y fraude penal. El delito de entrega fraudulenta*, Ed. Jurídica Conosur, reimpresión de la 2ª ed. de 1994., Santiago, 2001, pp. 101 y 102. Para fundamentar dicho aserto Mera señala que “el fin perseguido puede no ser la causación de un daño patrimonial, lo que es indiscutible en nuestro Código: art. 12, N° 15; art. 267.” *Ibid.*, p. 102.

confianza, porque bien miradas las cosas, de parte del que encontrándose en una situación establecida en cuanto al goce de un derecho, la usa indebidamente en perjuicio de otro, hay abuso de confianza.<sup>227</sup> Guzmán, en fin, sostiene que la figura en comento “se comete mediante engaño o, lo que será más común, abuso de confianza por servirse el agente [...] de procedimientos de extracción (orificios, conductos, marcos, compuertas o esclusas) distintos de los convenidos o de una capacidad superior a la medida que le toca”.<sup>228</sup>

De este modo, en la doctrina nacional se encuentran los siguientes modelos interpretativos de la expresión “fraudulentamente” en el contexto del art. 461 del CP, a saber:

- a) “Fraudulentamente” exige la verificación de engaño o abuso de confianza y de perjuicio. (Garrido)
- b) “Fraudulentamente” exige la verificación de engaño o abuso de confianza mas no de perjuicio. (Mera y Guzmán Dálbora). A este respecto, es preciso distinguir entre: i) aquella postura que afirma la

---

<sup>227</sup>Mera Figueroa, ob. cit., p. 102.

<sup>228</sup>Guzmán Dálbora, ob. cit., p. 72.

exigencia de engaño o abuso de confianza como elemento autónomo del tipo (Mera); y ii) aquella en virtud de la cual se sostiene que la exigencia de engaño o abuso de confianza se subsume en la enunciación de los medios comisivos (Guzmán Dálbora).

- c) “Fraudulentamente” exige la verificación de engaño, representado precisamente por el empleo de los medios comisivos especificados, más perjuicio. (Etcheberry). Es decir, exige sólo perjuicio, ya que el engaño no es un elemento que provenga de la expresión “fraudulentamente” sino que se satisfaría con el empleo de los medios comisivos típicos.

Creemos que la interpretación correcta consiste en aseverar que la expresión “fraudulentamente” en el contexto del art. 461, debe entenderse de modo tal que formule exigencias respecto a dos aspectos del tipo, a saber: en torno a los medios comisivos y en torno al resultado. Sobre los medios comisivos implica afirmar ya sea engaño o abuso de confianza, los que no se verifican con el mero empleo de aquellos, sino que se erigen como exigencias adicionales a dicho uso. En cuanto al resultado, la expresión “fraudulentamente” exige la verificación de un perjuicio, el que

se satisface con la obstaculización efectiva del ejercicio del derecho de aprovechamiento de que se trate (en el mismo sentido que se exige respecto del art. 459 N° 1<sup>229</sup>). En los párrafos que siguen, fundamentaremos esta postura a través de la revisión crítica de las interpretaciones disponibles en la doctrina nacional.

La interpretación de Etcheberry debe descartarse, en primer término, porque no es cierto que con la mera utilización de los procedimientos señalados en el tipo pueda afirmarse sin más el carácter engañoso de dicha utilización. De otro lado, dicha errónea asunción hace que, de facto, no se formule exigencias en torno a los medios comisivos especificados en el tipo, siendo que resulta ineludible concluir de la sola lectura de la disposición que para tener por satisfecha la exigencia de fraude, a nivel de medio comisivo, no basta con el empleo de los medios especificados en el tipo, sino que debe constatarse, adicionalmente, que el agente se sirvió fraudulentamente de ellos. Dicha interpretación es conflictiva con el principio de legalidad en cuanto daría pie para afirmar la configuración de la hipótesis típica (y la imposición de la correlativa sanción penal) sin exigir

---

<sup>229</sup>*Vid., supra*, sección 2.2.1, letra a) del presente capítulo.



la concurrencia de todos los elementos típicos previstos en el art. 461 del CP.

La interpretación de Guzmán Dálbora, en tanto, se hace acreedora de las mismas objeciones formuladas a la tesis de Etcheberry, en cuanto, aunque además del engaño alude al abuso de confianza, señala que dichas formas de obrar se satisfacen con el mero empleo de los procedimientos de extracción señalados en el tipo de un modo distinto al establecido en el título. Sin embargo, su interpretación resulta aún más problemática que la de Etcheberry ya que, a diferencia de éste, no interpreta la cláusula “fraudulentamente” como exigente de perjuicio. Lo anterior, lleva a concluir que Guzmán Dálbora –sin explicitarlo– considera a dicha cláusula como superflua al no atribuirle ningún contenido adicional a los ya contenidos en otros elementos del tipo, ya que el engaño y el abuso de confianza que implicaría se comprendería en la utilización de orificios, conductos, marcos, compuertas o esclusas “distintos de los convenidos o de una capacidad superior a la medida que le toca.”<sup>230</sup> Ello determina que dicha interpretación deba descartarse por conflictiva con el principio de

---

<sup>230</sup>Guzmán Dálbora, ob. cit., p. 72.

legalidad en tanto daría lugar a afirmar la configuración de la conducta típica sin que se haya verificado la concurrencia de una exigencia que, conforme al principio del legislador racional, debe interpretarse como una exigencia adicional al mero empleo de los medios comisivos especificados de una forma diversa a la establecida o en una capacidad superior a la medida a que se tiene derecho.

Mera, por su parte, si bien es cierto afirma que la expresión “fraudulentamente” se traduce en la exigencia de engaño o de abuso de confianza –lo que estimamos correcto–, excluye la exigencia de perjuicio señalando que afirmarla sería una equivocación que se desprendería “de creer que el fraude envuelve un perjuicio, en circunstancias que él sólo es un medio de obrar”<sup>231</sup>. Esta exclusión la fundamenta Mera en sus consideraciones generales sobre el fraude. En efecto, para Mera “la idea de defraudación envuelve dos requisitos, que son, un perjuicio o lesión patrimonial para la víctima y el fraude empleado por el sujeto activo. Defraudar sería, según esto, causar un perjuicio a otro mediante fraude”.<sup>232</sup> Fraude, en tanto, es “un medio o modo de obrar, y un medio de actuar que

---

<sup>231</sup>Mera Figueroa, ob. cit., p. 102.

<sup>232</sup>*Ibid.*, pp. 89 y 90.

la ley penal estima especialmente repudiable”<sup>233</sup> y, más específicamente, el “medio o modo de obrar engañoso o abusivo de confianza de que se vale una persona para obtener un resultado antijurídico”.<sup>234</sup>

Frente a la postura de Mera, creemos que la determinación de si la cláusula “fraudulentamente” debe interpretarse como exigente de perjuicio o no, debe realizarse contextualizada y sistemáticamente respecto de cada tipo penal. Pues bien, ese modo de proceder lleva a concluir que la figura del 461 requiere perjuicio, materializándose éste en la efectiva imposibilitación del ejercicio del derecho, misma exigencia que se predica respecto de la figura paradigmática y genérica en materia de usurpación de aguas del que no tiene derechos: el art. 459 N° 1, figura que tiene asignada la misma penalidad que la del 461 y que, por encontrarse valorativamente equiparada a nivel de acción con ésta, debería tener el mismo disvalor de resultado. Si el tenor literal permite una interpretación que haga razonable – desde una perspectiva inspirada en el principio de proporcionalidad– las regulaciones del legislador, es deber del intérprete ensayar dicha interpretación.

---

<sup>233</sup>*Ibid.*, p. 90.

<sup>234</sup>*Ibid.*, p. 91.

Este análisis contextualizado debe considerar que la exigencia de obrar “fraudulentamente” se enarbola respecto de un delito contra la propiedad (en sentido amplio) y no respecto de un delito contra el patrimonio. En esa perspectiva, no se puede –como es lo habitual respecto de la exigencia de fraude– exigir la verificación de un perjuicio *patrimonial*, sino que, necesariamente, de otra índole.<sup>235</sup> Así las cosas, el perjuicio a corroborar es la efectiva imposibilitación del ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas, en el mismo sentido en el que se exige respecto de la figura del art. 459 N° 1. De esta forma, se exige el mismo disvalor de resultado tanto respecto de aquella figura como de la del art. 461 del CP, con lo que se dota de simetría valorativa a la regulación de la usurpación de aguas del CP. En efecto, a nivel de disvalor de acción, la figura del art. 459 N° 1 se encuentra equiparada con la del art. 461 del CP, ya que el superávit de disvalor de la conducta consistente en sustraer aguas sin tener derecho a ellas, frente a la conducta de quien sustrae aguas abusando del derecho a aprovecharse de ellas, se equipara por la exigencia adicional respecto de

---

<sup>235</sup>Esta interpretación no es extravagante en la doctrina nacional, ya que en el contexto de la interpretación del tipo de apropiación indebida desde una perspectiva orientada por la consideración de aquél como un tipo que protege exclusivamente a la propiedad, necesariamente se argumenta el perjuicio exigido por el art. 470 N° 1 como si se tratara de algo distinto de una afectación al patrimonio. Vid. Bascuñán Rodríguez, Antonio, *Delitos contra la propiedad (5): La apropiación indebida* (materiales de clases), pp. 17 y ss.

esta última consistente en aquello se haga con engaño o con abuso de confianza (ausente en el art. 459). De este modo, a nivel de disvalor de acción, la sustracción sin derecho viene a equilibrarse con la sustracción con engaño o abuso de confianza de aguas a las que se tiene derecho. Por lo tanto, a igual disvalor de acción, no resultaría razonable exigir un disvalor diferenciado respecto de hipótesis típicas conminadas con la misma pena.<sup>236</sup>

La premisa interpretativa de la cual partimos a este respecto es que, a nivel de resultado, la figura del art. 461 no puede ser menos exigente que la figura paradigmática de usurpación del que no tiene no tiene derechos del art. 459, ya que la compensación de disvalor que la exigencia de proceder mediante engaño o abuso de confianza (ausente en el art. 459) viene a equilibrarse con el hecho de que en el art. 461 sólo exista un abuso de un derecho, frente a la no existencia del mismo en las conductas del art. 459. De este modo, interpretar el “fraudulentamente” en el contexto del art. 461, afirmando que dicho elemento no requiere perjuicio, conduciría a una

---

<sup>236</sup>Corolario de lo anterior es disentir con la sugerencia de Guzmán, quien señala –refiriéndose al art. 461 del CP– que, puesto que el agente abusa de su derecho, la pena debiera ser más benigna que las del 459, como en el art. 457 inciso segundo, recomendación que el Código desdeña. Guzmán Dálbora, ob. cit., p. 72. En efecto, si bien es cierto, en la figura del 461 sólo hay abuso del derecho, lo que podría dar pie a señalar que ostenta un disvalor menor que las conductas del art. 459, Guzmán, al no asignarle ningún sentido operativo a la exigencia de fraude, ignora el mayor desvalor que dicha exigencia le confiere a la figura del 461, tanto a nivel de injusto (engaño o abuso de confianza) como a nivel de resultado (perjuicio), lo que compensa el presunto menor disvalor inicial de la figura.

contradicción valorativa inaceptable, dado que la figura paradigmática de usurpación del que no tiene derechos, el art. 459 N°1, sí lo requiere. En razón de ello, si es que no se exige perjuicio en el artículo 461, se arribaría a la absurda conclusión de que el Código Penal es más exigente para efectos de sancionar al que no tiene derechos (459) que al que los tiene pero sólo abusa de ellos (461).

Conforme a lo anterior, el perjuicio requerido por la figura del art. 461 se debe concretar en una efectiva imposibilitación del ejercicio de un derecho de aguas por cuanto sólo ese estado de cosas puede ser calificado como un “perjuicio”, lo que mantiene el necesario equilibrio valorativo entre las figuras del art. 459 y la del 460, todas las cuales presentan la misma penalidad. Conforme a esta interpretación, el “perjuicio” se limita a la efectiva imposibilitación del ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas y no con un perjuicio derivado de esa imposibilitación como, por ejemplo, muerte de ganado o pérdidas relativas a la cosecha. De este modo, nos contraponemos a la posición de Etcheberry en tanto interpreta la exigencia de perjuicio de un modo desmesurado, toda vez que señala que éste se puede configurar no sólo respecto a una persona determinada, sino

también respecto a todos los titulares de derechos de agua en la misma hoy, sin poder precisarse la proporción en que cada uno es afectado, o, incluso, en relación con la economía general de la zona.<sup>237</sup>

#### **4. LA USURPACIÓN DE AGUAS VIOLENTA**

El art. 460 del CP dispone que “[c]uando los simples delitos a que se refiere el artículo anterior se ejecutaren con violencia en las personas, si el culpable no mereciere mayor pena por la violencia que causare, sufrirá la de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

La disposición transcrita consagra la figura denominada “usurpación de aguas violenta” la que consiste en la realización de alguna de las conductas típicas a que se refiere el art. 459 del CP con violencia en las personas, hipótesis en la que la pena asignada al delito se compone –a

---

<sup>237</sup>Etcheberry, ob. cit., p. 76. Cabe señalar que el otro autor que enarbola la exigencia de perjuicio como elemento típico del art. 461 del CP, Garrido Montt, sólo se limita a afirmar que el perjuicio lo deben sufrir terceros, sin dar mayores luces en torno a este punto. Garrido Montt, ob. cit.

diferencia de la pena asignada a los delitos del art. 459 y del 460 del CP: presidio menor en su grado mínimo— de dos grados, a saber, presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado medio, constituyendo, por lo tanto, una hipótesis agravada de usurpación de aguas. Se excluye de esta agravación, tal como lo dispone *a contrario sensu* el art. 460, la figura del art. 461, que, como correctamente señala Etcheberry, por definición, excluye la posibilidad de violencia.<sup>238</sup> En el mismo sentido, aunque más elocuentemente, Garrido señala que en la situación del art. 461 “no rige la calificante del art. 460, porque la posibilidad de violencia queda totalmente descartada en este delito, por la naturaleza del medio de ejecución que requiere: el fraude, al que le es inherente el engaño o el abuso de confianza, pero no la fuerza física o la intimidación”.<sup>239</sup>

La figura del art. 460 consagra una regla de solución de un conflicto aparente de leyes, ya que dispone que si los delitos del art. 459 se realizan con violencia en las personas, las penalidades se elevan y que, si por la violencia ejercitada hubiere de corresponder mayor penalidad, se aplica

---

<sup>238</sup>Etcheberry, ob. cit. (cita N° 2), p. 377.

<sup>239</sup>Garrido Montt, ob. cit., p. 293. La referencia a la intimidación en el postulado de Garrido es manifiestamente impertinente: la intimidación es un medio de comisión diferenciado de la violencia y no se encuentra contemplado en la descripción típica de la figura del art. 460 del CP.



exclusivamente la propia de la violencia realizada. No hay, según Etcheberry, como en el caso de la usurpación de inmuebles, un concurso material, sino un concurso aparente, en el que, por el principio general de consunción, la usurpación de aguas desplaza a los delitos de violencia, y por la forma particular de dicho principio, llamado subsidiariedad, los delitos de violencia desplazan (consumen) a la usurpación de aguas en caso de tener mayor desvalor delictivo.<sup>240</sup> En el mismo sentido, Guzmán Dálbora señala que “[l]a usurpación violenta absorbe en su seno la falta de coacciones y las lesiones menos graves y leves, pero es desplazada, en mérito al régimen de subsidiariedad expresa del artículo 460 por las penas del homicidio y de las lesiones graves”<sup>241</sup>.

A este respecto, cabe señalar que “[u]no de los principios sistemáticos de la protección penal de la libertad consiste en que el resultado de privación o restricción de la libertad de acción perseguido por el autor del ataque sea comparativamente tanto o más relevante que la afectación de su capacidad de acción causada por el medio o modo de ataque concretamente utilizado para constreñirlo. Si en cambio, el medio o

---

<sup>240</sup>Etcheberry, ob. cit., pp. 376 y 377.

<sup>241</sup>Guzmán Dálbora, ob. cit., p. 76.

modo de ataque es considerablemente más grave, entonces prevalece como único título de incriminación. En virtud del principio del *ne bis in ídem*, debe estimarse que el delito de coacción mediante violencia sólo es compatible como título de incriminación con lesiones que producen una incapacidad general de acción de hasta cierta gravedad, lo cual originará un concurso aparente resuelto a favor de la coacción o bien un concurso ideal. Sobrepasándose esa gravedad, la sola incriminación a título de lesiones u homicidio expresa ya el disvalor de injusto de la lesión a la libertad, porque la afectación de la capacidad de acción que acarrea la muerte o la lesión gravísima es el fundamento material de su incriminación.”<sup>242</sup>

El aspecto definitorio de la figura en análisis y que, en cuanto tal, lo diferencia de las figuras del art. 459, es la exigencia de violencia en las

---

<sup>242</sup>Bascuñán Rodríguez, Antonio, “El robo como coacción”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N°1, 2002, p. 87. En la misma línea y, fundamentando el aserto, Bascuñán asevera que lo anterior “no es sólo una cuestión formal de relaciones entre normas, sino que concierne a la constatación material de la libertad personal como bien jurídico protegido. La vida y la incolumidad personal son bienes jurídicos merecedores de protección penal porque constituyen presupuestos indispensables para el libre desarrollo de la personalidad. Por lo mismo, cuando a raíz de la afectación de esos bienes se produce también una afectación total o exorbitante de la capacidad general de acción (muerte, invalidez) se encuentra lisa y llanamente fuera de lugar la identificación de algún ámbito concreto y específico de acción como objeto relevante de ataque. La muerte es la más grave vulneración imaginable al libre desarrollo de la personalidad, pero precisamente por eso es que no se puede decir con sentido que la muerte impida realizar tal o cual acción. Lo mismo cabe decir de lesiones graves: el que mutila a un pianista rival para que no participe en una competencia no lo constriñe a omitir tomar parte en ese concurso sino que destruye su condición de pianista. Sólo un ser capaz de acción puede ser objeto de coacción.” Bascuñán, *Id.*

personas. Dicha exigencia es el elemento adicional de injusto de la figura del art. 460 del CP en relación con las del art. 459. Al respecto, Politoff/Matus/Ramírez señalan que la voz violencia tiene idéntico significado que respecto del delito de ocupación material de inmuebles: al menos se requieren lesiones menos graves.<sup>243</sup> En relación con la usurpación de inmuebles violenta (a lo que estos autores denominan “ocupación material de inmuebles”), Politoff/Matus/Ramírez señalan que “la *violencia* que caracteriza a la figura del inc. primero del art. 457 CP debe entenderse referencialmente a lo ya explicado a propósito del robo simple”<sup>244</sup>. En relación con este último delito, en tanto, se señala que “será violencia para estos efectos aquella que importe una lesión efectiva y seria de la integridad de las personas que constituya al menos lesiones menos graves del art. 399 CP.”<sup>245</sup> Esta interpretación de la fórmula “violencia en las personas” en cuanto medio comisivo de un delito contra la propiedad es la estandarizada –aunque con matices– en el derecho chileno. En esta tesis diferimos de aquella interpretación.

---

<sup>243</sup>Politoff, *et al*, ob. cit., p. 409.

<sup>244</sup>*Ibid.*, p. 403.

<sup>245</sup>*Ibid.*, pp. 360 y 361.

La disyuntiva interpretativa que se presenta en este punto consiste en dilucidar si la violencia en las personas es sólo afectación de libertad personal, siendo un simple medio coactivo desplegado para efectos de afectar el ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas mediante la realización de alguna de las conductas del art. 459 del CP o si, por el contrario, se exigen requisitos adicionales a los de la violencia como medio coercitivo general (como por ejemplo, lesiones de cierta entidad como en la tesis de Politoff/Matus/Ramírez). En otros términos, el dilema a dilucidar es si la violencia en las personas es el constreñimiento ejercido para vencer la oposición actual o potencial de resistencia a la usurpación de agua o la irrogación de lesiones corporales o la muerte. Nos inclinamos por la primera opción interpretativa.

En efecto, la violencia es una exigencia claramente diferenciada de la(s) consecuencia(s) derivada(s) de ella, como por ejemplo, la causación de lesiones de cierta entidad. De este modo, debe interpretarse dicho requisito en su propio mérito sin agregar al contenido típico de la figura del art. 460 del CP elementos extraños a ella. Esta última forma de proceder (exigir requisitos adicionales y externos al tipo) no sólo es reprochable en sí misma

en cuanto no es sino un argumento intempestivo que confunde el análisis, sino porque, además, hace desatender el estudio de la violencia en cuanto tal. Se puede conjeturar que la inclusión de elementos extraños a la figura y la correlativa desatención de la exigencia de violencia en las personas considerada en sí misma, se deriva de la falta de consideración por parte de la doctrina nacional del concepto de coacción como injusto típico autónomo.<sup>246</sup>

De este modo, descartada la vía de enarbolar la exigencia de requisitos adicionales a la violencia misma, no cabe sino afirmar, en cuanto a la estructura de injusto del tipo de usurpación de aguas violenta, que éste es un tipo compuesto de los injustos típicos de la usurpación de aguas pacífica del que no tiene derechos (art. 459 del CP) y la coacción: el delito del art. 460 es una combinación de usurpación de aguas con coacción. Así las cosas, la usurpación de aguas violenta consiste en la realización de alguna de las conductas típicas del art. 459 constriñendo a otro mediante

---

<sup>246</sup>En ese sentido Bascuñán señala que “el rasgo más notorio del análisis del delito de robo que tradicionalmente ha efectuado la doctrina es su desconocimiento de la coacción como injusto típico autónomo dentro del sistema de la Parte Especial”. Bascuñán Rodríguez, ob. cit. (cit. N°242), p. 97.

violencia.<sup>247</sup> Consecuentemente, en este contexto, la violencia es el medio coercitivo con cuyo ejercicio se produce un resultado de coacción que hace posible o facilita la usurpación de aguas del que no tiene derechos.<sup>248</sup> Como se puede apreciar, esta forma de aproximarse a la cuestión exige que entre la violencia y la usurpación se verifique una relación funcional: el resultado de coacción que debe obtenerse mediante el ejercicio de la violencia debe ser funcionalmente idóneo para fundar una relación causal objetiva entre coacción violenta y la usurpación,<sup>249</sup> lo que se erige como premisa básica del análisis dogmático de la figura en comento.<sup>250</sup>

Ahora bien –como señala Bascuñán– no cualquier violencia coercitiva es típicamente relevante para efectos del art. 460 del CP, dado que es necesario “cerrar el paso a los desarrollos más extremos del proceso

---

<sup>247</sup>En un sentido totalmente equivalente Bascuñán señala que “el tipo básico del delito de robo consiste en apropiarse de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño constriñendo a otro mediante violencia o intimidación a entregar o manifestar la cosa, o a omitir la resistencia u oposición a la apropiación”. *Ibid.*, p. 81.

<sup>248</sup>En el mismo sentido, pero referido al robo, Bascuñán asevera que “[l]a violencia y la intimidación son los medios coercitivos con cuyo ejercicio se produce alguno de los resultados de coacción que hacen posible o facilitan la apropiación”. *Ibid.*, p. 86.

<sup>249</sup>En el mismo sentido, pero referido al robo, Bascuñán señala que “esta relación especial [entre coacción y apropiación] no es otra cosa que el resultado de coacción que debe obtenerse mediante el ejercicio de la violencia, el cual debe ser funcionalmente idóneo para fundar una relación causal objetiva entre coacción violenta y apropiación”. *Ibid.*, p. 93.

<sup>250</sup>En relación con el robo, Bascuñán señala que “[c]ualquier interpretación de los medios comisivos del robo debe partir de su carácter de medios coercitivos funcionales a la apropiación de la cosa mueble como premisa básica del análisis dogmático.” *Ibid.*, p. 58.

de interpretación extensiva del concepto de violencia, al que también se denomina ‘desmaterialización’ o ‘espiritualización’ de dicho concepto, que ha tenido lugar en el contexto del tipo genérico de coacción. Para este propósito, se debe asignar estipulativamente a la expresión ‘en la persona’ que adjetiva a la violencia como medio comisivo [...], el sentido de excluir aquellas formas de violencia que no inciden en la capacidad personal – corporal– de actuación, sino en la capacidad instrumental o en las condiciones del medio ambiente en que se desenvuelve su acción.<sup>251</sup>

Ahora bien, la coacción, en cuanto constreñimiento del comportamiento ajeno, puede manifestarse a través de violencia o intimidación. El tipo del art. 460 sólo contempla como medio coercitivo específico a la violencia. Ésta se conceptualiza como la supresión de la capacidad personal de formación o ejecución de la voluntad (violencia coercitiva) ejercida para vencer una resistencia opuesta o esperada a la ruptura de la esfera de custodia.<sup>252</sup>

---

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>252</sup> Bascañán, ob. cit. (cit. N° 242), p. 94.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

Si es que la doctrina existente sobre delitos de usurpación de aguas es escasa, la jurisprudencia sobre el tema lleva al paroxismo dicha escasez. En efecto, aunque los conflictos en los ejercicios de derechos de aprovechamiento de aguas campean en nuestro país, estos raramente culminan con una sentencia que los resuelva. Ello explica que sean muy pocas las resoluciones objeto del presente análisis.

#### **1. SENTENCIAS SOBRE USURPACIÓN PACÍFICA DEL QUE NO TIENE DERECHOS**

##### *1.1. Sentencias sobre el art. 459 N° 1 CP*



i) “Contra Miranda Retamal y otros.”<sup>253</sup> La Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 13 de agosto de 1997 confirmó la sentencia apelada que condenaba a los acusados por el delito del art. 459 N° 1, señalando:

“que respecto de la afirmación efectuada por los procesados [...] en orden a que se encontraban autorizados para sacar agua del Canal Paula por su hermano [...], integrante de la comunidad de dicho canal, lo que éste corrobora en sus diversas declaraciones, cabe tener presente que en conformidad con lo dispuesto en el artículo décimo de la escritura pública en que se contiene el acta de constitución de dicha comunidad [...] ningún comunero se encuentra autorizado para extraer agua sino por un marco o por cualquier otro dispositivo que permita medir con exactitud el derecho correspondiente”.

Como se puede apreciar de la lectura de los hechos transcritos, el hermano de los condenados tenía derechos de aprovechamiento de aguas sobre el cuerpo de agua relevante. Los condenados, si bien no tenían derechos, estaban autorizados por su hermano para sacar aguas del canal lo que, sin embargo, hicieron de un modo distinto al establecido. El razonamiento implícito del tribunal para aplicar la disposición del art. 459 N° 1 en desmedro de la del art. 461, es la circunstancia de que los condenados no tenían derechos para sacar aguas, razón por la que no se

---

<sup>253</sup>Causa ROL N° 1748-96.

satisface la calificación activa de dicha disposición. Sin embargo, si el tribunal hubiese sido consecuente con dicho predicamento, hubiese condenado por el sólo hecho de que los condenados sacaran agua del canal. Sin embargo, el tribunal no condenó por esa conducta sino que por la conducta de sacar aguas del canal de un modo distinto al establecido. En otros términos, implícitamente, el tribunal al no hacer radicar la punibilidad en el simple hecho de sacar aguas, está reconociendo que los condenados sí tenían derechos para sacarlas –razón por la cual recurren al modo de ejercicio del derecho– por lo que, conforme a ello, correspondía aplicar la figura del art. 461.

ii) “Contra Araya Fredes.”<sup>254</sup> El Juzgado de Garantía de Combarbalá, en sentencia de fecha 24 de Agosto de 2006, dictada en procedimiento simplificado, condenó a un sujeto a título del artículo 459 N° 1 del CP por haber realizado la siguiente conducta:

“los días 21 y 28 de octubre y 04 de noviembre, todos del año 2004, entre las 17:00 y las 18:00 horas aproximadamente, el

---

<sup>254</sup>Causa RIT N° 877-2 (RUC N° 0400413098-2).

imputado [...] concurrió a las inmediaciones del Lote N° 8, Potreros El Cabrera y Las Gredas de la Hacienda Puntilla, ubicada en el sector de Puntilla de Cogotí, localidad de La Cuadra, comuna de Combarbalá, de propiedad en esa época de la víctima del delito, el Banco del Estado de Chile y, sin título legítimo e invadiendo los derechos de la ofendida, procedió a sacar agua del caudal correspondiente al canal Vado de la Virgen, para lo cual obstruyó el paso del agua hacia el predio de la afectada, colocando un tapón en la compuerta del predio que accede al acueducto, desvió el curso de las aguas a una parcela vecina denominada ‘La Vega’ y se apropió de las mismas, destinándolas al beneficio de la referida parcela, la cual, a la fecha de ocurrencia de los hechos era explotada por el imputado. Que las acciones antes referidas causaron a la afectada un perjuicio patrimonial ascendente a la suma aproximada de \$25.000.000, por concepto de falta de riego correspondiente a los pa[r]ronales de uva pisquera, variedad ‘rosada pastilla’, que se cultivaba en el predio de la víctima”.

El Tribunal estimó que estos hechos son constitutivos de “tres delitos de usurpación de aguas, previstos sancionados en el artículo 459 N° 1 del Código Penal, en grado de consumado”.

El presente caso ofrece una buena oportunidad para poner a prueba la delimitación propuesta en esta tesis entre la figura del art. 459 N° 1 (sacar agua con apropiación y haciendo de ellas un uso cualquiera) y la del art. 459 N° 4 primera parte (usurpar un derecho cualquiera referente al curso de las aguas). El tribunal estimó que los hechos se subsumían en la figura del

art. 459 N° 1 en desmedro de la figura del art. 459 N° 4 primera parte. Creemos que esa interpretación es la correcta. En efecto, como tuvimos la oportunidad de señalar,<sup>255</sup> la clave interpretativa para diferenciar ambas figuras radica en la expresión “usurpación” –propia del 459 N° 4– como contrapuesta a las exigencias de “sacar aguas” y de “apropiación” –propias del art. 459 N° 1– entendida como la arrogación de un derecho de aprovechamiento de aguas ajeno como propio, es decir, como expropiación o efectiva imposibilitación en el ejercicio de un derecho de aprovechamiento. En esa perspectiva, señalamos que la exigencia de usurpación tiene como sustrato la arrogación del contenido fáctico de poder correlativo a un derecho de aprovechamiento de aguas y no la expropiación exigida por la noción de apropiación (entendida en términos amplios). Pero, para efectos de no diluir el contenido del 459 N° 1 en el 459 N° 4, de modo tal que aquel nunca resulte aplicable, no se puede limitar a eso. De este modo, la “usurpación” en la figura en análisis requiere que dicha arrogación no se limite a sacar aguas (que es ejercer el contenido de un derecho de aprovechamiento de aguas) sino que exige, además, que el agente realice actos que lo hagan parecer como titular del derecho que ilegítimamente

---

<sup>255</sup>*Vid., supra.* Cap. Segundo, 2.1.2.

ejerce, lo que, en la práctica, se satisfaría con un cierto despliegue en el tiempo de dicho ejercicio.

Así las cosas, como en el caso en análisis no se verifica esa apariencia de titularidad ni un despliegue temporal de cierta entidad, corresponde aplicar el 459 N° 1. Sin embargo, para aplicar el art. 459 N° 1 se requiere constatar una efectiva imposibilitación en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento por parte de su titular. Es justamente esa circunstancia lo que explicaría que el tribunal haya hecho referencia a “que las acciones [...] causaron a la afectada un perjuicio patrimonial ascendente a la suma aproximada de \$25.000.000, por concepto de falta de riego” de los parronales que se cultivaban en su predio. Con ello se ha constatado la efectiva imposibilitación ya aludida.

iii) “Contra Alfaro Arredondo.”<sup>256</sup> El Juzgado de Garantía, en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2007, absolvió al acusado de los delitos del artículo 459 N°1. El requerimiento del Ministerio Público, en torno a este delito fue el siguiente:

---

<sup>256</sup>Sentencia RIT 443-2007 (RUC 0700103419-1).

“[...] a contar del mes de enero de 2007, el imputado Alfaro Arredondo extrajo y utilizó una cantidad indeterminada de agua subterránea que obtuvo a través de un pozo profundo construido en la Parcela 6 A 5, Potrerillos Alto, comuna de Ovalle, sin contar con derecho alguno de aprovechamiento consuntivo de aguas subterráneas”. Cabe señalar, para efectos de contextualizar, que la querellante, propietaria de la parcela señalada, había extendido una escritura pública de usufructo a favor del imputado sobre dicho predio.

El tribunal absolvió, fundando dicha decisión en los siguientes razonamientos:

“Para no extender desmesuradamente el ámbito de aplicación de esta figura, deben tenerse presentes las disposiciones del CC (especialmente los artículos 595 y siguientes) y el Código de Aguas, en cuanto a los casos y formas en que el agua corriente puede ser objeto de derechos de los particulares, de tal modo que el simple hecho de extraer agua de un cauce no sea incriminado como usurpación sino cuando el agua sea efectivamente de dominio privado, o cuando dicha extracción signifique un positivo perjuicio para el legítimo derecho constituido por otro sobre ellas (merced o derecho de aprovechamiento)”

La sentencia señala además que hacer un pozo se encuentra dentro de las facultades que otorga el usufructo a su titular. A mayor abundamiento, asevera que quien se aprovecha de un bien raíz, debe ejecutar todo aquello que pueda disponer para conseguir tal finalidad, de modo tal que si teme que el agua de que dispone para el riego de sus cultivos pueda desaparecer y que si, para evitar un daño a la producción, se hace de otra fuente realizando acciones para buscar agua en el subsuelo, nada se le puede reprochar.

Como corolario de los razonamientos anteriores, el tribunal concluye que no se verifican los requisitos típicos del 459 N° 1° en cuanto existe título legítimo, el usufructo, y no hay invasión de derechos, por haberse obrado al amparo de dicho título y por no haber derechos de aprovechamiento constituidos sobre las aguas que se extrajeron.

La parte querellante interpuso recurso de nulidad en base a la causal del artículo 373 b) del CPP,<sup>257</sup> haciendo radicar el error de derecho en la

---

<sup>257</sup>Art. 373. Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

circunstancia consistente en que “no se estimó por el sentenciador que se invadían derechos al hacer construir un pozo profundo por el querellado en la Parcela 6, lote A 5, lo cual sería equivocado, ya que las aguas son bienes nacionales de uso público, perteneciendo su dominio al Estado”. La Corte de Apelaciones de La Serena, en sentencia de fecha 4 de enero de 2008,<sup>258</sup> rechazó el recurso de nulidad, argumentando que:

“debe tenerse en cuenta que el querellado a la época de construcción del pozo en referencia era titular de un derecho de usufructo vitalicio inscrito sobre la parcela citada, lo cual lo autorizaba para hacer uso de la facultad de cavar un pozo para la bebida y uso doméstico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del Código de Aguas, no pudiendo a este respecto aceptarse lo sostenido por la recurrente en cuanto a que tal derecho correspondería sólo al propietario, lo que excluiría al usufructuario, ya que de aceptarse tal teoría se quedaría en un punto en que ninguno de los dos podría ejercer la facultad en referencia, puesto que el nudo propietario y constituyente del usufructo no tiene el goce del inmueble (que lo facultaría para cavar el pozo artesiano) y el usufructuario que tiene tal goce, tampoco lo tendría. En todo caso, quedó acreditado que la construcción del pozo se realizó con conocimiento de la querellante y nuda propietaria de la parcela en mención, no quedando probado por otra parte que se hiciera un uso en el riego de las aguas obtenidas del pozo, el cual por lo demás no resultaba factible atendido su escaso caudal. A todo lo anterior se agrega que se comparte lo sostenido en el fallo en cuanto a que los derechos ajenos a que alude el N° 1 del artículo 459 del Código Penal han de ser de dominio privado, no habiéndose

---

<sup>258</sup>Causa ROL N° 297-2007.



acreditado que el pozo en referencia se hubiera construido afectando el área de protección de algún otro [...]”.

Lo más destacado de las sentencias analizadas es su claridad y elocuencia para expresar que las aguas sólo pueden ser objetos de ataque idóneos en los delitos del art. 459 N° 1 del CP cuando existen derechos de privados sobre ellas, no bastando esgrimir la afectación del dominio de la nación toda sobre las aguas. Lo único que cabe agregar al respecto es que dicha conclusión no sólo se predica respecto de la figura del art. 459 N° 1 sino que, con mayor amplitud, respecto de todos los numerales de dicho artículo, toda vez que dicho predicamento se deriva de la exigencia de “invasión de derechos” formulada en el encabezado del art. 459. Como tuvimos la oportunidad de señalar *supra*,<sup>259</sup> con este requisito el legislador ha querido significar que sólo hay usurpación de aguas en términos del art. 459 cuando el sujeto activo ha ejecutado alguna de las conductas descritas en dicha disposición obrando dentro del ámbito de acción que la ley reconoce privativamente al titular de un derecho sobre las aguas o, en otros términos, cuando usa o goza de aguas respecto de las cuales un tercero tiene derecho de aprovechamiento. Lo anterior se traduce en que, respecto de las

---

<sup>259</sup>*Vid., supra* Cap. Segundo, 2.1.2.

aguas sobre las que recae la conducta típica, deben existir derechos de aprovechamiento de propiedad de terceros. Subsecuentemente, no puede constatarse la invasión de derechos cuando en las aguas sobre las que recae alguna de las conductas del 459 no existen derechos subjetivos de particulares que excluyan el uso y goce de las aguas por parte de terceros. En consecuencia, la expresión “derechos” no puede entenderse como comprensiva del dominio que la nación toda tiene sobre las aguas, conforme a los artículos 5° del CA y 589 y 595 del CC.

iv) “Contra Bauzá Fernández.”<sup>260</sup> La Corte de Apelaciones de la Serena, en sentencia de 27 de marzo de 2012, acogió el recurso de nulidad deducido por la parte querellante en contra de la sentencia del Juzgado de Garantía de Ovalle, sentencia en virtud de la cual se absolvió a don José Miguel Bauzá Fernández como autor del delito de usurpación de aguas, previsto y sancionado en el artículo 459 N°1 del Código Penal.

El Juzgado de Garantía tuvo por establecido que “en fecha y horas indeterminadas del año 2009, sin contar con derechos de aprovechamiento

---

<sup>260</sup>Causa ROL N° 41-2012.

legalmente constituidos, se sacaron aguas mediante pozo profundo, ubicado en coordenadas UTM, Datum PSAD 56, Norte 6.587,408 metros y Este 310.508 metros en la Localidad de Huatulame, comuna de Monte Patria, desde el Río del mismo nombre, interfiriendo con el libre escurrimiento de las aguas invadiendo los derechos de los regantes del río, con el objeto de hacer uso no autorizado de ellas”. Asimismo, el Tribunal dio por acreditado que “si bien Agrícola BAFER, dueña del predio en el cual se encuentra este pozo, tiene derechos de aprovechamiento de aguas sobre el río Huatulame (y que según parte de la prueba testimonial refiere que se sirven a 12 o 15 kilómetros del predio en que está ubicado este pozo), esta apropiación de aguas se realizó excediendo con mucho los derechos que legítimamente esa empresa puede ejercer sobre estas aguas y contando sólo con una mera expectativa de poder acceder a la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas por medio del mentado pozo [...]”. Concluye el Tribunal que “acreditado que mediante pozo profundo se sacaron aguas provenientes, en su gran mayoría del río Huatulame, sin que dicha extracción se encuentr[e] amparada en un derecho de aprovechamiento legalmente constituido, sin contar con un título legítimo e invadiendo derechos ajenos para apropiárselas y hacer uso de ellas, los hechos

acreditados configuran el delito de usurpación de aguas, previsto y sancionado en el artículo 459 N°1 del Código Penal, en carácter consumado”. No obstante haberse acreditado la existencia del hecho punible, el Tribunal estimó que no existían antecedentes suficientes para establecer la participación del imputado en el mismo, razón por la cual, lo absolvió.

La Corte de Apelaciones de La Serena, por su parte, anuló la sentencia absolutoria, al concluir que ésta no respetó los principios de la lógica ni las máximas de la experiencia, fundamentando dicha aserción en una serie de razonamientos siendo digno de nota aquel en virtud del cual se sostiene que si el Sr. José Miguel Bauzá, en sede administrativa, en el año 2009, reconoció su participación personal en los hechos materia de la denuncia alegando que existía normativa que lo amparaba para extraer aguas del pozo de marras, que se emplaza en un predio propiedad de una sociedad, de la cual el imputado declara ser socio y mandatario, puede considerarse aquello, al menos, una prueba indiciaria respecto a su participación en los hechos materia de este proceso, no correspondiendo desestimar sin más la señalada prueba por haber sido producida en una sede

distinta a la penal. Por el contrario, podía esta prueba servir para fijar e interpretar los hechos, conjuntamente con otros medios de prueba; especialmente, con aquellos que acreditan las vinculaciones que el imputado tiene con la sociedad dueña del predio donde se emplaza el pozo, esto es, Agrícola BAFER, sociedad familiar, de la que es mandatario y en la que tiene participación social; y con la sociedad relacionada, Agrícola Bauzá, de la que también el imputado es socio y gerente general.

La responsabilidad penal del imputado se problematizó a la luz del tipo del art. 459 N° 1, siendo que, lo que correspondía, era hacerlo bajo el amparo del tipo del art. 461. Ello, toda vez que el Juzgado de Garantía tuvo por probado que Agrícola BAFER (sociedad de la cual el imputado era gerente general) era dueña del predio en el cual se encontraba el pozo desde el que se extrajo el agua y que tenía derechos de aprovechamiento sobre el río Huatulame para, a renglón seguido, afirmar que “la apropiación de aguas se realizó excediendo con mucho los derechos que legítimamente esa empresa puede ejercer sobre estas aguas”. Pues bien, justamente cuando un sujeto tiene derechos de aprovechamiento sobre un curso de aguas, pero los ejerce de un modo distinto al establecido en el título, es que se aplica la

figura del art. 461 del CP. A este respecto, cabe recordar lo que se señaló *supra* en esta tesis,<sup>261</sup> en el sentido de que cuando el encabezado del art. 459 del CP esgrime como elemento negativo del tipo a la ausencia de título legítimo, con ello alude a la mera existencia de dicho título y no a la sujeción estricta al modo de ejercicio del derecho establecido en el mismo. En consecuencia, no se podría afirmar la ausencia de título legítimo respecto del agente que, ostentando un título respecto del cuerpo de aguas de que se trate, aprovecha las mismas de un modo distinto al establecido en él, fundando dicha aseveración en que se estaría actuando *fuera* del título y, por lo tanto, sin título legítimo. Lo anterior se deriva de una interpretación sistemática, toda vez que el art. 461 del CP es la disposición que se ocupa de la hipótesis del sujeto que realiza determinadas conductas teniendo título legítimo. En efecto, el art. 461 contempla como presupuesto de aplicación la existencia de un título legítimo al hacer referencia a “los que teniendo derecho para sacarlas o usarlas [las aguas]” exigiéndose además, como requisito copulativo, que dicho derecho se use de modo diverso o en una capacidad superior a los establecidos, por lo que necesariamente la existencia del derecho y su ejercicio del modo establecido deben entenderse

---

<sup>261</sup>*Vid., supra* Cap. Segundo, 2.1.1.

como dos situaciones diferenciadas. Ello puesto que si ambas exigencias fueran una y la misma cosa, el art. 461 incurriría en una contradicción inaceptable, ya que no sería posible afirmar que tiene derecho quien lo ejerce de un modo diverso al establecido, afirmación que, sin embargo, el art. 461 no sólo realiza sino que erige como presupuesto de aplicación de la sanción respectiva. Sentado lo anterior, no cabe sino concluir que si el art. 461 distingue entre las hipótesis de falta de título y de ejercicio de un modo distinto al establecido en el título (o entre la existencia del derecho y el modo en que se ejerce), dicha distinción, por un mínimo de coherencia, debe replicarse al interpretar el art. 459. Es por ello que, en el contexto de dicha disposición, sólo podrá afirmarse la ausencia de título respecto del agente cuando éste no tiene un derecho de aprovechamiento de aguas y no, en cambio, cuando ostentando dicha titularidad jurídica, la ejerce de un modo diverso al establecido.

v) “Contra González Bravo”.

El Tribunal de Letras, Garantía y Familia de Pozo Almonte, en sentencia de fecha 9 de abril de 2008,<sup>262</sup> absolvió del delito del artículo 459 N° 1 al acusado por los siguientes hechos:

“Desde el mes de diciembre de 2002 hasta la fecha, la Compañía de Salitre y Yodo Soledad S.A., representada por su apoderado o gerente general, el acusado Waldo González Bravo, ha mantenido operativos y en permanente funcionamiento los pozos Paposo I, Paposo II, San Pedro IV y Solferino I del sector La Noria de la comuna de Pozo Almonte. Desde los pozos antes individualizados se realiza una extracción de aguas habitual y constante, con sistemas mecánicos de bombeo, aducciones de piscinas de acumulación del sistema hídrico explotado, sin que dicha extracción se encuentre amparada en un derecho de aprovechamiento legalmente constituido. La extracción no autorizada se realiza en el acuífero de la Pampa del Tamarugal, sector La Noria, respecto del cual los únicos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas constituidos son los pozos 1, 2, 17 y Virginia, de la Sociedad Química y Minera de Chile S.A., empresa que consecuentemente con dicha extracción descrita se ha visto afectada en sus derechos”.

La sentencia absolutoria se funda en la circunstancia de que las aguas que se extrajeron de los pozos revisten el carácter de aguas subterráneas y que “la usurpación de aguas de que da cuenta el artículo 459 N° 1 del Código Penal se refiere única y exclusivamente a la usurpación de aguas

---

<sup>262</sup>Causa RIT 441-2006 (RUC 0619000137-5).



superficiales”. Establecido lo anterior, analizando la figura típica establecida en el artículo 459 N°1 del Código Penal, el tribunal señala que no se puede llegar a concluir que los elementos del tipo descriptivo digan relación con las aguas subterráneas, debido a que de esta forma estaría interpretando extensivamente la ley penal, lo cual está absolutamente prohibido.

En contra de esta sentencia, tanto el Ministerio Público como la querellante recurrieron de nulidad, impugnación que fue acogida por la Corte de Apelaciones de Iquique, invalidando la sentencia del Tribunal de Pozo Almonte. Como consecuencia de ello, se realizó un nuevo juicio oral simplificado resultando esta vez condenado el imputado por el delito del art. 459 N° 1 razonando la sentencia de 16 de septiembre de 2008, que: “[...] el delito mencionado sanciona la usurpación de aguas, sin distinguir entre subterráneas y superficiales”. Respecto de esta resolución la defensa recurrió de nulidad ante la Corte Suprema, invocando diversas como causales, ante lo cual la Corte Suprema, en sentencia de fecha 18 de noviembre de 2008,<sup>263</sup> resolvió: “Que los argumentos hechos valer por la

---

<sup>263</sup>Causa Rol N° 5980-08.

recurrente, para invocar la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP, de la competencia de esta Corte Suprema, dicen relación con la imparcialidad del tribunal y con la imposibilidad de la defensa de ejercer las facultades que le confiere la ley. De modo que ellas configuran más bien los motivos absolutos de nulidad previstos en las letras a) y c) del artículo 374 del Código Procesal Penal”. Por tal motivo, se procedió de conformidad con lo dispuesto en el artículo 383 inciso tercero letra a) del CPP del ya citado cuerpo legal, remitiendo los antecedentes a la Corte de Apelaciones de Iquique.<sup>264</sup>

En el contexto de dicha gestión pendiente, la defensa dedujo acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, teniendo como fundamento principal la supuesta infracción de la “exigencia constitucional de tipicidad penal contemplada en el artículo 19, N° 3, inciso octavo, de la Constitución”, la que resultaría infringida dado que la norma impugnada, el art. 459 N° 1 CP, “sanciona como delito únicamente la conducta de usurpación de aguas superficiales”, argumentando que “no puede aplicarse

---

<sup>264</sup>Sobre la tendencia de los recurrentes de recurrir primigeniamente aun cuando se vislumbre prima facie la configuración de motivos absolutos de nulidad, *vid.*, Awad, Alejandro / Contreras, Marcos / Schürmann, Miguel, “Proceso Penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Comentario de la Jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional*, N° 3, LegalPublishing (en prensa).

una norma penal a hechos que no se encuentren descritos en su tenor legal expreso, lo que tiene dos consecuencias normativas directas: por un lado, la prohibición de analogía en perjuicio del reo y, por otro, la exigencia de una interpretación restrictiva de los tipos penales”.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha 13 de agosto de 2009,<sup>265</sup> rechazó la acción de inaplicabilidad avalando la tesis de la inclusión de las aguas subterráneas como objeto de ataque en el art. 459 N° 1 del CP, resolviendo al respecto 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”.

---

<sup>265</sup>Causa ROL N° 1.281-08-INA.

Con posterioridad, el recurso de nulidad pendiente ante la Corte de Apelaciones de Iquique, se falló por sentencia de 28 de septiembre de 2009.<sup>266</sup>

En el recurso se adujo varios motivos de nulidad, para los fines de esta tesis, nos interesan los basados en el art. 373 letra b) del CPP. Así las cosas, en primer término, el recurrente deduce la causal del artículo referido en relación con el artículo 459 N° 1 del CP, y artículos 56 del CA, y 110 y 111 del Código de Minería. A este respecto sostiene que la sentencia impugnada condenó a su defendido como autor del delito del artículo 459 N° 1 del CP, calificando como delito un hecho que la ley penal no considera tal, al incurrir en una falsa aplicación del mentado artículo 459 N° 1 del CP, omitiendo aplicar los artículos 19 N° 3 inciso final, 56 del CA,<sup>267</sup> y 110<sup>268</sup> y 111<sup>269</sup> del Código de Minería. Señala al respecto que las normas del CA han

---

<sup>266</sup>Causa Rol N° 158-2008 Ref.

<sup>267</sup>El inc. 2° del art. 56 del CA establece que: “Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas dentro de sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación.”

<sup>268</sup>Art. 110 del Código de Minería. “El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta”.

<sup>269</sup>Art. 111 del Código de Minería. “El uso de las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetará a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables”.

de acomodarse a lo dispuesto en la regla especial del artículo 56 inciso 2°, que otorga a los dueños de las pertenencias mineras el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas dentro de sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación. Por lo demás, ha de entenderse que este artículo se refiere a las aguas subterráneas, las únicas susceptibles de hallazgo. En segundo lugar, señala el recurrente que, complementando la disposición del artículo 56 inc. 2° del CA y, asimismo, respecto de las otras normas que se refieren a los derechos sobre las aguas, los artículos 110 y 111 del Código de Minería, son extraordinariamente ilustrativos respecto al dominio sobre las aguas subterráneas que tiene el dueño de la pertenencia minera donde éstas se hallaren. En esa línea, se sostiene que el dueño de la pertenencia minera no puede "apropiarse" de aguas subterráneas, en cuanto la ley le reconoce dominio sobre ellas como parte integrante de su pertenencia.

En segundo término, señala el recurrente que la causal del art. 373 b del CPP se configura en relación con los artículos 459 N° 1 del CP y 20<sup>270</sup> y

---

<sup>270</sup>Art. 20 CC. "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

22<sup>271</sup> del CC. A este respecto señala que el tipo penal del artículo 459 N° 1 requiere que el agua objeto de la conducta se encuentre en lugares determinados que la misma norma precisa y que los términos utilizados por el legislador no permiten dar cobertura típica a la extracción de aguas subterráneas. En el mismo sentido, y aún cuando el CA es muy posterior al CP, en su artículo 2° señala que las aguas superficiales pueden ser corrientes o detenidas. Y agrega, que las detenidas son las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, ciénagas, estanques o embalses. Así las cosas, cualquier otra interpretación que amplíe la disposición, no se ajustaría a la prohibición de la analogía, que en Derecho Penal es absolutamente prohibida, en cuanto sea "en malam partem". Agrega que lo anterior se ve corroborado con la historia fidedigna de la ley, dado que las aguas subterráneas fueron reglamentadas en Chile sólo a partir de la dictación del Decreto N° 639 de fecha 21 de Marzo de 1941. Luego, en 1951, se dictó el Código de Aguas, siendo del caso que ninguno de estos textos legales introdujo sanciones penales en materia de usurpación de aguas ni modificó el Código Penal.

---

<sup>271</sup>Art. 22 CC. "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

En relación con el primer motivo de nulidad, la Corte señaló que “el amparo legal en que se asila su inocencia la defensa del imputado, no tiene correspondencia con los hechos dados por probados por el Juez de Garantía, que configuran el delito previsto y sancionado en el N° 1 del artículo 459 del Código Penal, toda vez que se dio por establecido que [...] el argumento de justificación que aduce el acusado, en cuanto sostiene que tenía un título legítimo otorgado por la ley para sacar las aguas, no es efectivo por cuanto respecto de las que nos preocupa no fueron *halladas* en el proceso minero de la empresa que aquél dirige, sino por el contrario, lo fueron producto de implementar un sistema elaborado precisamente para su búsqueda y extracción [...]”.

En cuanto al segundo motivo de nulidad esgrimido bajo el alero del art. 373 b) del CPP, esto es, que el art. 459 del Código Penal, en su numeral 1, no contempla sacar agua subterránea sino agua superficial, la Corte resolvió que, al respecto, “cabe aplicar el aforismo, “cuando la ley no distingue no es lícito al interprete distinguir”, toda vez que la norma del

Código Punitivo que nos preocupa no hace distinción entre aguas superficiales y subterráneas [...]”

En la sección pertinente de esta tesis, nos comprometimos con las tesis de la inclusión de las aguas subterráneas como objetos de la acción descrito en el art. 459 N° 1, fundado ello en los siguientes argumentos i) la ley no hace ningún distingo y no se logra apreciar motivos plausibles que justifiquen una restricción del tenor literal de la misma.<sup>272</sup> La denominación de la acción típica como “sacar” aguas no excluye, en sí misma, a las aguas subterráneas, por el contrario, es perfectamente concebible que el lugar desde el que se saque el agua sea subterráneo.<sup>273</sup> De otro lado, si bien alguno de los lugares desde los cuales es dable sacar aguas según el art. 459 N° 1, por su propia naturaleza, parecen poder albergar sólo aguas superficiales y no subterráneas, como sería el caso las represas y los estanques, los otros lugares señalados por la norma, sí pueden albergar aguas subterráneas.<sup>274</sup> La referencia es a los arroyos y ríos (que pueden ser subterráneos) y, principalmente, al lugar que la ley designa con el término

---

<sup>272</sup>Hernández Basualto, ob. cit. (cit. N° 135), p. 2.

<sup>273</sup> Etcheberry, ob. cit. (cit. N° 136), p. 5.

<sup>274</sup>Cfr. Hernández Basualto, *ibid.*, p. 3.



más genérico de entre todos los que emplea: “depósito”, y ii) sostener que el art. 459 N° 1 sólo alcanza a las aguas superficiales llevaría a concluir que en el ordenamiento jurídico-penal chileno, habría cosas corporales respecto de las cuales existen derechos que son prácticamente dominicales y que, sin embargo, no tendrían ningún tipo de protección penal. Afirmar esto en un ordenamiento caracterizado por una protección tan exhaustiva de la propiedad (en el que incluso la apropiación de cosas perdidas es potencialmente delictiva) y sostenerlo, además, sin el más mínimo argumento de texto, no parece ser una interpretación digna de ser considerada.<sup>275</sup>

### *1.2. Sentencia sobre el art. 459 N° 4 CP*

“Contra Hirmas Hasbún.”<sup>276</sup> La Corte Suprema, en sentencia de 16 de octubre de 2006, rechazó el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia del Segundo Juzgado del Crimen de Melipilla, de 12 de junio de dos mil, que condenó a Guillermo Nicolás Hirmas Hasbún como autor del

---

<sup>275</sup>*Ibid.*, p. 7.

<sup>276</sup>Causa Rol N° 291 – 05.

delito de usurpación de aguas del artículo 459, N° 4°, del Código Penal por la realización de la siguiente conducta:

"en el mes de septiembre de 1996, el propietario de un predio [Hirmas Hasbún], al construir una cancha de golf en sus terrenos, procedió a efectuar trabajo[s] sin la autorización competente, los que obstruyeron el libre curso de las aguas que lleva el canal Paipas, turbando a un tercero en la legítima posesión del derecho de aprovechamiento recaído en dichas aguas al impedirle hacer debido uso de éste, en la proporción que le correspondía según sus títulos".

La defensa esgrimió recurso de casación, amparando el reproche en el ordinal 3° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia califique como delito un hecho que la ley penal no considera como tal. Asevera el recurrente que se ha incurrido en una errónea aplicación de la ley al efectuar una equivocada cualificación de la naturaleza jurídica de las prerrogativas que el ofendido por el delito tiene respecto de las aguas, al estimarla como un derecho de aprovechamiento de aguas. Agrega que las facultades del querellante respecto del Canal Paipas se establecieron en la Resolución N° 3.292 del SAG, [...] que le otorgó la facultad de aprovechar los derrames que producen determinadas fincas, no pudiendo catalogarse a los derrames de que es titular el

querellante como un derecho de aprovechamiento, por lo que no pueden estar protegidos por el tipo penal que contempla el artículo 459 N° 4° del CP.

La Corte Suprema, frente a dicha alegación, sin pronunciarse sobre el fondo, resolvió que:

“surge de relieve que en el recurso entablado se critican los acontecimientos que han dado por acreditados los jueces de fondo, y en cuya virtud se ha determinado la existencia de un tipo penal, cual es el del numeral cuarto del artículo 459 del Código Penal, hechos que sólo pueden ser alterados en la etapa de casación cuando se hubiere fundado el recurso en el ordinal séptimo del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal, es decir, en la violación de las leyes reguladoras de la prueba, cuyo no es el caso, pues se ha invocado únicamente el N° 3° de ese precepto”.

Establecido lo anterior, se denegó el recurso. Sin perjuicio de que podría cuestionarse la decisión procesal de la Corte, para los efectos de la presente tesis, lo que importa es pronunciarse sobre la materia de fondo objeto de debate, esto es, si las atribuciones sobre los derrames son objeto de protección penal a título del art. 459 del CP. Y la respuesta es negativa.

En efecto, como señalamos *supra*,<sup>277</sup> los derrames son “las aguas que quedan abandonadas después de su uso, a la salida del predio”<sup>278</sup> que, si “escurren en forma natural a los predios vecinos podrán ser usados dentro de éstos, sin necesidad de obtener un derecho de aprovechamiento”,<sup>279</sup> estando sujeta su producción “a las contingencias del caudal matriz y a la distribución o empleo que de las aguas se haga en el predio que los origina, por lo cual no es obligatoria ni permanente”.<sup>280</sup> Por lo demás, incluso “la existencia de un título respecto al uso de derrames, no importa limitación de una mejor forma de utilización de las aguas por el titular del derecho de aprovechamiento, salvo convención en contrario”.<sup>281</sup> Pues bien, tomando en cuenta lo señalado y lo prescrito en los arts. 20 inc. 1º, 22 y 141 inc. 3º del CA, que señalan, que “[e]l derecho de aprovechamiento se constituye por acto de autoridad”<sup>282</sup> “sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso”,<sup>283</sup> “siempre que exista disponibilidad del recurso”,<sup>284</sup> cabe concluir que no se puede constituir derechos de aprovechamiento sobre derrames, toda vez que éstas aguas no están

---

<sup>277</sup>Cap. Primero, 1.2. b.1.2.

<sup>278</sup>Art. 43 del CA.

<sup>279</sup>Art. 44 del CA.

<sup>280</sup>Art. 45 del CA.

<sup>281</sup>Art. 46 del CA.

<sup>282</sup>Art. 20 inc. 1º del CA.

<sup>283</sup>Art. 22 del CA.

<sup>284</sup>Art. 143 inc. 3º del CA.

“disponibles” y no son parte de “fuentes naturales” ni de “obras de desarrollo del recurso”.<sup>285</sup> De este modo, las facultades de uso sobre los derrames no se encuentran penalmente garantizadas a través de las figuras de usurpación de aguas.

## **2.- SENTENCIAS SOBRE USURPACIÓN FRAUDULENTA**

i) “Contra Oñatt Garrido”,<sup>286</sup> el Juzgado de Garantía de Angol, en sentencia de fecha 9 de diciembre de 2008, dictada en procedimiento simplificado, condenó a un sujeto a título del artículo 461 del CP por haber realizado la siguiente conducta:

“[d]urante los primeros doce días del mes de febrero de dos mil ocho, el requerido [...] procedió a bloquear y desviar el canal de agua que pasa por su predio correspondiente a la hijuela N° 1 y que riega además, las hijuelas números dos y cuatro del sector El Almendro de Renaico, sobre el cual posee el treinta por ciento de los derechos de aprovechamiento de las aguas,

---

<sup>285</sup>Cfr., Vergara Blanco, op. cit. (cit. N° 52), pp. 464 y 465, con referencias a jurisprudencia administrativa.

<sup>286</sup>Causa RIT N° 402-2008 (RUC N° 0800143161-8).

apropiándose mediante esta acción y mientras duró ésta, de la totalidad de los derechos de aprovechamiento de dichas aguas, esto es, más derechos de los que le correspondían e impidiendo el ejercicio de sus derechos por parte de los propietarios de las hijuelas colindantes quienes poseen sobre estos recursos hídricos iguales derechos que el imputado”.

Sobre esas premisas fácticas, el tribunal razonó que las acciones del imputado se encuadran en el art. 461 del CP, toda vez que alteró el conducto normal del canal, acción que le permitió servirse para el riego de su predio de la totalidad de las aguas que fluyen por dicho canal, en circunstancias que solo tenía derecho al aprovechamiento de un treinta por ciento de las mismas, impidiendo de paso el ejercicio de los derechos de aprovechamiento a los otros parceleros que poseen sobre dicho canal iguales derechos. El tribunal sostuvo además que la expresión “fraudulentamente” significa que debe actuarse con engaño (constituido por el artilugio utilizado por el imputado para desviar las aguas) y causando perjuicio, el que está dado por la imposibilidad en que quedaron los otros regantes de hacer uso de su derecho, amén de los perjuicios materiales reclamados por la denunciante [...] quien se vio en la imposibilidad de regar su predio y dar de beber a sus animales, lo que habría ocasionado serios deterioros en la salud de éstos.

La sentencia transcrita subsume correctamente la conducta juzgada en el art. 461 del CP, constatando la existencia de fraude tanto a nivel conducta como a nivel de resultado. De este modo, constata engaño en el obrar del agente, representado por el artilugio utilizado para desviar aguas, y perjuicio como resultado de ello, constituido por la imposibilidad en que quedaron los regantes de hacer uso de derecho, comprobado *a fortiori*, por los problemas de salud de los animales del sujeto pasivo dada la falta de agua.

ii) “Contra Alfaro Arredondo.”<sup>287</sup> El Juzgado de Garantía de Ovalle, en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2007, absolvió al acusado del delito del artículo 461 del CP. El requerimiento del Ministerio Público, en torno a este delito, fue el siguiente:

“Que entre el mes de septiembre de 2006 y hasta el 18 de enero de 2007, en forma reiterada y sostenida en el tiempo, el imputado [...] utilizó, en perjuicio de los derechos de la víctima [...] una cantidad superior de agua

---

<sup>287</sup> Causa RIT 443-2007 (RUC 0700103419-1).

que la que le otorgaban sus respectivos derechos de agua, para lo cual hizo trasladar esta agua en exceso desde un estanque construido en la Parcela 6 A 4 a través de un sistema de cañerías clandestino, aguas que utilizó para regar la Parcela 7 Lote 5 A, de la localidad de Potrerillos Alto, Comuna de Ovalle”. Cabe señalar, para efectos de contextualizar, que los derechos de agua de titularidad del requerido eran aquellos que accedían al usufructo del que éste gozaba sobre un predio de propiedad de la querellante y que, la conducta delictiva a título del art. 461, se hace radicar por la parte acusadora en el hecho que el imputado habría implementado un sistema de tuberías clandestino para regar, con las aguas que extraía en exceso de sus derechos, un predio colindante.

Al respecto, el tribunal absolvió señalando que:

“el necesario fraude que exige el tipo penal pareciera no concurrir en la especie en el sentido de no poder concluir que las obras se desarrollaron en efecto a espaldas de la querellante, quien mal puede sostener válidamente que desconocía lo que pasaba en su predio”.



Señala además que si a un sujeto se le concede la facultad de usar y gozar de una cosa determinada no es posible reprocharle el modo como quiera ejercer dichas facultades, pues si le reporta mayor beneficio el emplearlas en un predio diverso, surge la duda razonable de si por ese solo hecho se incurre en la conducta criminal.

En tercer lugar, señala el tribunal que no fue posible cuantificar el volumen de aguas usurpadas, por lo que no es posible sostener que el uso de las aguas se haya hecho en una capacidad superior a la medida que se tiene derecho.

En último término, señala que no se ofreció prueba certera en torno al perjuicio que el tipo penal exige, ya que el perjuicio a los intereses de la querellante (principalmente daños en la producción agrícola producto de la falta de riego, dada la falta de agua), no se respaldó con prueba certera.

La parte querellante interpuso recurso de nulidad en base a la causal del artículo 373 b) del CPP,<sup>288</sup> haciendo radicar el error de derecho en la circunstancia consistente en que “se le dio valor a la escritura de constitución de usufructo respecto de la Parcela 6 Lote A 5 de Potrerillos Alto, de la Comuna de Ovalle y sobre 1,37 acciones de aguas, celebrada entre la querellante y el imputado el 13 de diciembre de 2003, no obstante que faltaba la inscripción conservatoria para que dicho imputado pudiera haber adquirido el derecho real de usufructo”. La Corte de Apelaciones de La Serena, en sentencia de 4 de enero de 2008,<sup>289</sup> rechazó el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Ovalle que absolvía al imputado del delito del art. 461 del CP, señalando que:

“debe precisarse que dicho usufructo, [...], se inscribió [...] [e]n el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces de Ovalle, [...]. En todo caso ha quedado claro en la sentencia que después de la celebración de la escritura de usufructo, el querellado, con la anuencia de la querellante hizo uso de las 1,37 acciones de agua, a quien a mayor abundamiento le había dado un mandato para la administración de las dos parcelas y de los derechos de agua que le pertenecían. Además en el fallo no

---

<sup>288</sup> Art. 373 CPP. Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

<sup>289</sup>Causa ROL N° 297 2007.

se ha tenido por suficientemente acreditado que alguna parte del agua correspondiente a las acciones pertenecientes a la querellante se hubiera utilizado en regar la Parcela 7, lote A 5 perteneciente al imputado, mayormente sí se acreditó que éste adquirió a otros regantes diversas cantidades de metros cúbicos de agua.”

La sentencia del Juzgado de Garantía analiza correctamente la aplicabilidad del art. 461 en torno a la conducta, toda vez que se pregunta si es que se verifica fraude –específicamente engaño– en el obrar del imputado, respondiendo negativamente. Cabe señalar que el abuso de confianza no se problematizó, presumiblemente, porque tampoco lo hizo la parte acusadora. En torno al resultado, se plantea de modo correcto la necesidad de constatar un perjuicio para la víctima, sin embargo, exige como tal perjuicio un resultado que se deriva de la efectiva imposibilitación del ejercicio de derechos de aguas (en este caso, principalmente, daños en la producción agrícola) cuando lo que corresponde es sólo constatar dicha imposibilitación.

### **3.- CONCLUSIONES**

Las escasas sentencias existentes sobre usurpación de aguas, dificultan detectar líneas jurisprudenciales al respecto. Sin embargo, es posible concluir que:

- a) La figura que mayor atención suscita en la jurisprudencia es la del N° 1 del art. 459 del CP. Ello es consecuente con una de las afirmaciones formuladas en esta tesis, a saber, que la figura del que saca aguas de determinados lugares, apropiándose de las mismas para hacer de ellas un uso cualquiera, es la figura más básica y prototípica en esta materia.
- b) Las sentencias analizadas, por lo general, son concordantes con el modelo interpretativo propuesto en esta tesis en relación con: la tipicidad de la sustracción de aguas subterráneas a título del art. 459 N° 1; la exigencia de existencia de derechos privados de terceros para efectos de la configuración de los tipos del art. 459; y la interpretación de la exigencia de fraude en el art. 461.



## CONCLUSIONES

### I

1.- Las figuras de usurpación de aguas se contemplan en los arts. 459 a 461 del CP. Se ubicándose en el Título IX del Libro Segundo de dicho cuerpo normativo –“Delitos contra la Propiedad”–que agrupa a los delitos contra bienes jurídicos materiales o instrumentales, es decir, a aquellas figuras cuyo objeto de protección está constituido por intereses sobre cosas o a expectativas económicas valiosas. Como cuestión fundamental previa al análisis dogmático de los tipos penales, es preciso resolver si es posible identificar un único objeto de protección común a todos ellos o si, por el contrario, en dicho título se protege bienes jurídicos diferenciados.

2.- Sólo una concepción dualista del bien jurídico protegido es capaz de brindar los puntos de partida suficientemente concretos para poder reconstruir racionalmente el sistema de los delitos contra intereses instrumentales o materiales y para poder adoptar decisiones interpretativas consistentes. En esta perspectiva, se afirma que en el Título IX coexisten

dos clases de delitos: los delitos contra la propiedad y otros derechos de aprovechamiento y los delitos contra el patrimonio.

3.- Los delitos contra la propiedad y otros derechos de aprovechamiento se caracterizan por suponer una posición jurídico-formal determinada, esto es, la titularidad de un derecho subjetivo reconocido por el derecho privado que versa sobre una cosa corporal en el sentido más estricto del CC, esto es, propiedad quiritaria. Para calificar a una figura como delito contra la propiedad es necesario que: a) el sujeto pasivo sea titular de una posición jurídico-formal; b) que esa posición tenga un correlato de poder fáctico, y c) que dicho poder se ejerza sobre una cosa corporal.

4.- La esencia de los delitos contra el patrimonio, en tanto, radica en que, a través de los mismos, se lesiona el patrimonio (globalmente considerado) mediante la pérdida de una parte integrante del mismo. Lo decisivo es que se produzca un “perjuicio patrimonial”, es decir, que tras una comparación del patrimonio del sujeto pasivo antes y después de la disposición patrimonial, pueda afirmarse que después de ella, su patrimonio, como tal, se ha visto perjudicado.

5.- La distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio se manifiesta en dos diferencias estructurales de los respectivos tipos de injusto, a saber: en torno al objeto de la acción y en torno al resultado. El *objeto de la acción*, en los delitos contra la propiedad se encuentra especificado por el tipo penal, por lo que la acción típica siempre debe recaer sobre tal objeto. En los delitos contra el patrimonio, por el contrario, el resultado de la acción típica recae sobre la universalidad de bienes de que es titular una persona. Por su parte, el *resultado de lesión del bien jurídico protegido*, en los delitos contra la propiedad, corresponde a la pérdida o perturbación del ejercicio de algún contenido de poder correlativo a la posición jurídico-formal de titular del derecho protegido. En cambio, en los delitos contra el patrimonio el resultado lesivo es la irrogación de daño patrimonial, entendida como pérdida en términos contables. Sin embargo, no es sólo la diferente estructura típica de ambas clases de delitos lo que fundamenta la distinción entre ellos. En efecto, existen tres razones fundamentales por las que es correcto adoptar una perspectiva dualista: a) La distinción entre derecho de propiedad y titularidad patrimonial, distinción asentada en derecho privado y que corre pareja a la distinción



entre cosa corporal (objeto de la acción en los delitos contra la propiedad) y cualquier expectativa legítima con valor pecuniario (objeto de la acción en los delitos contra el patrimonio); b) La existencia de un principio supra-legal que impide la incriminación del daño patrimonial que proviene del mero incumplimiento contractual, la que sólo alcanza a los delitos contra el patrimonio mas no a los delitos contra la propiedad, y c) Los diferentes fundamentos normativos de ambas clases de delitos.

6.- El bien jurídico protegido en los tipos contemplados en los arts. 459 a 461 del CP es la *continuidad del contenido de poder fáctico correlativo al respectivo derecho de aprovechamiento de aguas*. De este modo, las figuras de usurpación de aguas se adscriben a los delitos contra la propiedad y otros derechos de aprovechamiento. En efecto, como es propio de este grupo de delitos, el resultado de lesión del bien jurídico protegido en las figuras de usurpación de aguas, corresponde a la pérdida o perturbación del ejercicio de algún contenido de poder correlativo a la posición jurídico-formal de titular del derecho protegido, el que en el caso de la usurpación de aguas es el derecho de aprovechamiento de las mismas. Por lo demás, como es propio de los delitos contra la propiedad y otros derechos de

aprovechamiento, en la usurpación de aguas, el objeto de la acción se encuentra especificado por los tipos penales respectivos. De conformidad con lo anterior, la acción típica ha de recaer sobre ese objeto formalmente especificado, esto es, las aguas.

7.- Las aguas son bienes nacionales de uso público, no siendo posible su apropiación directa por parte de los particulares. Debido a ello el legislador establece para su aprovechamiento privado la posibilidad de obtener un derecho real que recae sobre ellas, el que consiste en el uso y goce de las mismas. Esta titularidad jurídica se denomina derecho real de aprovechamiento de aguas. Los derechos de aprovechamiento de aguas no son sino la contracara de la declaración estatal consistente en que las aguas son bienes nacionales de uso público, declaración de la cual emana la pretensión de que todo uso de las aguas por los particulares deba ser concedido por el Estado a través de una concesión de aguas, de la cual nacen derechos de aprovechamiento de las mismas. En Chile, sin embargo, la vigencia íntegra de un sistema concesional es sólo teórica, pues un gran porcentaje de los usos de agua legítimos, constitutivos de derechos y reconocidos como tales, se han originado, desde el siglo XIX, en prácticas

consuetudinarias, de apropiación privada por ribereños o canalistas, o en especiales reconocimientos prestados por las leyes, de modo tal que quienes obran bajo el amparo de dichas situaciones no tienen título concesional alguno que exhibir. Conforme a lo señalado, cabe distinguir, según su origen, entre derechos de aguas “constituidos” o concesionales y los derechos de aguas “reconocidos”. El contenido de poder fáctico correlativo a otras facultades sobre las aguas, distintas de los derechos de aprovechamiento de aguas, no es objeto de protección penal a título de los delitos de usurpación de aguas.

8.- El art. 6 del CA define al derecho de aprovechamiento de aguas como el derecho real que recae sobre las aguas y que consiste en el uso y goce de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe dicho cuerpo normativo. El poderío que confiere el derecho de aprovechamiento de aguas a su titular es más limitado que el que otorga el derecho de propiedad. Para precisar el contenido de poder fáctico que otorgan los derechos de aprovechamiento de aguas, es necesario clasificarlos en torno a su consumibilidad, a su permanencia y a la continuidad u oportunidad de su ejercicio. En ese sentido, y respectivamente, se distingue entre derechos de

aprovechamiento consuntivos y no consuntivos, entre derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente y de ejercicio eventual, y entre derechos de ejercicio continuo, de ejercicio discontinuo y de ejercicio alternado. El poderío más amplio sobre el objeto del derecho lo otorgan los derechos de aprovechamiento consuntivos y de ejercicio permanente y continuo.

9.- Solo las aguas respecto de las cuales existen derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos, son susceptibles de ser usurpadas en términos de los artículos 459 a 461 del CP. En efecto, conforme a los presupuestos asentados, al ser los delitos de usurpación de aguas delitos contra la propiedad, se requiere que el contenido de poder fáctico tenga su fuente en un derecho subjetivo, en este caso, un derecho de aprovechamiento de aguas, y no existiendo aquél, tampoco existe el contenido fáctico de poder, jurídicamente garantizado, cuya obstaculización constituye la afectación al bien jurídico protegido.

10.- El agua, en cuanto tiene un ser real y puede ser percibida por los sentidos, es un bien corporal. Desde otra perspectiva, las aguas, en cuanto

pueden transportarse de un lugar a otro, son muebles por naturaleza, tal como lo señala el art. 4° del CA. La misma disposición señala que las aguas pueden reputarse inmuebles por destinación cuando están destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. Sin embargo, para efectos penales, todas las aguas son muebles. De otro lado, el agua es un bien objetivamente consumible ya que se destruye naturalmente –desaparece– por el primer uso. Puede ocurrir, empero, que el agua sea subjetivamente no consumible cuando, atendido el destino que se le da, se usa mas no se consume. Finalmente, las aguas, al menos las del mismo cauce, normalmente son fungibles, esto es, presentan entre sí una igualdad de hecho que las hace considerarlas como del mismo poder liberatorio por pertenecer al mismo género y encontrarse en el mismo estado.

11.- Las aguas a que hacen referencia los artículos 459 a 461 del CP son sólo las aguas terrestres, dado que sólo sobre ellas se pueden constituir derechos de aprovechamiento. A su turno, las aguas terrestres objeto de los delitos de los artículos 459 a 461 del CP, pueden ser tanto superficiales (en sus dos vertientes, esto es, corrientes o detenidas) o subterráneas, toda vez

que sobre ambas clases de aguas se puede constituir derechos de aprovechamiento.

## II

12.- La clasificación más adecuada y operativa en torno a los delitos de usurpación de aguas consiste en diferenciar, primeramente dos tipos de figuras, a saber, la usurpación pacífica (figuras del 459 y 461 del CP) y la usurpación violenta (figura del art. 460), para luego, en el seno del primer grupo, distinguir entre la figura del que no tiene derechos sobre las aguas objeto del ataque (figuras del 459 CP) y la figura del que tiene derechos sobre las mismas (figura del 460). Finalmente, dentro del primer subgrupo, es preciso distinguir entre figuras de desplazamiento (459 N° 1 y N° 4 primera parte), figura de tentativa de desplazamiento (459 N°2) y figuras de mera obstaculización del ejercicio (459 N° 3 y 459 N°4 parte final).

13.- En cuanto a la usurpación pacífica del que no tiene derechos (art. 459 del CP), se establecen dos requisitos comunes a sus distintas

manifestaciones típicas: la ausencia de título legítimo del agente y la invasión de derechos ajenos. La ausencia de título legítimo constituye un elemento negativo del tipo que se refiere a la mera existencia de dicho título y no a la sujeción estricta al modo de ejercicio del derecho establecido en el mismo. Con la exigencia del requisito de la “invasión de derechos”, en tanto, el legislador ha querido significar que sólo hay usurpación de aguas en términos del art. 459 cuando el sujeto activo ha ejecutado alguna de las conductas descritas en dicha disposición obrando dentro del ámbito de acción que la ley reconoce privativamente al titular de un derecho sobre las aguas o, en otros términos, cuando el agente hace uso o goce de aguas respecto de las cuales un tercero ostenta un derecho de aprovechamiento. Lo anterior se traduce en que, respecto de las aguas sobre las que recae la conducta típica, deben existir derechos de aprovechamiento de propiedad de terceros. De este modo, a partir de esta exigencia, no se requiere la verificación de una efectiva imposibilitación u obstaculización en el ejercicio de los mismos, ni mucho menos de un perjuicio derivado de esa interferencia. Tanto la constatación de la inexistencia de título del agente y de la existencia de derechos de aprovechamiento de terceros debe realizarse en todo el acuífero u hoyo hidrográfica respectiva.

13.1.- En cuanto a las figuras de desplazamiento, la conducta típica del N° 1 del art. 459 es la figura central del sistema de los delitos de usurpación de aguas, toda vez que contempla la figura más básica y prototípica en esta materia, a saber, la de quien saca aguas de determinados lugares, apropiándose de las mismas para hacer de ellas un uso cualquiera.

13.1.2.- La exigencia de “sacar aguas”, es una expresión amplia, que comprende tanto la extracción de ellas mediante artificios (cubos, recipientes), como la construcción de obras para desviar el curso de las aguas hacia la heredad propia en perjuicio de la ajena. La exigencia de “apropiación”, de conformidad a los criterios provistos por los delitos contra la propiedad en sentido estricto, implica, de un lado, la ejecución de una acción de arrogación antijurídica del poder fáctico inherente a la posición jurídico-formal de titular de un derecho real de aprovechamiento de aguas y, de otro, la privación permanente o de duración indefinida de dicho poder fáctico para el titular del derecho que justifica normativamente dicho poderío. Esta exigencia debe interpretarse como la circunstancia consistente en que el titular del derecho de aprovechamiento se vea privado



efectivamente del ejercicio del contenido de poder fáctico que corresponde a su derecho de aguas. Esta interpretación resulta exigida por el respeto al principio del legislador racional, resulta adecuada políticamente y presenta la ventaja de privar de protección penal a quien es titular de derechos de aguas con fines puramente especulativos. Finalmente, la figura del 459 N° 1 requiere para su configuración que las aguas se saquen y apropien “para hacer de ellas un uso cualquiera”, exigiendo, por lo tanto, aparte del dolo propio de la figura, la concurrencia de un ánimo o propósito especial en el autor sin cuya presencia no es posible castigar el delito.

13.1.3.- En cuanto a los lugares desde los cuales es dable sacar aguas apropiándose las para hacer de ellas un uso cualquiera, estos son: represas, estanques u otros depósitos; ríos, arroyos o fuentes; canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas. Las represas y estanques sólo se señalan como especies del género “depósito”, el que contiene tanto aguas superficiales como subterráneas. A los ríos, arroyos o fuentes, como lugares de los que es dable sacar el agua, se agregan los canales, que son los “cauce[s] artificial[es] “por donde se conduce el agua para darle salida o para otros usos” y los acueductos, que son los

“conducto[s] artificial[es] por donde va el agua a lugar determinado, y especialmente [...] [los] que tiene[n] por objeto abastecer de aguas a una población”. Las “redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas”, en fin, son elementos fundamentales de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio público de distribución de agua potable. Las redes de agua potable son las instalaciones exigidas por la urbanización conforme a la ley que permiten la conducción del agua producida hasta su entrega en el inmueble del usuario. Las instalaciones domiciliarias de agua potable, por su parte, son las obras necesarias para dotar de agua potable a un inmueble desde la salida de la llave de paso colocada a continuación del medidor o de los sistemas propios de abastecimiento de agua potable, hasta los artefactos.

Ahora bien, en el caso de las aguas que fluyen o se almacenan tanto por canales y acueductos como por redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, esto es, sobre fuentes artificiales, no se puede constituir derechos de aprovechamiento. La razón de ello radica en que para poder ejecutar tales obras, el particular debe tener, previamente, la titularidad de los respectivos derechos de aprovechamiento sobre las aguas

que se captarán o almacenarán en ellas, según el tipo de obra de que se trate. Desde esta perspectiva, en el caso de las aguas sacadas desde “canales”, acueductos”, “redes de agua potable” o “instalaciones domiciliarias” de dichas redes, no hay afectación a un derecho real de aprovechamiento de aguas, sino que simplemente, a la propiedad sobre ellas, ya que esas aguas ya fueron aprovechadas: al ser captadas ya fueron objeto de los poderes correspondientes al derecho real de aprovechamiento de aguas. En estas hipótesis, por lo tanto, la expresión “invasión de derechos” no hace referencia al derecho real de aprovechamiento de aguas, sino al dominio. Ahora bien, estas hipótesis se someten a un régimen especial, diferente del propio del hurto/robo porque respecto del agua que fluye por canales, acueductos, redes de agua potable o instalaciones domiciliarias de éstas, no puede afirmarse su corporeidad o tangibilidad.

13.2.- La figura del 459 N° 4 primera parte, consiste en “[u]surpar [...] un derecho cualquiera referente al curso de ellas [las aguas]”. La clave interpretativa para diferenciar esta figura de la del art. 459 N° 1 radica en la expresión “usurpación” como contrapuesta a las exigencias de “sacar aguas” y de “apropiación”, propias del art. 459 N° 1, entendida como la

arrogación de un derecho de aprovechamiento de aguas ajeno como propio. En efecto, si tenemos en consideración el contenido de la exigencia de “apropiación” (que consiste, de un lado, en la arrogación del contenido fáctico de poder correlativo a un derecho de aprovechamiento de aguas ajeno y, de otro, en una efectiva imposibilitación del ejercicio de dicho derecho), la exigencia de usurpación, sería un subconjunto de aquella, en cuanto se configuraría con la concurrencia de sólo uno de los elementos de la apropiación, a saber, la arrogación del contenido fáctico de poder. De este modo, “usurpar un derecho referente al curso de [las aguas] no sería algo distinto a “sacar aguas” (exigencia propia del art. 459 N° 1), con lo que cada vez que se configure el art. 459 N° 1 se configuraría, a su vez, el 459 N° 4 primera parte y, siendo éste menos exigente típicamente, en la práctica desplazaría en términos absolutos al 459 N° 1 convirtiéndolo en letra muerta. Así las cosas, la relación entre la usurpación y la apropiación no es una relación de inclusión, esto es, de subconjunto (usurpación) a conjunto (apropiación), sino una relación de intersección, esto es, de superposición de algún(os) elemento(s) común(es) a los dos conjuntos en relación, pero de diferenciación en torno a otros elementos no compartidos. La exigencia de usurpación tiene como sustrato la arrogación del contenido fáctico de poder

correlativo a un derecho de aprovechamiento de aguas, pero, además, se requiere que dicha arrogación no se limite a sacar aguas sino que exige además que, externamente, el agente realice actos que lo hagan parecer como titular del derecho que ilegítimamente ejerce, lo que, en la práctica se satisfaría con un cierto despliegue en el tiempo de dicho ejercicio. Conforme a dicha interpretación, el *plus* de disvalor en el injusto que ostenta la conducta del 459 N° 4 primera parte frente a la figura del art. 459 N° 1 en cuanto al requerimiento de cierta prolongación temporal, se compensa con el *minus* de disvalor en el resultado que ostenta frente a esa misma figura en cuanto no exige que el titular del derecho sea efectivamente privado de la posibilidad de ejercer su derecho. Esa compensación justifica que ambas conductas típicas tengan asignadas la misma penalidad.

13.3.- La figura del art. 459 N° 2 consagra un adelantamiento de la punibilidad sancionando con la misma pena aparejada a la conducta consistente en sacar aguas, apropiándose de las mismas para hacer de ellas un uso cualquiera, a la conducta de tentativa consistente en la ruptura, con igual fin, de diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes.

13.4.- Las hipótesis típicas de los arts. 459 N° 3 y 459 N° 4 parte final, son figuras de mera obstaculización del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas que consisten en el embarazo al ejercicio de los derechos de un tercero (459 N° 3) o en la turbación en la legítima posesión de un derecho cualquiera referente al curso de aguas (459 N° 4 parte final). Al contemplar estas figuras la misma penalidad que las figuras de desplazamiento, se rompe con la anomalía que subyace en el seno de la regulación de los delitos contra la propiedad *stricto sensu*, a saber: la intensificación de la reacción punitiva estatal en los atentados de desplazamiento (por ejemplo, hurto) frente a los de mera lesión (por ejemplo, daños), rasgo que es completamente anómalo desde el punto de vista del discurso del bien jurídico.

14.- La figura del art. 461 CP, denominada “usurpación fraudulenta” o “ejercicio fraudulento del derecho de aguas propio” es, a diferencia de la del art. 459 N° 1, de sujeto activo calificado y de medios comisivos determinados. Para la configuración de la conducta típica no basta con sacar o usar aguas de un modo distinto al establecido en el respectivo título por

medio de orificios, marcos, compuertas o esclusas, dado que se exige que ello se realice “fraudulentamente”, expresión que debe entenderse de modo tal que formule exigencias respecto a los medios comisivos y en torno al resultado. En relación con los medios comisivos implica afirmar ya sea engaño o abuso de confianza, los que no se verifican con el mero empleo de aquellos, sino que se erigen como exigencias adicionales a dicho uso. En cuanto al resultado, exige la verificación de un perjuicio, el que se satisface con la obstaculización efectiva del ejercicio del derecho de aprovechamiento de que se trate, misma exigencia que se predica respecto de la figura paradigmática y genérica en materia de usurpación de aguas del que no tiene derechos: el art. 459 N° 1, figura que tiene asignada la misma penalidad que la del 461 y que, por encontrarse valorativamente equiparada a nivel de acción con ésta, debería tener el mismo disvalor de resultado dado que se trata de hipótesis típicas conminadas con la misma pena.

15.- El art. 460 del CP consagra la figura denominada “usurpación de aguas violenta” la que consiste en la realización de alguna de las conductas típicas a que se refiere el art. 459 del CP con violencia en las personas. La figura del art. 460 consagra una regla de solución de un conflicto aparente de

leyes, ya que dispone que si los delitos del art. 459 se realizan con violencia en las personas, las penalidades se elevan y que, si por la violencia ejercitada hubiere de corresponder mayor penalidad, se aplica exclusivamente la propia de la violencia realizada. El aspecto definitorio de esta figura es la exigencia de violencia en las personas, esto es, el constreñimiento ejercido para vencer la oposición actual o potencial de resistencia a la usurpación de agua, de este modo, la usurpación de aguas violenta es un tipo compuesto de los injustos típicos de la usurpación de aguas pacífica del que no tiene derechos (art. 459 del CP) y la coacción: el delito del art. 460 es una combinación de usurpación de aguas con coacción. Así las cosas, la usurpación de aguas violenta consiste en la realización de alguna de las conductas típicas del art. 459 constriñendo a otro mediante violencia. Esta forma de aproximarse a la cuestión exige que entre la violencia y la usurpación se verifique una relación funcional: el resultado de coacción que debe obtenerse mediante el ejercicio de la violencia debe ser funcionalmente idóneo para fundar una relación causal objetiva entre coacción violenta y la usurpación.



### III

16.- Las escasas sentencias existentes sobre usurpación de aguas, dificultan detectar líneas jurisprudenciales al respecto. Sin embargo, es posible concluir que: i) La figura que mayor atención suscita en la jurisprudencia es la del N° 1 del art. 459 del CP. Ello es consecuente con una de las afirmaciones formuladas en esta tesis, a saber, que la figura del que saca aguas de determinados lugares, apropiándose de las mismas para hacer de ellas un uso cualquiera, es la figura más básica y prototípica en esta materia, y ii) Las sentencias analizadas, por lo general, son concordantes con el modelo interpretativo propuesto en esta tesis en relación con: la tipicidad de la sustracción de aguas subterráneas a título del art. 459 N° 1; la exigencia de existencia de derechos privados de terceros para efectos de la configuración de los tipos del art. 459; y la interpretación de la exigencia de fraude en el art. 461.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Alessandri Rodríguez, Arturo / Somarriva Undurraga, Manual / Vodanovic, Antonio, *Tratado de los derechos reales. Bienes. T. I*, 6ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
2. Agurto Tapia, Patricio, “Los derechos de aprovechamiento de aguas no inscribibles”, en *GJ* N° 99, año 1988, pp. 3-11.
3. -----, Patricio, “Comentarios al proyecto de ley sobre inscripciones de derechos de aguas”, en *RDA*, vol. 6 año 1995, pp. 213 a 223.
4. Arévalo Cunich, Gonzalo, “Principio de la no afectación de derechos de tercero”, en *Código de Aguas comentado. Doctrina y jurisprudencia*. Dir. Vergara Blanco, Alejandro, AbeledoPerrot, Santiago, 2011.
5. Awad, Alejandro / Contreras, Marcos / Schürmann, Miguel, “Proceso Penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Comentario de la Jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional*, N° 3, LegalPublishing (en prensa).
6. Aylwin Azócar, Tomás, “Posibilidad jurídica de las empresas de servicios sanitarios de usar, gozar y disponer de las aguas servidas evacuadas en sus redes de alcantarillado”, en *Revista de Derecho de Aguas*, Vol. 6, 1995, pp. 161-166.
7. Bascuñán Rodríguez, Antonio, *Introducción General a los Delitos contra la Propiedad (Título IX del Libro II del Código Penal)* (materiales de clases).

8. ----- *Delitos de expropiación con apropiación correlativa. Primera Parte: El Sistema de los Delitos de Apropiación* (materiales de clases).
9. ----- *Delitos contra la propiedad (5): La apropiación indebida* (materiales de clases).
- 10.----- “El robo como coacción”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N°1, 2002.
- 11.----- “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, 2004, pp. 291-345.
12. Bullemore, Vivian, Mackinnon, John, *Curso de derecho penal*, t. III, LexisNexis, Santiago, 2005.
13. Cabrera, Jorge / Contreras, Marcos, *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelos dogmáticos y análisis jurisprudencial*, LegalPublishing, Santiago, 2009.
14. Croxatto Duque, Marcelo, *Relaciones del derecho penal con el derecho civil*, Ed. Universitaria, Santiago, 1962.
15. Del Río, Raimundo, *Derecho penal*, t. III, Nascimento, Santiago, 1935.
16. Etcheberry, Alfredo, *El Derecho Penal en la jurisprudencia*, t. V, Parte Especial, Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
- 17.-----, *Derecho Penal Parte Especial*, t III, 3ª ed. revisada y actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- 18.-----, Alfredo, Informe en Derecho elaborado a solicitud de SOQUIMICH S.A. en Investigación RUC N° 0610000136-7, de la Fiscalía Local de Pozo Almonte.

19. Gallego Soler, José Ignacio. Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
20. Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal Parte Especial*, t IV, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
21. Guzmán Dálbora, José Luis, *Estudios y defensas penales*, 2ª edición aumentada, LexisNexis, 2007.
- 22.-----, “El hurto de energía eléctrica”, en *Doctrina esenciales. Gaceta Jurídica. Derecho Penal*, T. I. AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 249 – 265.
23. Hernández Basualto, Héctor, “Aproximación a la problemática de la estafa” en *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad de Temuco, 2002, pp. 147-190.
- 24.-----, “La administración desleal en el Derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 2005, pp. 201-205.
- 25.-----, Informe en Derecho elaborado a solicitud de SOQUIMICH S.A. en Investigación RUC N° 0610000136-7, de la Fiscalía Local de Pozo Almonte.
26. Huerta Tocildo, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980.
27. Kiverstein, Abraham, *Síntesis del derecho civil: de los objetos del derecho (bienes)*, 3a. ed. corr. y actualizada, Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley, 1993.
28. Künsemüller, Carlos, Informe en Derecho elaborado a solicitud de SOQUIMICH S.A. en Investigación RUC N° 0610000136-7, de la Fiscalía Local de Pozo Almonte.

- 29.Labatut, Gustavo, *Derecho Penal Parte Especial*, t. III, 7ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1983.
- 30.Mañalich, Juan Pablo, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009.
- 31.Martos Núñez, Juan Antonio, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Ed. Civitas, Madrid. 1990.
- 32.Mera Figueroa, Jorge, *Fraude civil y fraude penal. El delito de entrega fraudulenta*, 2ª ed., Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1986.
- 33.Mommsen, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. de Pedro Dorado Montero), Temis, Bogotá, 1976, p. 506.
- 34.Parada Barrera, Guillermo, *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas*. Editorial Jurídica La Ley, Santiago, 2000.
- 35.Peñailillo, Daniel, *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*, Ed. Jurídica de Chile, 2007.
- 36.Peris Riera, Jaime, “La protección penal del agua en España, Alemania e Italia”, *Diario La Ley* 2084/2010.
- 37.Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, reimpresión de la 2ª ed., Santiago, 2010.
- 38.Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, t. II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, Ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- 39.Romero, Gladys, *Delito de Estafa, Hammurabi*, Buenos Aires, 1998.
- 40.Rosenblut Gorodinsky, Verónica, “Análisis de la estructura típica del delito de usurpación de aguas. Régimen legal y particularidades del delito”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 39, junio de 2009, pp. 196-207.

41. Rozas Vial, Fernando, *Derecho civil, Los bienes*, Forense, Santiago, 1984.
42. ROXIN, Claus, *Derecho Penal, PG. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (trad. por Luzón Peña, Diego-Manuel Díaz y García Conlledo, Miguel y De Vicente Remesal, Javier), Civitas, Madrid, 1997.
43. Schlack Muñoz, Andrés, “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 2, Santiago, 2008, pp. 261 – 292.
44. Segura, Francisco, *Derecho de aguas*, 4ª edición, LexisNexis, 2006.
45. Serrano Piedecabras, José Ramón, “La usurpación (Título XIII, CAP. V CP)”, en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII – 2004, Madrid.
46. Soto Piñeiro, Miguel, *La apropiación indebida*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1994.
47. Van Weezel, Alex, *Pena y Sentido. Estudios de Derecho penal*, Ara Editores, Lima, 2008, pp. 497 – 510.
48. Vergara Blanco, Alejandro, *Derecho de Aguas*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
49. -----, “Estatuto Jurídico, Tipología y Problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas”, en *Revista de Estudios Públicos* N° 69, Santiago, 1998.
50. Zugaldía Espinar, José Miguel, *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio, I Infracciones de uso*, Akal, Madrid, 1988.

## SENTENCIAS CITADAS

“Contra Alfaro Arredondo” (2007): Juzgado de Garantía de Ovalle, RIT 443-2007 (RUC 0700103419-1), sentencia de fecha 20 de noviembre de 2007.

“Contra Alfaro Arredondo” (2008): Corte de Apelaciones de La Serena (recurso de nulidad), ROL N° 297-2007, sentencia de fecha 4 de enero de 2008.

“Contra Araya Fredes” (2006): Juzgado de Garantía de Combarbalá, RIT N° 877-2 (RUC N° 0400413098-2), sentencia de fecha 24 de Agosto de 2006.

“Contra Bauzá Fernández” (2012): Corte de Apelaciones de la Serena (recurso de nulidad), ROL N° 41-2012, sentencia de fecha 27 de marzo de 2012.

“Contra González Bravo” (2008): Tribunal de Letras, Garantía y Familia de Pozo Almonte, RIT 441-2006 (RUC 0619000137-5), sentencia de fecha 9 de abril de 2008.

“Contra González Bravo” (2008): Tribunal de Letras, Garantía y Familia de Pozo Almonte, sentencia de 16 de septiembre de 2008.

“Contra González Bravo” (2009): Tribunal Constitucional, ROL N° 1.281-08-INA, sentencia de fecha 13 de agosto de 2009.

“Contra González Bravo” (2009): Corte de Apelaciones de Iquique, ROL N° 158-2008 Ref., sentencia de 28 de septiembre de 2009.

“Contra Hirmas Hasbún” (2006): Corte Suprema (recurso de casación en el fondo), Rol N° 291 – 05, sentencia de fecha 16 de octubre de 2006.

“Contra Miranda Retamal y otros” (1997): Corte de Apelaciones de San Miguel (recurso de apelación), ROL N° 1748-96, sentencia de fecha 13 de agosto de 1997.



“Contra Oñatt Garrido” (2008): Juzgado de Garantía de Angol, RIT N° 402-2008 (RUC N° 0800143161-8), sentencia de fecha 9 de Diciembre de 2008.