



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

**MULTA ÓPTIMA PARA SANCIONAR LA EXTRACCIÓN
NO AUTORIZADA DE AGUAS SUBTERRÁNEAS.**

Proyecto de Actividad Formativa equivalente a tesis (AFET) para alcanzar
el grado de magíster en Derecho Público

AUTORA: ANITA JOSEFINA TRUJILLO SILVA

PROFESOR GUÍA: RAUL LETELIER W.

Santiago, Chile
2018

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	I
RESUMEN	III
1. INTRODUCCION	1
2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	14
3. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO UNA HERRAMIENTA PARA APROXIMARNOS A LA SANCIÓN POR USO NO AUTORIZADO DE AGUAS, EN TANTO RECURSO ESCASO	19
4. ELEMENTOS NORMATIVOS NECESARIOS PARA COMPRENDER LA INECUACIÓN. LA EXTRACCIÓN NO AUTORIZADA DE AGUA: CONCEPTO, REGULACIÓN Y SANCIÓN	25
4.1. La extracción no autorizada de aguas en el CA	25
4.1.1. La Dirección General de Aguas: el órgano de la administración facultado para instruir el procedimiento	31
4.1.2. Interpretación de la DGA de los artículos 173 y 175 del CA en relación con el procedimiento sumario	35
4.2. La extracción no autorizada de aguas en el Código Penal	41
4.2.1. El delito de usurpación de aguas no penaliza la extracción no autorizada de aguas	43
4.2.2. Existe consenso sobre que el delito de usurpación de aguas comprende tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas	50
4.3. Dimensión conceptual de la extracción ilegal de aguas. Qué debemos entender por extracción ilegal de aguas, y cuáles son los requisitos de su configuración	56
5. LA PROVINCIA DE PETORCA: LOS EFECTOS DE UNA MULTA INEFICIENTE	62
5.1. Los informes y estudios de la DGA	68
5.2. Las consecuencias políticas y administrativas de los Informes Técnicos Preliminares N° 48 y 49 de la DGA, de febrero de 2011	72
5.3. Los procedimientos administrativos instruidos a propósito de los Informes N° 48 y N° 49	73

5.3.1.	Caso de la Sociedad Agrícola Pililén Ltda.....	74
5.3.2.	El caso de la Sociedad Agrícola El Cóndor Ltda.....	86
6.	CRITERIOS PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR LA EXTRACCIÓN NO AUTORIZADA DE AGUAS. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN ÓPTIMA.....	91
6.1.	Explicación de la inecuación.....	94
6.2.	Propuestas para una multa eficiente:	99
6.2.1.	El monto base de la multa debe estar constituido por las utilidades obtenidas por el infractor.....	102
6.2.2.	Configuración de la infracción. La infracción debe estar constituida tanto por la no instalación de los dispositivos de medición de extracción del caudal, como de la extracción no autorizada propiamente tal.....	121
6.2.3.	La DGA podrá construir inferencias probatorias epistemológicas, tanto para dar por cierto la duración de la infracción, como la cantidad de agua extraída.	139
6.2.4.	Dotar a la DGA de potestades para sancionar la extracción no autorizada de aguas, previa tramitación de un procedimiento administrativo sancionatorio.....	146
6.2.5.	En quinto lugar, se establecerán agravantes y atenuantes, que tendrán por efecto aumentar o disminuir el monto base de la multa.	148
7.	CONCLUSIÓN.....	150
8.	BIBLIOGRAFÍA	152

RESUMEN

Esta actividad formativa tiene por objeto determinar las características de la sanción que debe ser aplicada a la extracción no autorizada de aguas subterráneas, para que cumpla con el objetivo de disuadir la conducta que se desea proscribir.

Para tales efectos, se analizará la sanción establecida en el Código de Aguas (en adelante también CA) e invocada por la Dirección General de Aguas (en adelante también DGA) para castigar a quienes extraen aguas subterráneas sin autorización, proceso en que se evidenciará tanto la carencia de efecto disuasivo de la mencionada sanción, como que ésta carencia radica — de forma principal— en que el monto de la multa es sustancialmente inferior al costo de cumplimiento de la medida, es decir, al costo que implica no extraer aguas ilegalmente.

Sobre la base del análisis efectuado se elaborará una metodología que permita determinar, para cada caso específico, una multa que considere las variables económicas cuantitativas a las que se ve enfrentado el eventual

infractor, como los criterios cualitativos que deberá tener en consideración la administración al momento de aplicar la multa, concluyéndose que una sanción pecuniaria sólo podrá disuadir la extracción no autorizada de aguas, si su monto es superior a las utilidades obtenidas por el infractor en la actividad económica en la que utilizó las aguas, proponiéndose una modificación de *lege ferenda*.

1. INTRODUCCION.

La necesidad de agua para el desarrollo económico y social de un país, así como el aumento sostenido de su demanda, constituyen consensos apriorísticos. En términos simples, la importancia relativa del agua aumenta en la medida que se acrecienta la población mundial y se incrementan los procesos productivos. Estas y otras circunstancias han determinado que la regulación que se haga de las aguas sea cada vez más exigente en cuanto a que debe realizar una asignación eficiente del recurso y, al mismo tiempo, asegurar el acceso del recurso a todas las personas.

La pregunta que plantean las circunstancias expuestas orbita en torno a la mejor y más adecuada regulación de las aguas, asignación del recurso, prioridades de uso, etc.

En Chile, la respuesta a esa pregunta está configurada por las normas del Código de Aguas, y la Constitución Política de la República (en adelante también CPR). Estos cuerpos normativos configuran un sistema basado en el

otorgamiento y reconocimiento de derechos reales de dominio sobre el derecho a utilizar las aguas, circunstancias que, sumadas a su libre transferibilidad, han dado origen a un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas (en adelante también DAA)¹. Se ha sostenido que el sistema creado por estos cuerpos normativos entrega al Estado, los usuarios y el mercado la distribución de las aguas², pues es el Estado, a través de la DGA, el que otorga y reconoce derechos de aprovechamiento de aguas (protegidos constitucionalmente con las garantías otorgadas al derecho de propiedad) y quien está facultado para ejercer la labor de policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público; son las organizaciones de usuarios las que gestionan autónomamente la extracción y distribución de las aguas; y es el mercado, generado a partir de la libre transferibilidad de los DAA, quien engendra la reasignación de estos derechos a las actividades más rentables.

Se señala que es la DGA la que otorga y “reconoce” derechos de aprovechamiento, pues además de las reglas sobre constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, el CA establece en su artículo segundo transitorio

¹ Para una revisión más detallada, MONROY Cely, Daniel. El Mercado de las aguas: la libre transferibilidad de los derechos de aguas en Chile y su propuesta regulatoria a las demás legislaciones. Memoria (Magíster en Derecho). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.

² ARANDA Valenzuela, Pablo. 2013. Los Derechos de Agua en Chile y su Marco Regulatorio. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado. (4): 108p.

las condiciones que deben verificarse para regularizar el uso de derechos de aprovechamiento inscritos a nombre de otro, e incluso no inscritos, utilizados a la fecha de la entrada en vigor del CA.

Sin embargo, esta configuración normativa ha mostrado ser ineficiente en bastantes aspectos, lo que ha llevado a que hoy en día se esté discutiendo en el Congreso Nacional, con especial intensidad, dos importantes modificaciones al CA.

La primera modificación dice relación con la creación de mecanismos eficaces de recopilación de información para la DGA —que permitan una adecuada administración y gestión de los recursos hídricos—, con aumentar las facultades de fiscalización por parte de ese organismo, y con mejorar los estándares de las sanciones por incumplimiento de la legislación de aguas.

La segunda iniciativa legislativa dice relación con asuntos de carácter estructural, como es reforzar el carácter de bien nacional de uso público del agua, reconocer las diversas funciones que esta puede cumplir —social, de subsistencia, ambiental, productiva, etcétera—, generar seguridad en el acceso al agua, permitiendo al Estado resguardar que en todas las fuentes naturales exista un caudal suficiente, pudiendo limitar el ejercicio de los DAA, y

con establecer —sin perjuicio de los actuales derechos de aprovechamiento— un nuevo tipo de permiso para el uso del agua, denominado *concesión, intransferible e intransmisible*, orientado a las funciones esenciales y prioritarias del recurso.

Uno de los asuntos planteados por el primer proyecto de reforma al CA, relativo a la mejora de los estándares de las sanciones por incumplimiento de la legislación de aguas —y específicamente, relativo a la extracción no autorizada de aguas— es lo que interesa a esta investigación.³

La extracción no autorizada de aguas —y especialmente, la extracción no autorizada de aguas subterráneas— es un asunto de singular importancia. Durante mucho tiempo pasó desapercibida, siendo relegada a un segundo plano. Las explicaciones pueden ser varias. Hasta la sequía de finales de la primera década del año 2000, la importancia de las aguas subterráneas y la necesidad de su mejor regulación, no se había evidenciado con la urgencia suficiente para generar un perfeccionamiento de la normativa. Estudios recientes del Banco Mundial han constatado que hasta los años ‘90 la

³ Durante el periodo de edición y corrección final de la presente investigación el proyecto de Ley fue aprobado, promulgándose el 28 de enero de 2018 como Ley N° 21.064. Los cambios entre el proyecto de Ley analizado y la Ley promulgada son menores y los argumentos aquí expuestos relativos al proyecto son igualmente aplicables a la Ley.

explotación de las aguas subterráneas en Chile había sido poco significativa, y que es propósito del agotamiento de los cauces superficiales que los particulares comienzan a solicitar, y la DGA a conceder, derechos de aprovechamientos de aguas subterráneas (en adelante también DAAS)⁴.

En este escenario, la exigua información sobre la cantidad de aguas subterráneas disponibles —debido a desconocimiento técnico de los acuíferos subterráneos— y la imposibilidad de cotejar las estimaciones de la disponibilidad en los acuíferos subterráneos con los DAAS concedidos —debido a las falencias del catastro público de aguas— generaron un sobre otorgamiento de derechos de las aguas subterráneas en la zona centro y norte de Chile; sectores especialmente afectados por la escasez hídrica⁵. Estas circunstancias, sumadas al aumento significativo de las actividades productivas desarrolladas en dichas zonas, las restricciones al otorgamiento de derechos de aprovechamiento⁶, y la constatación por parte de los legisladores de la

⁴ BANCO MUNDIAL. Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. Chile, 31 de marzo de 2011. Disponible en formato electrónico en: http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile_Banco%20Mundial.pdf (Consulta 21 de abril de 2018)

⁵ Ídem.

⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Informe Técnico de Actualización Informe de Evaluación de los Recursos Hídricos Superficiales de las Cuencas del Río Petorca y Río la Ligua, Región de Valparaíso, STD N° 340, Junio 2013, elaborado por el Departamento de Administración de Recursos Hídricos. Este Informe concluyó que la cuenca del Río Petorca se encuentra agotada para el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento de agua superficiales consuntivos y que sólo es posible constituir nuevos

necesidad de resguardar volúmenes de caudales mínimos con el objeto de preservar la existencia de los ecosistemas —mediante el establecimiento de los caudales ecológicos—, han constituido catalizadores de la extracción ilegal de aguas subterráneas.

La extracción ilegal de aguas es un fenómeno complejo. Por una parte, impide resguardar los volúmenes mínimos necesarios para la preservación de los ecosistemas (por ignorarse la magnitud de la extracción ilegal) y, por otra parte, afecta negativamente los derechos de aprovechamiento válidamente constituidos o reconocidos por la legislación, al disminuir la disponibilidad del recurso en los acuíferos.

Cuando los particulares han enfrentado la posibilidad de que sus actividades productivas no puedan llevarse a cabo —por no existir disponibilidad de agua suficiente para constituir nuevos derechos— en vez de adquirir DAAS en el mercado de aguas, han optado por extraer el agua de forma ilegal, esto es, sin estar amparados por un derecho de aprovechamiento debidamente constituido o reconocido. Y razón es sencilla: cuando no existe la

derechos de aprovechamiento de uso consuntivo y ejercicio eventual discontinuo, desde el mes de agosto hasta noviembre. Disponible en formato electrónico en: <http://documentos.dga.cl/SUP5426.pdf> (Consulta 20 de abril de 2018)

posibilidad de constituir nuevos derechos, obtener el agua irregularmente es más barato que hacerse de ellos de forma legal, esto es, adquiriéndolos en el mercado de aguas.

La carencia de un adecuado diagnóstico queda de manifiesto, por ejemplo, en el Informe del Banco Mundial⁷ elaborado a petición del Gobierno de Chile con el objetivo de apoyar la formulación de una política y estrategia nacional para la Gestión de los Recursos Hídricos, y cuya primera misión fue elaborar un diagnóstico de la gestión de recursos hídricos en Chile.

Ahora bien, frente a la multiplicidad de factores que inciden en el fenómeno de la regulación de las aguas, esta investigación se preguntó qué objetivos debe propender una regulación tendiente a evitar la extracción no autorizada de aguas. De acuerdo con el análisis realizado, los objetivos son evidentes: toda regulación tendiente a evitar la extracción no autorizada debe propender a la protección del caudal ecológico mínimo, y a la seguridad jurídica de quienes cuentan con DAA válidamente constituidos, o a la de

⁷ El diagnóstico de la gestión de recursos hídricos elaborado por el Banco Mundial, identificó ocho desafíos vinculados a la gestión de los recursos hídricos relativos a aspectos legales e instrumentos de gestión y seis desafíos en relación con las organizaciones, públicas y privadas, involucradas en la gestión del agua en el país, de los cuales sólo dos abordan los derechos de aguas subterráneos, como es la necesidad de hacer una gestión del agua subterránea más sostenible y de mejorar el registro público de los derechos de aprovechamientos de aguas. Sin embargo, ninguna consideración se expone en relación con una debida sanción a la extracción ilegal.

quienes la Constitución y la ley reconocen el derecho de explotación. Y en base a estos objetos de protección debe ser construida la multa óptima.

En la primera etapa de este trabajo se evidenciará que el déficit disuasivo de la sanción establecida en el CA se debe, principalmente, a que el monto de la multa es sustancialmente inferior al costo de cumplimiento de la medida. Este defecto implica que la multa no es adecuada para que la conducta que se desea proscribir sea neutralizada. Para que la conducta sea neutralizada, el costo de la medida debe ser al menos inferior a la sanción por incumplirla.

Para evidenciar este defecto, primero se dilucidará qué debe entenderse por costo de cumplimiento de la medida, y luego se comparará este costo con el valor de la multa y las probabilidades de que ella sea definitivamente aplicada (probabilidad de fiscalización y probabilidad de condena). Esta comparación permitirá demostrar que la multa actual es excesivamente menor contrastada con el costo de cumplimiento de la medida, de modo tal que cualquiera sea la probabilidad de que la sanción sea finalmente aplicada, ella no logra disuadir a quien extrae ilegalmente aguas. Como se explicará, esta situación es especialmente relevante en aquellos territorios donde no pueden

constituirse nuevos DAA —ya sea al haberse constituido derechos por el 100% de los recursos hídricos susceptibles de ser otorgados o al haberse decretado zona de prohibición para el otorgamiento de nuevos DAA— por cuanto la adquisición de estos derechos es muchísimo más onerosa que la multa establecida en el CA.

Asimismo, en esta primera etapa, se estudiarán las características del tipo penal que sanciona la usurpación de aguas, así como las dificultades de acreditación de los elementos del tipo —tal como la “invasión de derecho ajeno”— lo que a juicio de esta investigación determina las bajísimas probabilidades de que la sanción penal sea finalmente aplicada. Los fallos judiciales estudiados muestran que el estándar de “más allá de toda duda razonable” es difícil de satisfacer para el caso de extracción de aguas desde el acuífero subterráneo. Demostrar que la extracción de aguas subterráneas invadió el derecho de aprovechamiento de aguas de otro, requiere conocer con exactitud la hidrogeología del acuífero y demostrar que no existe una concausa, tal como podría serlo un invierno sin lluvias, o cualquier otra condición natural que explique una escasez coyuntural de aguas. En este caso, la baja probabilidad de que la sanción sea finalmente aplicada impide que la amenaza de la

privación de libertad disuada a los infractores. Estas características del delito de usurpación de aguas nos conducen a las siguientes interrogantes: ¿Es posible que la sanción penal no esté orientada a disuadir la extracción de aguas en sí mismas, sino que la extracción de aguas de otros? Y ¿es posible interpretar que aquellas aguas que no son objeto de un derecho de aprovechamiento particular, al serlo de dominio público, una vez probada la extracción, se debe tener por probada la invasión del derecho de otro? ¿Cómo se interpretará el concepto de *invasión* de un derecho cuando se esté evaluando el caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1 del CA? Se intentará responder a estas preguntas, con objeto de evidenciar que es la infracción administrativa la que cumple el objeto de custodiar los bienes públicos y privados asociados a la protección de los acuíferos y caudales superficiales, así como a la mantención de los equilibrios ecológicos, y no el castigo penal, orientado a la protección de específicos bienes particulares.

Considerando el déficit disuasivo de la sanción administrativa-judicial⁸ que se analiza, y la escasez cada vez más manifiesta de los recursos hídricos en zonas cuyas principales actividades económicas requieren de aguas para

⁸ La dualidad administrativa-judicial será explicada más adelante.

sus procesos, no es difícil conjeturar que, *ceteris paribus*, la extracción no autorizada de aguas aumentará.

Desde esta perspectiva, para lograr los efectos disuasivos que le son exigibles, la sanción administrativa debe ser modificada. He aquí que se propondrá una modificación de *lege ferenda*. Su construcción requiere poner atención en las consideraciones económicas detrás de las decisiones de los particulares. En la segunda parte de este trabajo, se propondrá una “multa óptima”, concebida como aquella frente a la cual los sujetos —considerando costos y beneficios— deberían optar por cumplir la normativa antes que infringirla.

Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho Administrativo que utilizan a las multas como herramienta de disuasión de las conductas indeseadas, la legislación de agua no contempla criterios para discernir acerca de la magnitud de la multa que debe ser aplicada. Lo único que dispone el CA es que la extracción ilegal de aguas —por aplicación de una regla general, que sanciona a todas las demás “contravenciones”— está sancionada por una multa de hasta 20 UTM, no proveyendo de criterios específicos para saber cuándo aplicar 1 UTM o cuando 20 UTM, ni tampoco sopesando la dimensión de la extracción y la extensión en el tiempo de la misma.

En otras palabras, una vez evidenciado que la sanción administrativa no ha cumplido con su rol disuasivo, se confeccionará una metodología que permita determinar, para cada caso específico, una multa que considere las variables económicas cuantitativas a las que se vio enfrentado el eventual infractor, como los criterios cualitativos que deberá tener en consideración la administración al momento de aplicar esta multa. Esto último es especialmente relevante, considerando que el primer proyecto reforma al CA tampoco tipifica ni sanciona especialmente la extracción no autorizada de aguas, limitándose a imponer multas que van desde 501 UTM hasta las 1.000 UTM⁹ a quienes incurran en acciones que afecten la disponibilidad de aguas o disminuyan el recurso, sin precisar cuándo debe aplicarse el máximo o el mínimo. Como se evidenciará en esta investigación, esta modificación legislativa, de forma similar a la legislación penal, subordina la sanción a que la extracción no autorizada tenga efectos específicos y determinados, extremadamente difíciles de acreditar. Asimismo, esta nueva multa reincide en el

⁹ El Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 364^a, Sesión 80^a, en miércoles 11 de enero de 2017, Ordinaria, da cuenta de que, “las modificaciones a los artículos 173 y 300 fueron aprobadas por unanimidad”. La modificación al artículo 173 del Código de Aguas, en aquella parte que sanciona la extracción ilegal de aguas, de acuerdo al Boletín 8149-09 establece que “Una multa de cuarto grado [501 a 1.000 UTM] cuando se realicen actos u obras, sin contar con el permiso de la autoridad competente, que afecten la disponibilidad de las aguas, o disminuyan la calidad del recurso en las fuentes naturales y/o en las obras estatales de desarrollo del mismo. También se aplicará esta multa al que entregue información falsa o que induzca a error a la Dirección.”

error de no sopesar la dimensión de la extracción, así como tampoco el tiempo de la misma.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

Esta investigación se limitará al análisis de una cuestión que ha pasado desapercibida para nuestra legislación e incluso para las iniciativas ejecutivas de reforma al Código de Aguas (CA). Un asunto que podría parecer secundario a quienes ponen en duda la legitimidad del sistema instaurado por el CA, pero que —desde el punto de vista práctico— resulta de vital importancia: la sustracción no autorizada de aguas y, en particular, la sustracción no autorizada de aguas subterráneas.

Y es que cualquiera sea la forma de asignación de los recursos hídricos con que cuente nuestro país —condicionados o no a un determinado uso, otorgados en forma de concesión o de dominio, gratuita u onerosamente, etc.—, lo cierto es que entre mayor sea la demanda por dichos recursos —la mayor necesidad de agua es un realidad de carácter mundial— y menor su disponibilidad material y jurídica¹⁰, más costosa o dificultosa será su

¹⁰ Además de los efectos del cambio climático, en la mayoría de las cuencas en Chile se han otorgado derechos por la totalidad de los recursos hídricos disponibles, como lo demuestra el Informe Técnico de “Actualización Informe de Evaluación de los Recursos Hídricos Superficiales de las Cuencas del Río Petorca y Río la Ligua, Región de Valparaíso, *Op. Cit.*, 44p.

adquisición, y mayores serán los incentivos a hacerse de ella de forma ilegal, esto es, fuera de los mecanismos establecidos en la legislación. Legislación que, huelga decirse, es lo que permite un uso del recurso sustentable en el tiempo.

Uno de los déficits regulatorios que se han identificado consiste precisamente en la falta de disuasión de las sanciones destinadas a evitar la extracción de aguas sin contar con un DAA constituido o reconocido conforme a la legislación. Evidencia de ello es que, del total de procedimientos de fiscalización instruidos por la DGA en las zonas más afectadas por la escasez de recursos hídricos, el mayor porcentaje lo concentran investigaciones por extracción no autorizada de aguas.

El CA no tipifica la infracción administrativa específica en que consiste la extracción no autorizada, ni la sanción particular con que es penada su comisión. Tampoco le otorga potestades sancionatorias a la DGA. Esta infracción administrativa ha sido construida en base a una serie de disposiciones legales y constitucionales. El CA explícitamente señala que la DGA¹¹

¹¹ La DGA es descrito por el artículo 299 del CA como “un servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas. El Jefe Superior de este servicio se denominará Director General de Aguas y será de la exclusiva confianza del Presidente de la República.”

cuenta con facultades expresas para ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales, e impedir que se extraigan aguas de ellos sin título o en mayor cantidad a lo que corresponda (dotándola de facultades sólo de fiscalización), y luego dispone que toda “contravención” al CA, que no esté especialmente sancionada, será penada por una multa que deberá ser aplicada por los tribunales de justicia. Fundado en esta interpretación el órgano administrativo, previa tramitación de un procedimiento tendiente a dar por establecida la infracción, ha solicitado sistemáticamente a los tribunales de justicia que apliquen la multa establecida en el artículo 173 del CA,¹² ascendente a un máximo de 20 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), una vez constatada la señalada contravención. En otras palabras, estamos en presencia de una infracción administrativa, cuya sanción debe ser aplicada por el órgano judicial.

Al no existir una sanción específica a la extracción ilegal de aguas, podría parecer que la intención del legislador fue que dicho comportamiento fuera castigado penalmente. A diferencia de lo que ocurre en el CA, el Código Penal (también CP) tipifica la extracción no autorizada de aguas como

¹² El artículo 173 del Código de Aguas establece una multa máxima de 20 Unidades Tributarias Mensuales.

“usurpación”, sancionándola con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 11 a 20 UTM, para el caso de usurpación no violenta, y la misma multa, pero un presidio menor en su grado mínimo a medio, en caso de que la usurpación fuera violenta. Sin embargo, la usurpación de aguas difiere de lo que hemos denominado extracción no autorizada —entre otros asuntos— en que exige la invasión de derecho ajeno, esto es, un ataque a un bien jurídico protegido constitucionalmente, como es la propiedad de los terceros sobre sus propios DAA.¹³ De esta manera, el delito tipificado en el artículo 459 del Código Penal no sanciona a quienes extraen aguas sin autorización, sino a quienes extraen aguas de otro.¹⁴

Pero lo cierto es que cualquiera haya sido la opción del legislador del CA, existe consenso jurisprudencial de que la extracción no autorizada de aguas, en tanto contravención al CA, es sancionada por una disposición administrativa —por una multa ascendente a un máximo de 20 UTM—, que debe ser en definitiva aplicada por el órgano judicial (tribunales civiles); y

¹³ Un elemento propio de los delitos penales, y que los distingue de las infracciones administrativas, es la antijuridicidad, la que “se traduce en un daño de bienes jurídicos portadores individuales de voluntad”. En CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2012. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho*. 25 (2): 137p.

¹⁴ La problemática relacionada con la distinción entre los delitos penales y las infracciones administrativas no será tratada en detalle en esta investigación. Solo se constatará el tipo penal difiere de la infracción administrativa, en cuanto primera exige un atentado a un bien jurídico particular, distinto del bienestar público general.

que cuando la extracción de aguas invade derecho ajeno, es sancionada penalmente. Sin embargo, es la primera de estas infracciones/sanciones la que interesa a esta investigación.

Un análisis comparativo entre la multa establecida por la infracción administrativa y los beneficios que puede llegar a generar pone en evidencia la falta de disuasión que los casos prácticos analizados, confirman.

3. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO UNA HERRAMIENTA PARA APROXIMARNOS A LA SANCIÓN POR USO NO AUTORIZADO DE AGUAS, EN TANTO RECURSO ESCASO.

La infracción/sanción problematizada en este trabajo contiene elementos que la distinguen de la típica infracción/sanción de carácter administrativo mediante las que se dota de potestades sancionatorias a los órganos de la Administración. En efecto, si bien la infracción está establecida en el CA, y es un órgano dependiente del Ministerio de Obras Públicas (también MOP) quien posee potestades de fiscalización, dicho órgano no cuenta con potestades sancionatorias. En definitiva, la multa sólo puede ser determinada y aplicada —previa tramitación de un procedimiento sumario— por el órgano judicial.

Una de las deficiencias de la sanción actual que ha contribuido a su ineficacia radica en la falta de potestades sancionadoras de la DGA. Aunque la DGA fiscaliza e instruye los procedimientos destinados a recabar antecedentes que permitan dar por establecida la utilización de aguas sin contar con

DAA —lo que implica el desarrollo de un procedimiento administrativo—, no tiene potestades para aplicar la multa. Lo único que puede hacer al respecto es oficiar a los tribunales civiles para que estos impongan la sanción. Lo extraña de esta situación es que debido a que la DGA no cuenta con presupuesto ni potestades para ser parte en estos procesos, los denunciados (a quienes en el proceso administrativo se los ha declarado como infractores) actúan sin contraparte ante los tribunales civiles. Al revisar el contenido de los expedientes en que se instruyen estas materias, se evidencia una alteración a las reglas típicas de tramitación. Por ejemplo, en caso que el Tribunal llegara a dar por establecido en el procedimiento sumario que no existió infracción alguna al Código de Aguas, esa sentencia no será apelada, pues la DGA no cuenta con facultades para ser parte en el proceso.

Las circunstancias anotadas llevan a sostener que es necesario otorgar potestades sancionatorias a la DGA, para que ésta pueda sancionar la conducta específica que se analiza.

Ahora bien, si bien las infracciones/sanciones administrativas han planteado desde un punto de vista dogmático una serie de problemas; entre ellos: naturaleza jurídica, fundamentos constitucionales, y alcance y contenido de los principios a los cuales se encontraría sometido en sus aspectos

sustantivos y procedimentales¹⁵, y aunque las nociones de la doctrina han cambiado a lo largo del tiempo, se ha sostenido que la sanción administrativa es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, y en base a este supuesto se ha afirmado la aplicación “con reservas”¹⁶ de las garantías del derecho penal.¹⁷

Los razonamientos que se construyen a partir de estas consideraciones dogmáticas han sido tradicionalmente exegéticos-conceptuales. Así, las consideraciones filosóficas sobre la teoría de la pena se han utilizado también para fundamentar las sanciones administrativas. Como se sabe, es posible identificar, a grandes rasgos, dos líneas de fundamentación: la sanción como una retribución por la conducta impropia; y la sanción como un mecanismo que busca prevenir nuevas infracciones (prevención o disuasión). Luego, la teoría de la prevención posee dos grandes tendencias, el prevencionismo

¹⁵ CORDERO. *Op. Cit.*, 132p.

¹⁶ El fallo dictado por el Tribunal Constitucional en autos Rol 479, sostiene que “(...) aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, “con matices”, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”. La posición anterior del Tribunal Constitucional fue la expresada en autos Rol 244, el 26 de agosto de 1996, donde señaló como regla general que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República deben aplicarse al derecho administrativo sancionador toda vez que “ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”, sin matiz alguno.

¹⁷ Una crítica a esta posición es propuesta en LETELIER, Raúl. 2017. Garantías penales y sanciones administrativas. *Polít. Crim.* 12 (24): 622-689.

general, dirigido a la sociedad como un todo; y el prevencionismo especial, dirigido al individuo que incurrió en la infracción.

El análisis que se desarrolla en este trabajo se inscribe en la segunda de estas teorías, esto es, pretende identificar la dimensión utilitaria del incumplimiento de la norma administrativa, para construir una sanción también utilitaria, con el objetivo de prevenir la ocurrencia de la infracción. Es a propósito de un fundamento finalista de la pena que el análisis económico del derecho resulta singularmente interesante, y, por lo tanto, es ese el marco teórico en que se inscribe este trabajo.

Para analizar la justicia de la sanción asignada como consecuencia a la extracción no autorizada de aguas, esta investigación no se preguntará sobre cuál es la retribución justa para quien atenta contra el bienestar público (entendido como el objeto de protección de la Administración), sino sobre cuáles son las consideraciones económicas que sopesa en abstracto el sujeto particular. La explicitación de estas consideraciones económicas permitirá la elaboración de una metodología que genere una efectiva disuasión de la conducta.

El análisis económico del derecho, y en particular del derecho administrativo, es una herramienta que permite analizar de manera finalista (en este caso, mediante un análisis de costo-beneficio) la conducta del infractor de una norma administrativa en específico, posibilitando cuantificar el valor económico de una multa para que ésta sea disuasiva de la conducta proscrita, obteniéndose así una multa utilitarista también.

Con las herramientas que provee ésta particular forma de análisis, se determinará la relación económica que se establece entre el costo de cumplir la medida, y la sanción que establece nuestra legislación por incumplirla, en base a una explicitación de los elementos que constituyen la sanción. Donde se precisará si el concepto de “costo de cumplir la medida” debe ser entendido como el costo de adquirir válidamente derechos de aprovechamiento de aguas en la cuenca hidrológica en la que se requiere del recurso o el costo o pérdida de no llevar a cabo la actividad económica para la cual se requiere el agua. A su vez, el concepto de “*sanción que establece nuestra legislación*” se referirá a las sanciones establecidas en el Código de Aguas y en el Código Penal, para la extracción ilegal de aguas subterráneas, ponderadas por la probabilidad de que la multa sea efectivamente aplicada.

Entonces ¿por qué se opta por el análisis económico del derecho administrativo como la herramienta para enfrentar el fenómeno de la regulación de la extracción no autorizada de aguas?

En un contexto de recursos escasos, como es el agua, el análisis económico es una herramienta indispensable. Esta herramienta se vuelve aún más importante, cuando se quiere comprender las lógicas económicas intrínsecas a una regulación de carácter administrativa.

Este análisis debe efectuarse bajo la premisa de que el objetivo de la norma en base a la cual el agua sólo puede ser utilizada por quien es titular de un derecho de aprovechamiento es la seguridad jurídica de quienes son dueños de un derecho de aprovechamiento, la protección del caudal ecológico y de los ecosistemas, y que el objetivo específico de la norma que sanciona la extracción no autorizada de aguas es la prevención o disuasión, es decir, que las personas se representen que no es conveniente incurrir en el acto de extracción ilegal, por la amenaza latente y la retribución por su conducta atentatoria del sistema. Y es que frente a recursos escasos los agentes económicos se hacen preguntas eminentemente económicas.

4. ELEMENTOS NORMATIVOS NECESARIOS PARA COMPRENDER LA INECUACIÓN. LA EXTRACCIÓN NO AUTORIZADA DE AGUA: CONCEPTO, REGULACIÓN Y SANCIÓN

4.1. La extracción no autorizada de aguas en el CA.

El legislador del CA parece no haber considerado a los acuíferos subterráneos como objeto relevante de regulación. Al menos eso se puede concluir cuando se constata que los artículos del CA dedicados a regular las aguas subterráneas son menos de su décima parte (alrededor de 30 de un total de 317 disposiciones permanentes y 13 transitorias)¹⁸; y que el CA no establece una prohibición específica de extraer aguas subterráneas sin contar con la respectiva autorización, ni una sanción especial para esa conducta, y menos aún señala cuál es el órgano encargado de aplicar la sanción, o el procedimiento que debe instruirse para establecer la verificación del hecho. Frente a estas circunstancias, la DGA se ha visto en la necesidad de generar una

¹⁸ RIVERA Bravo, Daniela. 2015. Diagnóstico jurídico de las aguas subterráneas. *Ius et Praxis*. 21 (2): 225p-266.p

regulación más acabada de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, y lo ha hecho a través de decretos supremos y resoluciones exentas.

En el caso específico de la extracción no autorizada, la DGA y los tribunales han interpretado que la proscripción de la extracción de aguas no autorizada se configura por lo dispuesto en los artículos 19 N° 24 de la Constitución Política y en los artículos 5, 6 y 2 transitorio del CA, y la sanción a esta conducta se encuentra establecida en el artículo 173 del CA, norma que establece la sanción general para todos aquellos casos en que se contravenga al CA.

El artículo 19 N° 24 de la Constitución Política 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.”, mientras que el artículo 5 del CA dispone que “[l]as aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código.”

La discusión que estas disposiciones —la primera de estatus constitucional y la segunda de estatus legal— ha generado, es amplia. La pregunta que surge con su lectura es, ¿cómo los particulares pueden ostentar un título de propiedad sobre bienes nacionales de uso público? La respuesta más

sencilla, es que el derecho de propiedad se tiene sobre el derecho de aprovechamiento, pero no sobre las aguas mismas, las que no obstante concederse para su uso y goce a los particulares, continúan siempre siendo un bien nacional de uso público.

Pero no se pretende detener en esta discusión, lo que se pretende es identificar qué disposiciones son las que nos permiten sostener que la utilización de aguas subterráneas sin contar con un derecho que autorice su aprovechamiento está proscrita en nuestra legislación, y cuál es la sanción administrativa que establece la sanción.

Pues bien, el artículo 6 del Código de Aguas establece que “[e]l derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.”

Y el artículo segundo transitorio del CA¹⁹ y el artículo 7 del Decreto Ley 2.603 de 1979,²⁰ señalan que los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia el CA, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, y cuando se solicitara inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural. La disposición agrega que la utilización deberá efectuarse libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer derecho ajeno, que los terceros afectados podrán deducir oposición y que, vencido los plazos

¹⁹ El artículo segundo transitorio del CA dispone que “Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes: a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno; b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1° del Título I del Libro II de este código; c) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y d) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este código. El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural”.

²⁰ El artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603, de 1979, dispone que "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 quien se encuentra actualmente haciendo uso efectivo del agua".

legales, la DGA enviará los antecedentes al Juzgado de Letras en lo Civil competente quien conocerá y fallará.

En base al artículo segundo transitorio del CA —en tanto regla procedimental que permite la regularización de los derechos— y al artículo 7 del Decreto Ley 2.603 del año 1979, se ha sostenido que derechos consuetudinarios de aguas (de agricultores, indígenas y otros usuarios rurales) surgen como tales a partir de un uso ancestral, y que son reglas de fondo, la base de la existencia de tales derechos.²¹

Un análisis sistemático de las disposiciones citadas nos permite sostener que nuestro ordenamiento jurídico distingue, en cuanto a su origen, entre *derechos de aprovechamiento de aguas constituidos*, que nacen de un acto de autoridad y, *derechos de aprovechamiento de aguas regularizados*, que nacen del uso fáctico, de una especial situación o de su reconocimiento por el legislador.²² Los primeros —esto es, derechos de aprovechamiento de aguas constituidos— emanan de lo dispuesto en los artículo 19 N° 24 de la Constitución Política y los artículos 5 y 6 del CA, en virtud de los cuales tendrán

²¹ Sentencia de la Corte Suprema de 25 de noviembre de 2009, causa Rol 2840-08.

²² Sentencia de la Corte Suprema de 26 de abril de 2016, causa Rol N° 37.109-15, considerando 6°.

derecho a aprovechar las aguas (usarlas y gozarlas), quienes sean titulares de derechos de aprovechamiento de aguas; y los segundos —derechos de aprovechamiento de aguas regularizados— emanan de lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, y los artículos 2° transitorio del CA y artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603, conforme a los cuales el uso de aguas que se inició de facto, una vez reconocido por la legislación, pase a tener la categoría de derecho y ocupa un lugar equivalente a los derechos de aprovechamiento reconocidos.²³ La DGA incluso cuenta con una “Guía para la presentación de solicitudes de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas”.²⁴

En consecuencia, sólo podrán usar y gozar de las aguas, con los requisitos y en conformidad a las reglas prescritas en el CA, quienes cuenten con un

²³ Ídem.

²⁴ La Guía para la presentación de solicitudes de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, expresamente señala que “[e]l artículo 2° Transitorio del Código de Aguas, establece que los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares, derechos no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural, podrán regularizarse cuando dicho/as usuario/as hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados hacia atrás desde la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981, es decir, antes del 29 de octubre de 1976, en conformidad con las reglas siguientes: a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno; b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas, ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo concerniente a cualquier otra solicitud presentada ante la D.G.A. c) Lo/as tercero/as que se vean afectado/as podrán deducir oposiciones, hasta treinta días hábiles después de realizada la última publicación. d) Vencidos los plazos legales, la D.G.A., remitirá la solicitud y sus antecedentes al Juez de letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el Código de Aguas.” Disponible en formato electrónico en: <http://www.dga.cl/orientacionalpublico/guias/Guias%20para%20presentacion%20de%20solicitudes/Guia%20Solicitud%20ND%20Superficial%20ver%20enero%202018.pdf> (Consulta 20 de abril de 2018)

derecho de aprovechamiento de aguas que así lo autorice (derecho de agua constituido o regularizado conforme a las disposiciones citadas).

4.1.1. La Dirección General de Aguas: el órgano de la administración facultado para instruir el procedimiento

La DGA es el órgano de la administración competente para instruir el procedimiento destinado a establecer la existencia de una extracción ilegal de aguas subterráneas, mas no para aplicar la sanción.²⁵ El procedimiento no está especialmente regulado en el CA, razón por la cual el Ejecutivo elaboró el Instructivo 1/2008 (versión 2)²⁶, que luego fue actualizado mediante el *“Manual de Procedimiento General de Tramitación de Denuncias y Fiscalizaciones de Oficio”* aprobado por medio de la Resolución Exenta DGA N° 4.396 de fecha 24 de diciembre de 2015.

El procedimiento actualmente vigente para determinar si los particulares incurrieron en una extracción ilegal de las aguas es de carácter

²⁵ El artículo 130 del CA dispone que “Toda cuestión o controversia relacionada con la adquisición o ejercicio de los derechos de aprovechamiento y que de acuerdo con este Código sea de competencia de la Dirección General de Aguas, deberá presentarse ante la oficina de este servicio del lugar, o ante el Gobernador respectivo. La presentación y su tramitación se efectuará de acuerdo a las disposiciones de este párrafo, sin perjuicio de las normas particulares contenidas en los párrafos siguientes.”

²⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Instructivo 1/2008 (Versión 2) del Ministerio de Obras Públicas, Unidad de Fiscalización de la DGA.

administrativo, y se puede originar por la denuncia de un tercero, o por la fiscalización de oficio por parte de la DGA²⁷. A su vez, la fiscalización de oficio se puede originar cuando los funcionarios de la DGA toman conocimiento de alguna situación sospechosa²⁸, por iniciativa de otros Servicios Públicos que hayan detectado algún hecho que eventualmente pudiese constituir alguna contravención al CA, así como también puede ser parte de planes o programas especiales de fiscalización del Servicio²⁹.

Ahora bien, la aplicación de la sanción administrativa supone la realización de dos procedimientos consecutivos: el procedimiento administrativo instruido por la Dirección Regional de Aguas (orientado a establecer la ocurrencia del hecho), y un procedimiento civil de carácter sumario³⁰, cuyo objetivo es la aplicación de la multa administrativa, de conformidad al artículo 173 del CA.

²⁷ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Manual de Procedimiento General de Tramitación de Denuncias y Fiscalizaciones de Oficio. Unidad de Fiscalización de la DGA. Aprobado mediante la Resolución Exenta N° 4896 de 24 de diciembre de 2015. 1p. Disponible en formato electrónico en: <http://www.dga.cl/orientacionalpublico/Informacin/Manual%20Fiscalizacio%CC%81n%20DGA.PDF> (Consulta 20 de abril de 2018)

²⁸ Ídem.

²⁹ Ibídem, 3p.

³⁰ Artículo 177 del Código de Aguas “Los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el Título XI, del Libro III, del Código de Procedimiento Civil.”

El procedimiento instruido por la DGA puede comenzar con la recepción de una denuncia, o mediante una fiscalización de oficio llevada a cabo por la DGA; continúa con la elaboración de un informe técnico preliminar por parte de la DGA; luego se la autoridad administrativa otorga derecho al denunciado a presentar una formulación de descargos; posteriormente se efectúa una nueva inspección en terreno por parte de funcionarios de la DGA, en base al cual se elabora el Informe Técnico de Fiscalización; y en base a este último Informe, y los antecedentes acompañados al proceso, el Director Regional de Aguas dicta una resolución exenta. Si la resolución determina que no hubo infracción al CA, esto es, que no se estableció la ocurrencia de una extracción no autorizada de aguas, el proceso termina y se cierra el expediente³¹. En tanto, si la resolución dictada por el Director Regional establece la ocurrencia de la extracción no autorizada de aguas, se ordena al infractor el cese de la extracción ilegal, se oficia al Juez de Letras Civil competente para que aplique la multa establecida en el artículo 173 del CA³², y

³¹ Manual de Procedimiento General de Tramitación de Denuncias y Fiscalizaciones de Oficio. *Op. Cit.*, 13p.

³² De acuerdo con lo establecido en el 175 del Código de Aguas “[s]i la ley no indicare la autoridad encargada de imponer la multa, ésta será aplicada por el Juez Letrado del lugar en que se hubiere cometido la infracción.” Y, debido a que el CA no establece cuál es la autoridad encargada de aplicar la multa para el caso de extracción no autorizada, corresponde que ella sea “aplicada” por el Juez de Letras del lugar en que se hubiera incurrido en la infracción.

se oficia al Ministerio Público, denunciándose el posible delito de usurpación de aguas³³. El Código de Aguas no establece el estándar que debe satisfacerse para dar por establecida la extracción ilegal de aguas. Más adelante ahondaremos sobre este aspecto.

En cuanto al procedimiento que debe ser instruido por los tribunales, el CA nuevamente silencia. Lo único que aporta al respecto es lo dispuesto en el artículo 175 del CA, “si la ley no indicare la autoridad encargada de imponer la multa, ésta será aplicada por el Juez Letrado del lugar en que se hubiere cometido la infracción” y en el artículo 177 del CA “[l]os juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el Título XI, del Libro III, del Código de Procedimiento Civil.” En base a estas disposiciones se ha sostenido que los tribunales civiles deben aplicar la sanción en base a la instrucción de un procedimiento sumario.

³³ Manual de Procedimiento General de Tramitación de Denuncias y Fiscalizaciones de Oficio. *Op. Cit.*, 14p.

4.1.2. Interpretación de la DGA de los artículos 173 y 175 del CA en relación con el procedimiento sumario.

La interpretación que la DGA ha conferido a los artículos 173 y 175 del CA es que la multa establecida en el artículo 173 del CA debe ser aplicada previa tramitación del procedimiento sumario referido en el artículo 175 del CA, omitiendo la etapa de prueba. Esta conclusión se obtiene al examinar diversos procesos surgidos a partir de denuncias de la DGA por extracción ilegal de aguas. La posición de la DGA —por lo demás incorrecta— es que debe prescindirse de un término probatorio, correspondiendo sólo citar al denunciado y posteriormente aplicar la multa. Así se desprende al examinar los términos en que fue formulada —por la DGA de la Región de Arica y Parinacota— una denuncia por extracción no autorizada de agua.

Los hechos son simples: en el contexto de una fiscalización de oficio llevada a cabo por la DGA de Arica y Parinacota, dirigida a infracciones de carácter permanente, con fecha 26 de abril de 2016, personal del Servicio concurrió a la altura del km 17 de la ruta A-27 sector Parcela “La Tara” del Valle de Azapa, inspeccionándose una captación de aguas subterráneas tipo pozo perteneciente al Sr. A.L.M., ubicada específicamente en la coordenada UTM (m) este: 380.413 y norte: 7.948.294, referidas al Datum WGS 84,

Huso 19. Mediante la revisión del Catastro Público de Aguas, la DGA constató que no existían derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas asociados al punto de captación a nombre del Sr. A.L.M., concluyendo que se trataría de una extracción no autorizada de aguas³⁴.

En el petitorio de la denuncia presentada, podemos conocer la interpretación de la DGA acerca de la competencia de los tribunales con relación a la denuncia por extracción ilegal de aguas:

(...) de acuerdo con lo expuesto, habiendo existido un procedimiento administrativo regido por el Manual de Procedimiento General de Tramitación de Denuncias y Fiscalizaciones de Oficio, aprobado con fecha 24 de diciembre de 2015, mediante Resolución (Exenta) DGA N° 4396 de la Dirección General de Aguas que regula la tramitación frente a denuncias y fiscalizaciones de oficio basado en la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado y los artículos 5°, 6°, 9°, 20°, 56°, 59°, 60°, 140°, 149°, 173° y 175° del Código de Aguas.

RUEGO A US.: Se sirva tener por interpuesta la presente denuncia, acogerla a tramitación y decretar la aplicación de multa, previa citación al denunciado.³⁵

³⁴ Formulario de Ingreso de Fiscalización de Oficio, de fecha 22 de agosto de 2016, que da origen a expediente FO-1501-70, elaborado por la DGA de Arica y Parinacota. Este documento es parte integrante del expediente seguido ante el Juzgado Civil de Arica, en causa Rol C-3158-06.

³⁵ Denuncia por extracción ilegal de aguas presentada por la DGA. Este documento es parte integrante del expediente seguido ante el Juzgado Civil de Arica, en causa Rol C-3158-06

Asimismo, en el cuarto otrosí del escrito, la DGA hace presente una serie de consideraciones referidas a sus propias competencias, al procedimiento y las posibilidades de defensa, todas las cuales resultan ilustrativas para dilucidar la posición de la DGA en este aspecto.

La Dirección General de Aguas tiene una serie de atribuciones y funciones que el legislador le confirió, “y en especial”, las que se señalan en el artículo 299 del Código de Aguas en la letra c) “Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del Servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación”

Dicho de otra forma, los tribunales ordinarios de justicia sólo pueden imponer la multa de acuerdo al mérito de los antecedentes aportados por la Dirección General de Aguas. Es el propio Servicio quien por mandato legal tiene la policía y vigilancia y no otro organismo.

Incluso nos vemos impedidos de conciliar debido a que las multas son a beneficio fiscal, según lo señalado en el artículo 176 del Código de Aguas.

Por tanto, carecemos de legitimación activa por tratarse sólo de un denunciante que solicita al Juez Letrado Competente la aplicación de la multa estipulada en el artículo 173 del Código de Aguas por existir una contravención al Código antes individualizado que no se encuentra especialmente sancionado. La actividad nuestra, como parte denunciante, se agota con la sola presentación de la denuncia, de manera tal que de existir inactividad en el proceso, jamás le será imputable al Servicio. Se trata de una denuncia efectuada por un organismo administrativo que, si bien se tramita conforme a las reglas del juicio sumario, según lo establecido en el artículo

177 del Código de Aguas, no es propiamente un juicio entre las partes, bastando solamente la citación al denunciado para que se realice sus descargos bajo apercibimiento de proceder en su rebeldía y posteriormente US. aplique la multa que estime conveniente.

No cabe, a nuestro juicio, su S.S. se reciba la causa a prueba por no existir hechos sustanciales, pertinentes ni controvertidos, toda vez que queda de manifiesto de la simple lectura de la denuncia y de la tramitación que se ha seguido conforme al Manual de Procedimiento General de tramitación de denuncia y fiscalizaciones de oficio 2015 de la Unidad de Fiscalización de la Dirección General de Aguas que no existen hechos controvertidos.³⁶

Al final de su exposición, la DGA señala expresamente que “[e]sta postura ha sido respaldada por una sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, a saber: causa Rol 726—2008 de fecha 26 de junio de 2009 e inclusive por las causas del Primer Juzgado de Letras de Arica a saber causa rol C—2402—2015 y del Segundo Juzgado de Letras de Arica a saber causa rol C—2420—2015.”³⁷ La DGA sostiene que posición interpretativa —que sus facultades se limitan a la presentación de la denuncia, que carece de legitimación activa para actuar como parte en el proceso, que el proceso no es susceptible de abandono de procedimiento, que se debe omitir la etapa

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem.

de prueba, entre otras— está avalada por un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y otros fallos de primera instancia.

Sin embargo, aunque la tesis de la DGA ha sido aceptada por algunos tribunales de primera instancia, la conclusión que se obtiene a partir del fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta no es correcta. En el considerando tercero del referido fallo la Corte señaló que:

Por consiguiente, no se ha omitido el trámite de recibir la causa a prueba en forma arbitraria, porque no se discutió el hecho denunciado, sino que sólo se justificó, lo que conduce de manera necesaria a que el recurso de casación en la forma interpuesta también por este motivo deba ser desestimado.³⁸

La interpretación de la DGA de Arica y Parinacota discrepa de lo sostenido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. El fallo no sostiene que en todos los casos en que la DGA formule denuncias por extracción ilegal de agua deberá instruirse un procedimiento sumario que omita la etapa de prueba, sino que al no existir en el caso específico que se sometió a su conocimiento hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos —por cuanto el

³⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción el 26 de junio de 2009, en causa Rol 726-08, considerando 3°.

denunciado no contravirtió la extracción ilegal, sino que la justificó— la omisión de dicho trámite se ajustaba a derecho³⁹.

Cuando la DGA presentó denuncia en contra del Sr. ALM, ignoraba cuál sería su defensa. Por ello, es incorrecto pretender que *a priori* se omita la etapa de prueba. Es perfectamente posible que el denunciado se defienda negando la existencia del pozo de extracción ilegal, caso en el cual ese hecho debería ser probado por la DGA. No existe ninguna disposición legal que otorgue a los informes de fiscalización elaborados por la DGA una presunción de veracidad, como si ocurre, por ejemplo, con lo consignado por los funcionarios de la Seremi de Salud en las actas de inspección⁴⁰.

Sin embargo, la posición de la DGA parece ser clara a este respecto.

Esta dualidad de procedimientos es singular. Es estricto rigor estamos en presencia de una sanción administrativa que debe ser aplicada por un tribunal civil. La singularidad surge de la declaración de principios efectuada por la DGA. En estrictez, si la DGA no cuenta con legitimación activa para actuar en el proceso civil, no tiene facultades para rendir prueba en el proceso, ni ejercer los recursos establecidos en la legislación procesal civil. En este

³⁹ En igual sentido se ha manifestado la Juez Civil de la Ligua, en autos rol C-570-2012, al omitir la etapa de la prueba, por no existir a su juicio hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

⁴⁰ Artículo 166 en relación con el artículo 171 del Código Sanitario.

contexto, si el denunciado niega los hechos establecidos por la DGA en su resolución, el único antecedente con que contará el Juez Civil para resolver —además de la prueba que lleve a cabo el denunciado— serán los antecedentes en base a los cuales la DGA dictó su resolución. Las conclusiones sobre hechos emitidas por la DGA en sus informes, no tiene más mérito probatorio que el Juez decida otorgarle. Es más, si el Juez Civil decide no aplicar la multa, careciendo la DGA de legitimidad activa, no existirá para este proceso una segunda instancia. Las descritas son tan solo algunas de las graves consecuencias que tendría aceptar interpretación que la DGA le ha dado a las normas analizadas. Sin duda, en un escenario de estas características, las probabilidades de que los denunciados logren evitar la aplicación de la multa son muy elevadas.

4.2. La extracción no autorizada de aguas en el Código Penal

En el artículo 459 del Código Penal se tipifica el delito de usurpación de aguas, estableciendo como elementos del tipo, sacar aguas y apropiárselas, sin título legítimo e invadiendo derecho ajeno. En efecto, el artículo citado dispone que:

[s]ufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:

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

2.º Rompieren o alteraren con igual fin diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

3.º Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

4.º Usurparen un derecho cualquiera referente al curso de ellas o turbaren a alguno en su legítima posesión.

Y el artículo 460 del Código Penal agrega que:

Cuando 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 mínimos a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

El análisis de estas disposiciones revela que la usurpación de aguas exige la concurrencia de elementos adicionales a la mera extracción no autorizada de aguas, esto es, a la captación de aguas sin contar con título legítimo. La disposición es clara e exigir que la extracción de las aguas

invada un derecho ajeno. La interpretación práctica que la jurisprudencia ha hecho de esta exigencia es dilucidadora para dejar de insistir en este mecanismo penal como una de las vías para disuadir a los infractores de incurrir en la conducta indeseada.

Las preguntas son entonces: ¿el delito de usurpación penaliza la extracción de aguas? ¿Cómo ha interpretado la jurisprudencia la exigencia de la invasión de derechos ajenos? Y, aunque el artículo 459 del CP no lo especifique ¿las aguas subterráneas se encuentran incluidas en el tipo del artículo 459 del CP?

4.2.1. El delito de usurpación de aguas no penaliza la extracción no autorizada de aguas.

Los conflictos por usurpación de aguas subterráneas no son abundantes en nuestra jurisprudencia. Si bien la mayoría de las resoluciones de la DGA que solicita a los Tribunales Civiles la aplicación de la multa del artículo 173 del CA por extracción no autorizada de aguas, también denuncian al Ministerio Público un eventual delito de usurpación, el Ministerio Público, en general, cierra estas investigaciones por falta de antecedentes.

Los fallos que se han identificado para este análisis tienen en común la presencia de un querellante que alegaba haber sufrido la invasión de sus derechos, pues en los casos en que no existe querellante, las denuncias de la DGA ni siquiera son investigadas. Es entonces que resulta interesante indagar qué ha entendido la judicatura por “invadiendo derechos ajenos”, a efecto de dilucidar cuán disuasiva, en definitiva, es la amenaza del castigo penal.

El fallo dictado por la Corte de Apelaciones de La Serena (Rol 297-2007) que rechazó el recurso de nulidad presentado por la parte querellante en contra del fallo dictado por el Juzgado de Garantía de Ovalle, toma posición en dos aspectos: establece que por “derechos ajenos” se entenderán sólo los derechos de privados, y que la “invasión” sólo se produciría si la extracción de aguas se realizara mediante un pozo ubicado a menos de doscientos metros del pozo que cuenta con derechos legítimos:

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 acreditado que el pozo en referencia se hubiera construido afectando el área de protección de algún otro de acuerdo a lo prescrito en el art. 28 de la resolución N° 341 de la Dirección General de Aguas

de 16 de noviembre de 2005, que estableció las Nuevas Normas sobre Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas.⁴¹

A su vez, en su considerando décimo tercero, el Juez de Garantía de Ovalle, en su intento por dilucidar qué debe entenderse por “invasión de derecho ajeno”, señaló que:

Entonces, qué invasión de derecho ajeno puede observarse en la especie o más bien, qué ha tratado de precisar el tipo penal en esta parte.

Pareciera que la respuesta a esta interrogante podemos encontrarla en el Código de Aguas en cuyo artículo 56 se regula la facultad de cavar en suelo propio pozo para bebida y uso doméstico, aunque de ellos resulte menoscabo del agua de que se alimenta algún otro pozo, pero si de ello no reporta utilidad alguna o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos. A más de lo anterior, recuérdese lo que dispone el artículo 61 de este texto legal en relación con el artículo 25 de la Resolución n° 341 de 7 de octubre de 2005 de la Dirección General de Aguas, que entrega un radio de protección de 200 metros a aquel que tramite y le sea concedida un derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas.

Resulta entonces y realizada una labor de interpretación armónica de las normas citadas, que la invasión de derechos ajenos viene dada por quien cava un pozo, dentro del radio comentado y causando un perjuicio a su titular. Valga a continuación la

⁴¹ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena el 4 de enero de 2008, en causa Rol 297-2007, considerando 3°.

precisión que en juicio no se comprobó la mayor cercanía del pozo excavado por el imputado en el suelo usufructuado en relación con el pozo constituido por Solange Grondin en la parcela 6 A 4, quien goza de un derecho de aprovechamiento sobre un pozo de acuerdo con inscripción de dominio acompañada al efecto por el persecutor fiscal, e inscrito a de fojas 23 a 23 vuelta n° 35 del Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Ovalle correspondiente al año 2001, por lo que ninguna conclusión lógica puede obtenerse al respecto acerca de si hubo o no invasión de derechos a un tercero perjudicado, pues tampoco hubo referencia a otro tercero afectado.⁴²

Pero el Juzgado de Garantía de Ovalle pone una exigencia extra a la referida por la Corte de Apelaciones de La Serena: además de acreditarse que el pozo que no cuenta con título legítimo y que fue construido dentro del radio de protección de doscientos metros, deberá demostrarse que la extracción de agua causó perjuicio al titular que cuenta con derechos legítimos. La pregunta inmediata, entonces, es ¿cómo puede acreditarse que la extracción de aguas causó perjuicios? Tratándose de aguas subterráneas el asunto probatorio es especialmente desafiante. La sentencia analizada no lo

⁴² Sentencia del Juzgado de Garantía de Ovalle de 20 de noviembre de 2007, en causa Rit 433-07, considerando 13°.

trata, pues concluye que existe un título legítimo, suspendiendo el análisis en el punto transcrito.

Ahora bien, un fallo que es dilucidador en cuanto a la dificultad que significa la prueba de “la invasión de derecho ajeno”, como uno de los elementos del tipo, es aquel dictado por el Juzgado de Garantía de Vicuña. Dicho Tribunal, conoció en un juicio oral simplificado de los siguientes hechos:

Entre diciembre de 2012 y marzo de 2015, en la Finca El Delirio, ubicada en sector Quebrada de Paihuano, Comuna de Paihuano, el imputado W.E.F.C., sin contar con los derechos de aprovechamiento de aguas legalmente constituidos e invadiendo los derechos de los regantes del Canal Grillo, extrajo aguas subterráneas a través de un pozo, mediante un sistema que impulsaba mediante una bomba eléctrica agua subterránea hacia estanques de acumulación, apropiándose el agua para riego agrícola.⁴³

En el considerando séptimo, el Juzgado de Garantía de Vicuña estableció que:

Que la prueba rendida en el juicio, si bien permite acreditar la extracción de agua desde un pozo ubicado en el interior de la Finca El Delirio, ubicada en la comuna de Paihuano por parte del imputado, no es

⁴³ Sentencia del Juzgado de Garantía de Vicuña de 16 de septiembre de 2016, en causa Rit 577-16, considerando 3°.

idónea ni suficiente para acreditar todos los elementos del tipo penal de usurpación de aguas del artículo 459 del Código Penal por el que se presentó requerimiento en su contra.

En efecto, la testigo de cargo del Ministerio Público, doña Claudia Pilar Riquelme Cortés, Ingeniero Civil Ambiental y funcionaria de la Dirección General de Aguas, al ser consultada por el Fiscal, señaló que técnicamente era “factible” que se influenciara el caudal de agua –subterránea de la vertiente La Finca o superficial del canal El Grillo– por efecto de la extracción de agua del pozo ubicado al interior de la propiedad del imputado; pero solicitada la aclaración pertinente sobre este punto, indicó que para este caso no existe un “análisis de interferencia rio-acuífero”, que es el análisis técnico idóneo para determinar si se ven afectados los derechos de otras personas por la extracción de agua desde un pozo subterráneo, según precisó. A este mismo punto se refirió el testigo de la defensa, don Carlos Humberto Galleguillos Castillo, Ingeniero Constructor y director regional de la Dirección General de Aguas, quien, si bien señaló que cualquier extracción de agua en esa zona “podría” afectar derechos de terceros debido a que en la subcuenca de la Quebrada de Paihuano están conectadas las aguas superficiales y subterráneas, precisó a la defensa y aclaró al Tribunal, que la potencial afectación la deducía de estudios técnicos en zonas similares, pues para esa subcuenca específica no existen, a la fecha, estudios que técnicamente avalen esta posible afectación.⁴⁴

⁴⁴ Ibídem., considerando 7°.

El análisis de interferencia río-acuífero, entendemos, es un elemento de prueba pericial que permitiría dar por establecido –en caso que la intervención haya ocurrido– la invasión del derecho ajeno.

Los fallos permiten concluir que una de las cuestiones principales para el delito de usurpación de aguas es que la extracción de aguas no autorizada haya afectado derecho privado de terceros. Al menos una sentencia rechaza que la afectación de los bienes nacionales de uso público –como son las aguas– permita dar por establecido este elemento del tipo. Esta investigación no pretende dar por clausurado este debate. Es más, con la creación del caudal ecológico, lo más probable es que en acuíferos que se encuentren sobreexplotados, la extracción no autorizada de aguas lo afecte directamente. Queda entonces por analizar, cuestión que no es materia de esta investigación si esa afectación sirve para dar por acreditado el elemento de “invasión de derecho ajeno” del tipo de usurpación. En lo que a esta investigación interesa, queda demostrado que el delito de usurpación de aguas no sanciona la extracción no autorizada de aguas, no constituyendo un mecanismo eficaz para disuadir esa conducta.

4.2.2. Existe consenso sobre que el delito de usurpación de aguas comprende tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas

Una segunda cuestión que merece ser dilucidada, pues en cierta medida es relevante en caso de que se interprete que el delito de usurpación de aguas se configurará cuando se invada el caudal ecológico, es el relativo a si se aplica también respecto de las aguas subterráneas. Si bien este debate fue resuelto desde el punto de vista de la hermenéutica judicial a través del fallo dictado por el Tribunal Constitucional, se han realizado propuestas legislativas tendientes a modificar la legislación penal.

El fallo dictado por el TC ocurrió pues el 5 de diciembre de 2008, la Compañía Salitre y Yodo Soledad S.A. interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 459 N° 1 del Código Penal, en la causa seguida ante el Juzgado de Letras y Garantía de Pozo Almonte, Primera Región, sobre usurpación de aguas subterráneas, en la que por medio de un juicio oral simplificado se dictó sentencia en la que se tuvo por acreditada la extracción de aguas subterráneas, pero se agregó que “la usurpación de aguas de que da cuenta el artículo 459 N° 1 del Código Penal

se refiere única y exclusivamente a usurpación de aguas superficiales (...)”⁴⁵ por lo 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 estrictamente prohibido”⁴⁶. Frente al fallo citado, tanto el Ministerio Público como Soquimich (también parte del proceso) presentaron recurso de nulidad que en definitiva fue acogido por la Corte de Apelaciones de Iquique, invalidando la sentencia del Juez de Pozo Almonte. Como consecuencia de ello se llevó a cabo una nueva audiencia de juicio oral simplificado, resolviéndose esta vez que “*el delito mencionado sanciona la usurpación de aguas, sin distinguir entre subterráneas y superficiales*”⁴⁷. Respecto de esta resolución se recurrió ante la Corte Suprema, la que en noviembre de 2008 estimó que se configuraban las causales de nulidad absoluta, reenviando los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva, lo que dio origen a la gestión pendiente en la que se fundó el requerimiento de inaplicabilidad.

⁴⁵ Sentencia del Juzgado de Letras y garantía de Pozo Almonte de 9 de abril de 2008, considerando 18º, citado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de agosto de 2009, en autos rol Rol N° 1.281-08-INA.

⁴⁶ Ibídem, considerando 19º.

⁴⁷ Sentencia del Juzgado de Letras y garantía de Pozo Almonte en causa Rit O - 441 – 2006.

El fundamento del requerimiento de inaplicabilidad fue que el artículo 459 N° 1 sanciona como delito únicamente la conducta de usurpación de aguas superficiales y que al tratar de subsumir en dicho tipo la apropiación de aguas subterráneas se infringe la exigencia constitucional de tipicidad penal contemplado en el inciso 8° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución. Básicamente, que el artículo 459 N° 1 solo tipifica la extracción no autorizada de aguas superficiales y no subterráneas. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que:

Lo que éste sanciona es la usurpación de las aguas por un tercero, que las saca u ocupa sin tener título legítimo para ello. Se protegen, entonces, los derechos que hay sobre las aguas; el delito exige invadir derechos ajenos.⁴⁸

Y, posteriormente la sentencia del Tribunal Constitucional se agregó que:

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Que ahora estamos en condiciones de respondernos si el juez penal puede considerar a las aguas subterráneas como parte del tipo penal del artículo 459 N° 1 del Código Penal, sin que se le pueda reprochar inconstitucionalidad.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: Que una interpretación de esta naturaleza se podría fundar en

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de agosto de 2009, en autos rol Rol N° 1.281-08-INA, considerando 18°.

que el concepto de aguas es unívoco. De un lado, porque todas las aguas, incluidas las aguas subterráneas, son bienes nacionales de uso público. Del otro, porque por ser la expresión “aguas” que utiliza el tipo, un elemento normativo y no descriptivo, cuando el Código de Aguas —que es el que establece la regla en la materia— quiere establecer una regla distinta de las aguas superficiales, lo dice expresamente.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Que además esa interpretación podría apoyarse en que el Código Penal no puede establecer una regla distinta al resto del sistema jurídico, y excluir a las aguas subterráneas de su tratamiento. Lo que consideraron los legisladores de la época en que se dictó el Código Penal, ha quedado superado por la codificación en materia de aguas de 1951, que trató a las aguas subterráneas de modo particular, superando la casi nula regulación que hacía el Código Civil; por la reforma constitucional de 1967 y por la publicación que se hizo de todas las aguas tanto por la Ley de Reforma Agraria como por la Constitución de 1980 y por el Código de Aguas dictado bajo su amparo en 1981. Es decir, al ser el “agua” un concepto jurídico, definido por el constituyente y el legislador, que evoluciona con estas puntualizaciones, se vuelve un término dinámico.

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Que de acuerdo a todo lo anterior, entonces, 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.⁴⁹

El Tribunal Constitucional despejó, de esta manera, que los jueces tienen libertad para interpretar que la usurpación de aguas comprende tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas. En otras palabras, se admitió como una interpretación constitucionalmente admisible la de entender que la expresión “aguas” incluye tanto las superficiales como las subterráneas, sin infracción de la garantía de la tipicidad, atendido que la historia de la ley y los textos constitucionales le han otorgado a la expresión “agua”, un sentido general.⁵⁰

Este asunto también fue examinado por el Senado a propósito del Proyecto de Ley que modifica, entre otros asuntos, los artículos 459 y 460 del Código Penal. Específicamente, este Proyecto de Ley (Boletín 8149) aumenta las penas previstas por la legislación actual en sus grados superiores y cuantía de las multas aplicables, agregando una mención expresa de las “aguas subterráneas” como objeto protegido penalmente. El objetivo de estas modificaciones, según el Mensaje del Proyecto, es subsanar el déficit de la

⁴⁹ Ibídem, considerandos 54° a 58°.

⁵⁰ MATUS Acuña, Jean Pierre. 2013. Comentario Proyecto de Ley Usurpación de Aguas. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado. (3). 244p.

“eficacia disuasiva de que adolecen las actuales penas previstas para el delito de usurpación de aguas —proponiéndose elevar el grado máximo de las penas corporales de los artículos 159 y 160 del CP, proponiendo para el primero una pena de predio menor en su grado mínimo a medio y para el segundo, de presidio menor en cualquiera de sus grados y en cuanto a las multas; y, elevar su cuantía, en ambos casos, en el margen de veinte a quinientas unidades tributarias mensuales (posteriormente la Cámara de Diputados las aumentará a cinco mil unidades tributarias mensuales)— y la mención expresa a las aguas subterráneas pretendería subsanar las “dudas en cuanto a la aplicación de esta norma respecto de aquellas”⁵¹

Respecto a esta iniciativa legislativa, es interesante la opinión del académico Jean Pierre Matus, quien —consultado acerca del Proyecto de Ley comentado en segundo trámite constitucional— señaló que con esta modificación, “se indica a los operadores que antes de su modificación dichas aguas no se encontraban allí contempladas, pues de otra manera, tal modificación sería innecesaria.”⁵² El efecto inesperado de esta modificación sería que “todos los procesos anteriores iniciados por usurpación de aguas subterráneas y

⁵¹ Mensaje del ejecutivo. Boletín 8149.

⁵² MATUS. *Op. Cit.*, 246p.

todas las eventuales condiciones o condenas impuestas deberían arreglarse a la nueva ley, que declararía expresamente que antes de su entrada en vigencia la usurpación de tales aguas no se encontraba contemplada en el texto del Código Penal.”⁵³

4.3. Dimensión conceptual de la extracción ilegal de aguas. Qué debemos entender por extracción ilegal de aguas, y cuáles son los requisitos de su configuración

Como se ha señalado, aunque el CA no define qué debe entenderse por extracción ilegal de aguas o extracción no autorizada de aguas, se trata de conceptos utilizados sistemáticamente por la DGA, por la administración en general y los tribunales de justicia. Lo que sabemos es que extraer aguas, tanto de cuencas superficiales como acuíferos subterráneos, sin contar con un derecho de aprovechamiento debidamente constituido o regularizado conforme al artículo 2° transitorio del CA, ha sido tratado como una contravención al CA. Esta contravención se produciría, porque el Código de Aguas sólo autoriza la captación del caudal (volumen por unidad de tiempo)

⁵³ Ídem.

por lo expresamente señalado la resolución que otorga o reconoce el derecho, dictada por la DGA.

Derivadas de estas circunstancias podemos aventurar una definición del concepto, que nos permita luego identificar cuál sea el objetivo de las normas que proscriben y sancionan la conducta.

Se puede sostener que la extracción ilegal o no autorizada de aguas es aquella conducta consistente tanto en la captación propiamente tal, como en la construcción de obras de captación del recurso hídrico realizada por quien no es titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, o por quien siendo titular de un derecho de aprovechamiento, lo ejerce sin atenerse a las características del derecho concedido. Quien incurre en esta conducta puede ser tanto una persona jurídica como una persona natural.

Es importante considerar que la extracción no autorizada de aguas no está supeditada —ni debe tampoco estarlo— a causar daños a terceros que posean derechos de aprovechamiento o al caudal ecológico. Probablemente, si se lleva a cabo en un área declarada de restricción o de prohibición para el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento, o en que el caudal se encuentre agotado para el otorgamiento de nuevos derechos, perjudicará a los derechos de aprovechamiento de terceros, o al caudal mínimo asegurado para

la mantención del equilibrio ecológico. Sin embargo, la ocurrencia de este daño no es necesaria para configurar la infracción y, con ello, para que el extractor sea merecedor de la sanción.

Es por esta razón —y esto es muy importante— que se sostiene que el delito de usurpación de aguas tipificado en el Código Penal no castiga la extracción no autorizada de aguas, sino que la extracción de aguas que tenía derecho a captar un tercero. Y es por eso que se sostiene que la modificación al Código de Aguas que se está tramitando actualmente, a través del Boletín 8159-09, no está orientada en el sentido correcto.

Recientemente se aprobó la sustitución del artículo 173 del Código de Aguas, por el artículo 173 del texto despachado por la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado, que se ocupa de establecer multas de distintos grados, y para diferentes conductas. En lo que venimos analizando, el texto señala que:

La Dirección General de Aguas aplicará una multa a beneficio fiscal y el plazo para su pago, a quienes incurran en las infracciones que a continuación se describen, cuyo monto se determinará de conformidad a lo dispuesto en este párrafo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan: (...)

4. Una multa de cuarto grado cuando se realicen actos u obras, sin contar con el permiso de la autoridad

competente, que afecten la disponibilidad de las aguas, o disminuyan la calidad del recurso en las fuentes naturales y/o en las obras estatales de desarrollo del mismo. También se aplicará esta multa al que entregue información falsa o que induzca a error a la Dirección. (...)

6. Las infracciones que no tengan una sanción específica, serán sancionadas con una multa cuya cuantía puede variar entre el primer y tercer grado. (...)⁵⁴

Adicionalmente, de acuerdo al texto del artículo 173 ter aprobado por el Senado, dispone que:

Artículo 173 ter. Las infracciones que se dispongan en este Código, serán sancionadas con multas a beneficio fiscal según los siguientes grados:

- a) Primer grado: de 10 a 50 UTM
- b) Segundo grado: de 51 a 100 UTM
- c) Tercer grado: de 101 a 500 UTM
- d) Cuarto grado: 501 a 1.000 UTM
- e) Quinto grado: 1.001 a 2.000 UTM.

Para la determinación del monto de la multa al interior de cada grado, se deberá tener en consideración, entre otras, las siguientes circunstancias: el caudal de agua afectado, si son aguas superficiales o subterráneas, si se produce o no

⁵⁴ Como se señaló en la nota de pie de página N° 3 el Proyecto de Ley se transformó en enero de 2018 en Ley de la República N° 21.064, quedando esta disposición en definitiva del siguiente modo: "Artículo 173.- La Dirección General de Aguas aplicará una multa a beneficio fiscal, y fijará el plazo para su pago, a quienes incurran en las infracciones que a continuación se describen, cuyo monto se determinará de conformidad a lo dispuesto en este párrafo, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 172 y 307 de este Código y de las responsabilidades civiles y penales que procedan: (...) 4. Una multa de cuarto grado cuando se realicen actos u obras, sin contar con el permiso de la autoridad competente, que afecten la disponibilidad de las aguas. (...) 6. Las infracciones que no tengan una sanción específica serán sancionadas con una multa cuya cuantía puede variar entre el primer y tercer grado.

la afectación de derechos de terceros, la cantidad de usuarios perjudicados, el grado de afectación del cauce o acuífero, y la zona en que ésta se produzca, según la disponibilidad del recurso.⁵⁵

De este modo, la sanción para la extracción ilegal de agua sería una multa que va de las 501 UTM a 1.000 UTM, en caso que se llegara a acreditar que una persona jurídica o natural determinada realizó actos u obras, sin contar con el permiso de la autoridad competente, que haya afectado la disponibilidad de aguas o disminuido la calidad del recurso.

Sin embargo, de no producirse la afectación de la disponibilidad de aguas, o de no haber disminuido la calidad del recurso (la disposición tampoco entrega elementos que nos permita saber cuándo se afectará la disponibilidad, o cuándo se haya disminuido la calidad), no se configurará el tipo administrativo. Como se ha visto, al subordinar el tipo infraccional a que se afecte la disponibilidad del recurso (o se dañe a un tercero), disminuyen las probabilidades de que la sanción sea finalmente aplicada, al dificultarse la prueba del supuesto de hecho del tipo administrativo. De aprobarse la modificación, la DGA no solamente deberá probar que existen obras de captación que no cuentan con DAA que las ampare, sino que la extracción

⁵⁵ Artículo 173 ter de Proyecto de Ley.

está afectando la disponibilidad. Si el objeto de protección son los derechos de terceros y los caudales ecológicos subterráneos, el tipo administrativo no es correcto, pues la afectación de la disponibilidad del recurso puede tener concausas que —tal como la disminución de las recargas— tornarán muy baja la probabilidad de condena. En el capítulo que sigue, se examinarán las dificultades de la prueba.

5. LA PROVINCIA DE PETORCA: LOS EFECTOS DE UNA MULTA INEFICIENTE.

Una zona que ha vivido los estragos de una deficiente regulación en la asignación de los derechos de aprovechamiento de aguas y en la fiscalización del uso de los recursos hídricos, son los valles transversales de los ríos de Petorca y la Ligua, en la V Región. Las causas son variadas. En esta zona confabulan una serie de factores que la han constituido en un paradigma de la deficiente regulación de la utilización del agua. En la ruta a determinar cómo es posible construir una multa óptima y disuasiva, nos encontramos con este caso.

Uno de los principales cuestionamientos que las comunidades aledañas a los ríos Petorca y La Ligua han realizado a la Dirección General de Aguas, es que ésta repartición pública otorgó de forma desmedida derechos provisionales de aprovechamiento de aguas —lo que habría derivado en una

sobreexplotación de los acuíferos— y que no fiscalizó las extracciones no autorizadas de aguas.⁵⁶

El otorgamiento de derechos de aprovechamiento provisional en una zona declarada de escasez hídrica, afectando los derechos de aprovechamiento de aguas definitivos constituidos con anterioridad, expuso a las comunidades y a los pequeños agricultores a situaciones muy complejas. Mientras las comunidades comenzaron a ser abastecidos por medio de camiones aljibes con agua de dudosa calidad (proveído por la gobernación provincial), los pequeños agricultores simplemente se vieron impedidos de llevar a cabo sus actividades productivas.⁵⁷

Tan profundamente calaron las dificultades hídricas que estaba sufriendo una zona caracterizada por la explotación agropecuaria, que la Cámara de Diputados instruyó una comisión investigadora encargada de analizar la extracción ilegal de aguas en el país, con miras a proponer

⁵⁶ Evidencia de sobreotorgamiento de DAA en las cuencas de las zonas centro y norte de Chile también la podemos encontrar en la Región de Atacama, donde la cuenca del Río Copiapó se encuentra un 43% sobreotorgada. En CHARLES M. BURT, P.E. Recursos hídricos Cuenca del Río Copiapó. Observaciones y conclusiones. cburt@calpoly.edu. Junio de 2008. Informe preparado y financiado por el Gobierno Regional de Atacama.

⁵⁷ El Informe Técnico de Actualización Informe de Evaluación de los Recursos Hídricos Superficiales de las Cuencas del Río Petorca y Río la Ligua, Región de Valparaíso. *Op. Cit.*, concluyó que la cuenca del Río Petorca se encuentra agotada para el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento de agua superficiales consuntivos y que sólo es posible constituir nuevos derechos de aprovechamiento de uso consuntivo y ejercicio eventual discontinuo, desde el mes de agosto hasta noviembre.

modificaciones al Código de Aguas. Lo ocurrido en la Comisión Investigadora de la Cámara⁵⁸ es singularmente interesante, porque muestra cómo se ha desenvuelto el sistema que venimos analizando, en las voces de sus operadores y usuarios. Uno de los asistentes a esta Comisión, el entonces Director General de Aguas explicó a los Diputados presentes que el principal problema lo constituyen los drenes ilegales que en muchos casos no se detectan y pozos que obstruyen o interceptan los caudales en los ríos.

Tres años después que la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados entregó sus conclusiones, el Instituto de Derechos Humanos, organismo que tiene por mandato la promoción y protección de los derechos

⁵⁸ Matias Desmadryl, en calidad de Director Nacional de Aguas, declaró ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados que: “Otorgamiento de derechos provisorios en zona declarada de emergencia hídrica o de agotamiento de la cuenca: Informó que existen más de 100 declaraciones de restricción de acuíferos, desde el extremo norte hasta la Región de O’Higgins, lo que trae aparejado, normalmente, la constitución de derechos provisionales. En el caso de los ríos La Ligua y Petorca, se trata de cuencas que son principal y exclusivamente pluviales, por ello al realizar un análisis de constitución de derechos se debe analizar la situación hidrológica de la zona. Indicó que si los antecedentes lo ameritan éstos serán restringidos y, eventualmente, dejados sin efecto. Pozos que obstruyen o interceptan los caudales en los ríos. Explicó que el principal problema lo constituyen los drenes que, en muchos casos no se detectan. Agregó que aún cuando es necesario ampliar ciertas facultades de la DGA, debe existir mejor coordinación con el Ministerio Público, por cuanto hay usuarios que denuncian, siendo derivados al Ministerio Público, y los infractores siguen explotando sus pozos. Lo anterior porque el delito de usurpación de agua tiene asignada una pena menor, y, generalmente, las investigaciones cierran por falta de antecedentes y se archivan. (...) Fiscalización en Provincias de la Ligua y Petorca. En cuanto a las denuncias de extracciones e infracciones al Código de Aguas hay tramitadas 92 denuncias, de las cuales 59 han sido resueltas, 21 de ellas acogidas, de las cuales 15 se refieren a extracciones no autorizadas, debiéndose enviar los antecedentes al juzgado de letras y al Ministerio Público. Otras 6 se refieren a modificación de cauce y una dice relación con alteración de cauce y con algunos componentes ambientales.” En Informe de la Comisión Investigadora de Analizar las Extracciones Ilegales de Aguas y Áridos en los Ríos del País. 20p. Disponible en formato electrónico en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=6460&prmTIPO=INFORMECOMISION> (Consulta 20 de abril de 2018)

humanos de las personas que habitan en el territorio de Chile⁵⁹, determinó efectuar una misión de observación a la Provincia de Petorca, debido a la denuncias recibidas por su Directora, relativa a que la escasez hídrica de la zona podía estar generando una afectación de los derechos a la salud, el derecho al agua u otros derechos humanos de los habitantes de dichas comunas. Lo interesante de esta misión de observación, estriba en que permite comprender los efectos prácticos que ha tenido la creación, por medio del Código de Aguas, de un mercado eminentemente privado de los derechos a usar el agua, así como también, permite analizar si las facultades con que cuenta la Dirección General de Aguas, han sido utilizadas, y si esos mecanismos han logrado asegurar el funcionamiento del sistema.

Los problemas de la extracción ilegal de aguas, se convirtieron de algún modo, en un cuestionamiento permanente de las comunidades a las autoridades administrativas pues al persistir la sequía, la escasez se fue agudizando.

⁵⁹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe Misión de Observación a Provincia de Petorca. 2p. Disponible en formato electrónico en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/774/Informe.pdf?sequence=1> (Consulta 22 de abril de 2018)

Esta problemática se vio reflejada en la cantidad de procedimientos de fiscalización instruidos por la DGA en la Región de Valparaíso y, particularmente, en la Provincia de Petorca. En efecto, de un total de 4982 fiscalizaciones instruidas por la DGA entre los años 2014 y 2016, 741 fueron realizadas en la V Región de Valparaíso⁶⁰. Y, de un total de 4982 fiscalizaciones, 1629 corresponden a extracción no autorizadas de aguas⁶¹. Es decir, a nivel nacional los casos por extracción no autorizada alcanzan el 43%.

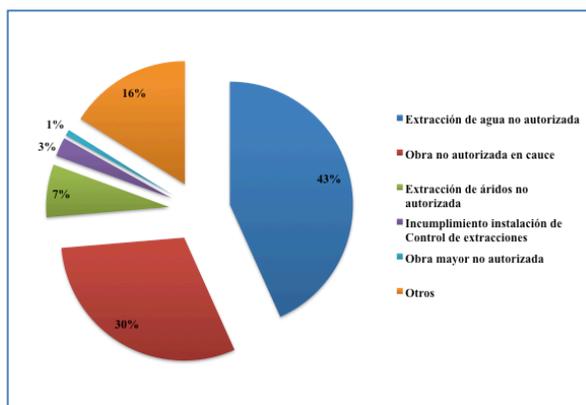


Gráfico de elaboración propia, en base a datos de la DGA.

En el caso de la Región de Valparaíso, en la misma época, en el 50% de las fiscalizaciones (de un total de 173 casos) se investigó la extracción no autorizada de aguas⁶². Y, adicionalmente, del total de las fiscalizaciones

⁶⁰ Datos procesados a partir de la información disponible en la página web de la DGA. www.dga.cl

⁶¹ Ídem.

⁶² Ídem.

llevadas a cabo en dicha Región por extracción ilegal de aguas (87 casos en total), el 43% se iniciaron en virtud de una fiscalización de oficio y el 57% se inició por una denuncia⁶³; del total de 87 casos de fiscalización instruidos por extracción de aguas no autorizadas, el 20% fue acogida, el 30% rechazada, y el 40% aún se encuentran en trámite⁶⁴; y del total de procedimientos de fiscalización en que se constató la extracción no autorizada de aguas (que alcanzaron a 18 casos), el 89% fue remitido al Ministerio Público, y el 11% no⁶⁵.

Los datos disponibles en la página web de la DGA permiten desagregar el análisis específicamente en la Provincia de Petorca. En la Provincia de Petorca, de un total de 17 casos por extracción no autorizada de aguas, el 47% de las fiscalizaciones se inició por denuncias, y un 53% de oficio; el 12% de las fiscalizaciones declararon la extracción no autorizada; el 65% fue rechazado, actualmente el 17% se encuentra en trámite, el 6% fue acogido parcialmente; y el 67% de los casos en que se estableció la extracción ilegal fue remitido al Ministerio Público⁶⁶.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Ídem.

Pues bien, en los procesos judiciales y administrativos que se iniciaron a propósito de los casos de extracción no autorizada de aguas, ha quedado rastro de una serie de antecedentes que permiten visualizar la magnitud del fenómeno de extracción ilegal de aguas.

5.1. Los informes y estudios de la DGA

El Informe Técnico de Fiscalización N° 48 de la DGA, realizado el 23 de febrero de 2011, dejó registro de la inspección realizada por dicha Dirección en los cauces del Río La Ligua, Estero Los Ángeles y Estero Alicahue, donde se constató en terreno la existencia de extracciones ilegales de agua, construcción de drenes sobre cauces y modificaciones del cauce⁶⁷. Estas inspecciones originaron el expediente VV-0501-852, tramitado ante la DGA.

En el Informe Técnico de Fiscalización N° 48 se dejó constancia que “fue posible observar vestigios de la construcción de un posible dren sobre el

⁶⁷ Informe Técnico de Fiscalización Preliminar N° 48/2011. Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, Región de Valparaíso. 1p.

cauce del Río La Ligua”⁶⁸; que “[s]e constató en terreno la existencia de pozos norias en el predio de Agrícola Santa Laura Ltda. de propiedad del Sr. P. V., según personas del sector, estos pozos se utilizarían de noche”;⁶⁹ que “fue posible identificar una captación de aguas subterráneas la que contiene vestigios de un dren que conduciría aguas hacia dicha captación, lo anterior se ubica sobre el cauce del estero Los Ángeles y pertenece al predio de la Agrícola El Cóndor de propiedad del Sr. E. P. Y”⁷⁰, que “[s]obre el estero Los Ángeles, se constató el funcionamiento de 2 pozos, los cuales conducen las aguas a través de cañerías hacia el predio de la Agrícola El Huingal del Sr. J. R. T”;⁷¹ que “[e]n el cauce del Estero Alicahue se constató la construcción de un dren lo que significa modificación del cauce del mismo Estero. La obra fue construida a fin de extraer aguas subterráneas (...)”⁷²; “[s]obre el cauce del Estero Alicahue se constató la construcción de un pozo y un dren alimentador (...)”⁷³, y “la construcción de un pozo y un dren alimentador, ejecutada por la Agrícola Liguana (...)”⁷⁴, entre otras

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Ibídem, 3p.

⁷⁰ Ibídem, 4p.

⁷¹ Ibídem, 5p.

⁷² Ibídem, 7p.

⁷³ Ídem.

⁷⁴ Ibídem, 9p.

infracciones. Este Informe, propone en su conclusión que debe se oficial a las sociedades agrícolas implicadas a fin de que sean oídos, “dando curso al debido proceso”⁷⁵.

Encontramos evidencia similar en el segundo Informe Técnico de Fiscalización Preliminar N° 49, de fecha 28 de febrero de 2011, que fue elaborado por la DGA a solicitud de la Gobernación Provincial de Petorca. En el Informe Técnico de Fiscalización N° 49 se constató que en el Río La Ligua “[f]ue posible observar vestigios de la construcción de un posible dren sobre el cauce del río La Ligua, en el sector San Lorenzo, colindante con el predio de la Agrícola El Roble (...) Además se observaron pozos y una cañería que se encuentran bajo el cauce del Río La Ligua, perpendicular a la dirección de las aguas. (...) Estas obras perjudican el abastecimiento del recurso hídrico al Comité de Agua Potable Rural Los Molinos de Cabido y a la Comunidad de Agua Canal Peumo.”⁷⁶, “[s]e constató la existencia de dos pozos funcionando en el predio de Agrícola Juan Ltda. (...), estos pozos se utilizarían sacando más recursos hídricos de lo que tienen constituido sus

⁷⁵ Ibídem, 10p.

⁷⁶ Informe Técnico de Fiscalización Preliminar N° 49/2011. Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, Región de Valparaíso. 1p.

derechos de aprovechamiento”⁷⁷. Respecto del Estero Alicahue, se señala que “[f]ue posible identificar una captación de aguas subterráneas la que contiene vestigios de un dren que conduciría aguas hacia dicha captación. Además fue posible constatar una cámara al otro lado del cauce, según agricultores del sector estas serían 3 cámaras, en donde 2 de estas se encuentran dentro del (sic) predio de la Agrícola Pililén de propiedad del Sr. E. C. y estarían unidas bajo el cauce del estero Alicahue”⁷⁸, entre otras circunstancias. Al igual como ocurrió en el Informe Técnico de Fiscalización N° 48, se propone que se oficie a los implicados, a fin de que expongan su posición y que se dé curso al debido proceso.

Con estos Informes se da origen a procedimientos administrativos destinados a establecer la existencia de extracciones ilegales de agua, modificaciones de cauces y construcciones de drenes, que nos permitirán visualizar cómo se configuran las principales problemáticas para la sanción a la extracción ilegal, como es que los costos de transacción de adquirir un DAA adecuado a las necesidades del infractor impide que el costo de la medida sea el costo conceptualizado como el costo de adquirir derechos de

⁷⁷ Ibídem, 4p.

⁷⁸ Ibídem, 5p.

aprovechamiento (existe una demanda inelástica); que las presunciones son un mecanismo apropiado para cuantificar la extensión y magnitud de la extracción ni autorizada; y que ante estas circunstancias, la multa establecida en el Código de Aguas es sustancialmente inferior a los beneficios que otorga la infracción. Asimismo, estos informes y sus consecuentes procesos darán luces acerca de la diferencia entre el tipo penal y la transgresión administrativa, con evidencia práctica.

5.2. Las consecuencias políticas y administrativas de los Informes Técnicos Preliminares N° 48 y 49 de la DGA, de febrero de 2011

Estos Informes generaron una serie de consecuencias políticas y administrativas.

Por una parte, la Cámara de Diputados generó dos proyectos de acuerdo (N° 318 y N° 319)⁷⁹, en virtud de los cuales acordó oficiar al MOP para que dispusiera de todos los recursos necesarios para llevar a cabo las

⁷⁹ Proyectos de Acuerdo N° 318 y N° 319 de la Cámara de Diputados, presentados en la Sesión N° 18 de fecha 20 de abril de 2011.

investigaciones en relación al uso ilegal de aguas, y para que se revocaran los derechos de aprovechamiento provisionales concedidos con posterioridad a la declaración de agotamiento de las cuencas⁸⁰, y aprobó la solicitud de 68 Diputados para crear una comisión investigadora encargada de analizar la extracción ilegal de aguas⁸¹.

Por otra parte, la DGA instruyó procedimientos administrativos destinados a establecer la existencia de las infracciones al Código de Aguas, a efecto de solicitar al Juzgado de Letras de la Ligua la aplicación de las multas establecidas en el artículo 173 del CA, y denunciar ante el Ministerio Público el delito de usurpación de aguas (en los casos que se constató la extracción ilegal). En estos procedimientos administrativos se concentra este análisis, pues permiten demostrar los problemas de fiscalización, prueba y de déficit de las multas aplicadas.

5.3. Los procedimientos administrativos instruidos a propósito de los Informes N° 48 y N° 49.

⁸⁰ Proyecto de Acuerdo N° 318-2011 de la Cámara de Diputados.

⁸¹ Acuerdo tomado en la Sesión 27ª celebrada el 11 de mayo de 2011.

Las resoluciones dictadas por la DGA como resultado de los procedimientos administrativos instruidos contra los eventuales transgresores del CA en contra de Agrícola Pililén Limitada y Agrícola El Cóndor, pueden ser consideradas emblemáticas. El primero de estos procedimientos culminó con un fallo de la Corte Suprema que tuvo por establecida la extracción no autorizada de aguas subterráneas, mientras que en la segunda no logró acreditarse la infracción.

5.3.1. Caso de la Sociedad Agrícola Pililén Ltda.

La Resolución Exenta N° 1997, de fecha 14 de julio de 2011, dio por establecido que Agrícola Pililén incurrió en al menos tres infracción al CA. En base a esa constatación, la DGA envió los antecedentes al Juzgado Civil de La Ligua para la que aplicara el máximo de la multa establecida en el artículo 173 del CA (como se ha señalado, ese máximo no es más que 20 UTM). La infracciones constatadas fueron las siguientes: (a) extracción de aguas subterráneas desde cuatro pozos por un caudal mayor a lo autorizado, de acuerdo a lo establecido en el expediente VV-0501-876; (b) extracción de aguas desde un punto distinto del autorizado infringiéndose los artículos 163 en relación con los artículos 59 y 130 y siguientes, todos del CA; (c)

existencia de una obra de embalsamiento de aguas, en el predio de Agrícola Pililén, que superaba los 50.000 m³, infringiéndose lo dispuesto en el artículo 294 letra a) del CA. Asimismo, la Resolución Exenta N° 1997, respecto a la extracción de aguas por un caudal mayor al autorizado, resolvió enviar los antecedentes al Ministerio Público de La Ligua a fin de que investigara el posible delito de usurpación de aguas.

En la Resolución Exenta N° 1997 la DGA, no obstante la defensa expuesta por Agrícola Pililén en su formulación de descargos, dio por establecida la extracción no autorizada de aguas. La defensa de Agrícola Pililén consistió en que la extracción de aguas se ajustaba a los DAA de que era dueña, y que consistían en DAA que le autorizaban a extraer agua desde cuatro pozos⁸² ubicados en la comuna de Cabildo, Provincia de Petorca, por

⁸² a) Pozo 1, ubicado en la comuna de Cabildo, Provincia de Petorca, en Coordenadas UTM (m) Norte: 6.413.135 y Este: 321.641, el cual posee un derecho de aprovechamiento de aguas de uso consuntivo de 2 litros por segundo, inscrito a fojas 148, número 155 del Registro de Propiedades de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de La Ligua, del año 2007, otorgado por la Dirección General de Aguas de la V Región (Quillota), por Resolución N° 296 del año 2006.

b) Pozo 2, ubicado en la comuna de Cabildo, Provincia de Petorca, en Coordenadas UTM (m) Norte: 6.412.995 y Este 321.502, el cual posee un derecho de aprovechamiento de aguas de uso consuntivo de 2 litros por segundo, inscrito a fojas 149 vuelta, número 156 del Registro de Propiedades de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de La Ligua, del año 2007, otorgado por la Dirección General de Aguas de la V Región (Quillota), por Resolución N° 288 del año 2006

c) Pozo 3, ubicado en la comuna de Cabildo, Provincia de Petorca, en Coordenadas UTM (m) Norte: 6.412.833 y Este 321.325, el cual posee un derecho de aprovechamiento de aguas de uso consuntivo de 2 litros por segundo, inscrito a fojas 151 vuelta, número 157 del Registro de Propiedades de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de La Ligua, del año 2007, otorgado por la Dirección General de Aguas de la V Región (Quillota), por Resolución N° 289 del año 2006.

un caudal de 2 l/s cada uno —todos los cuales fueron otorgados en virtud de resoluciones DGA dictadas en el año 2006 e inscritas en el Registro de Aguas del CBR de La Ligua en el año 2007—, y un pozo ubicado en el Lote Uno Fundo Paihuén, por un caudal de 38 l/s, inscrito en Registro de Aguas del CBR de La Ligua a nombre de Agrícola Pililén en el año 2011⁸³.

Respecto a este último DAA, Agrícola Pililén señaló que el 31 de mayo de 2011 ingresó una solicitud a la DGA de la V Región con el objetivo regularizar administrativamente sus títulos —esto ocurrió al menos dos meses después de realizada la inspección que dio origen a la formulación de cargos—, trasladando el citado derecho ascendente a 38 l/s hacia los cuatro pozos referidos, de la siguiente manera: Pozo 1, por un caudal de 6.5 l/s y un volumen de 204.984 m³ anuales; Pozo 2, por un caudal de 9.5 l/s y un volumen de 299.592 m³ anuales; Pozo 3, por un caudal de 10 l/s y un volumen de 315.360 m³ anuales; Pozo 4, por un caudal de 12 l/s y un volumen de 378.432 m³ anuales. Debe tenerse en cuenta que el Informe Técnico de

d) Pozo 4, ubicado en la comuna de Cabildo, Provincia de Petorca, en Coordenadas UTM (m) Norte: 6.412.695 y Este 321.183, el cual posee un derecho de aprovechamiento de aguas de uso consuntivo de 2 litros por segundo, inscrito a fojas 152 vuelta, número 158 del Registro de Propiedades de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de La Ligua, del año 2007, otorgado por la Dirección General de Aguas de la V Región (Quillota), por Resolución N° 290 del año 2006.

⁸³ Formulación de descargos de Agrícola Pililén Ltda. fue presentada en el expediente administrativo VV-0501-876 el 1° de junio de 2011.

Fiscalización Preliminar N° 49, que da origen a este procedimiento por extracción no autorizada, es de fecha 28 de febrero de 2011, lo que evidencia que el infractor intentó regularizar sus derechos con posterioridad a la fiscalización.

En síntesis, Agrícola Pililén argumentó que era dueña de DAA subterráneos por un total de 46 l/s, constituidos sobre el acuífero-cuenca hidrográfico del Río La Ligua, los que se extraerían de pozos de su propiedad, y que no estaban interviniendo derechos de terceros.

Ahora bien, es interesante tomar en consideración que los cuatro pozos que le otorgaban a Agrícola Pililén Ltda. el derecho a captar en total ocho litros por segundo (cuatro pozos de dos litros por segundo), le fueron otorgados en virtud del artículo 4° de la Ley 20.017. Este artículo dispuso que,

La Dirección General de Aguas constituirá derechos de aprovechamiento permanentes sobre aguas subterráneas por un caudal de hasta 2 litros por segundo, para las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive y hasta 4 litros por segundo en el resto de las Regiones, sobre captaciones que hayan sido construidas antes del 30 de junio de 2004. Las solicitudes deberán ser presentadas hasta seis meses después de la entrada en vigencia de la presente ley. No será requisito para el

aprovechamiento de aguas subterráneas indicadas en el inciso primero del artículo 56 del Código de Aguas, realizar la regulación señalada en el presente artículo. La constitución de derechos de aprovechamiento que se realice de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, respecto de captaciones construidas en inmuebles regidos por el decreto con fuerza de ley N° 5, de 1968, del Ministerio de Agricultura, sólo se podrá efectuar a nombre de la respectiva comunidad agrícola. Esta norma se aplicará a todas las solicitudes que ya hayan sido ingresadas a trámite como así también respecto de aquellas que en el futuro se presenten.⁸⁴

El plazo para constituir estos derechos comenzó a regir el 17 de diciembre de 2005 y expiró el 16 de diciembre de 2006, por cuanto el por el artículo 2° que dispuso “[o]torgase un nuevo plazo de seis meses para la presentación de solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento permanente sobre aguas subterráneas a que se refiere el artículo 4° transitorio de la ley N° 20.017.”

Esta circunstancia es importante pues evidencia que si no fuera por la disposición en comento, la sociedad agrícola infractora habría tenido solo dos alternativas: adquirir titularidad sobre derechos en el mercado de aguas; solicitar un derecho provisional de aguas (y quedar sometido a la facultad

⁸⁴ Artículo 4° de la Ley 20.017.

discrecional de la DGA); o, simplemente, no llevar a cabo la actividad económica.

En efecto, en la zona en que se explotaron los derechos analizados, tres años antes de que a la sociedad Agrícola Pililén Ltda. se le otorgaran DAA de 2 l/s —en virtud de la disposición transitoria citada—, esto es, en marzo del año 2004, el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA elaboró el Informe Técnico N° 54⁸⁵, cuyo objetivo fue analizar la factibilidad de constituir nuevos derechos de aprovechamiento en el valle del río de la Ligua, por sobre los derechos considerados en la Minuta Técnica N° 14, elaborada el 10 de octubre de 1996. Para ello, el Informe N° 54 actualizó la demanda de solicitudes de aprovechamiento de aguas ingresadas hasta el 30 de noviembre de 2003, y evaluó los recursos hídricos subterráneos en el acuífero de la cuenca del Río la Ligua, de la V Región.

La conclusión del Informe Técnico N° 54 fue que, considerando la oferta neta sustentable de extraer en el acuífero, las recargas inducidas por efecto de la explotación de los derechos previstos para riesgo y las pérdidas

⁸⁵ Informe aprobado mediante Resolución Exenta N° 401, dictada con fecha 8 de abril de 2004, por parte del Director General de Aguas don Humberto Peña Torrealba.

por conducción de los derechos previstos para agua potable, el caudal susceptible de otorgarse como derechos de aprovechamiento subterráneo en carácter de definitivo, sin producir perjuicios a terceros, alcanzaba a la solicitud contenida en el expediente ND-V-1-1908.

En otras palabras, el año 2004 la DGA determinó que no podrían otorgarse nuevos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneos en carácter de definitivos, pues el acuífero ya no permitía nuevas extracciones.

Tan sólo un mes después, el 8 de abril de 2004, la DGA publicó el Informe Técnico N° 84,⁸⁶ en el que analizó la solicitud de la sociedad Agrícola Los Corrales Limitada, quien solicitó que el sector del acuífero del Valle del Río Alicahue fuera declarado como Área de Restricción. Esta solicitud se había realizado alrededor de tres años antes, el 28 de mayo de 2001. Lo interesante de este Informe es que evidencia la estrategia detrás de la solicitud, cuestión que pone en evidencia otro de los problemas del CA. Para fundar su petición, Agrícola Los Corrales argumentó que en el acuífero de la Ligua la DGA estaba rechazando solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, en base a la Minuta

⁸⁶ En el contexto del expediente VAR V-1-7.

Técnica N° 14 del año 1996, de modo tal que si se declaraba zona de restricción, podrían otorgarse DAA en forma de provisionales. Finalmente la solicitud de Agrícola Los Corrales fue acogida, declarándose al acuífero del Río La Ligua como zona de restricción para el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento definitivos⁸⁷. De ahí en adelante sólo podrían otorgarse DAA provisionales y, por tanto, facultativos para la DGA.

Se evidencia entonces que la única razón por la que Agrícola Pililén Ltda. evitó invertir recursos económicos en la adquisición de títulos que legitimaran su acceso al agua fue la posibilidad que le otorgó el artículo 4 de la Ley 20.017, esto es, obtener derechos de agua subterráneos en carácter de definitivos por 2 l/s. Una petición superior de caudal le habría sido necesariamente denegada.

Pues bien, en el contexto del procedimiento administrativo instruido contra Agrícola Pililén Ltda. —que culminó con la referida Resolución Exenta N° 1997—, la DGA emitió El Informe Técnico de Fiscalización N° 195, en el que informó acerca de las visitas inspectivas realizadas los días 11

⁸⁷ Resolución D.G.A. N° 204 de fecha 14 de mayo de 2004, que declaró área de restricción para el otorgamiento de nuevas explotaciones de aguas subterráneas en el acuífero del Río La Ligua, provincia de Petorca, Región de Valparaíso.

de mayo de 2011 y 15 de junio de 2011, en base a las cuales concluyó que Agrícola Pililén posee una superficie de riego que no puede ser abastecida por sus derechos de aprovechamiento,

a) Agrícola Pililén Ltda., cuenta con una superficie de riego de 230 Há, el cual conforme al Informe Técnico citado más arriba, determinó que se requiere de un caudal de 120 l/s aproximadamente, para satisfacer íntegramente las necesidades hídricas que le permitan de esta forma mantener plantada la superficie en cuestión.

b) Estas 230 hectáreas, se han plantado y por ende regado desde el año 2007 en adelante, sin tener la Agrícola Pililén Ltda., en derechos de aprovechamiento de aguas, el caudal suficiente para realizarlo, lo que permite presumir fundadamente que se han estado extrayendo caudales por sobre lo autorizado por parte de la Agrícola fiscalizada, desde aquella fecha.

c) Dicha situación tampoco cambia con la compra reciente, precisamente en febrero de 2011 (Certificado Registro Público de Derechos de aguas N° 1817 del año 2011) de derechos de aprovechamiento de aguas por un caudal de 38 l/s de aguas subterráneas, los que están autorizados a ser extraídos desde una captación ubicada a 8,6 KM del predio de donde los extraen realmente, puesto que las hectáreas de riego son las mismas 230 desde el año 2007.

d) La Agrícola Pililén Ltda. acreditó que cuenta con derechos de aprovechamiento de aguas en los cuatro pozos profundos existentes dentro de su predio, todos los cuales cuentan con todos los equipos para la extracción y conducción permanente del recurso y que fueron constituidos por un caudal de 2 l/s cada uno,

mediante Resoluciones DGA V N° 288, 289, 290, y 296, todas del 2006, sumando en su conjunto un caudal de 8 l/s, a los que se deben agregar los adquiridos recientemente e individualizados más arriba.

e) Se realizaron mediciones de caudal desde los cuatro pozos de la Agrícola Pililén Ltda., en dos fechas distintas, el primer aforo fue efectuado el 11 de mayo de 2011, arrojando un caudal de 45,38 litros por segundo, y el segundo aforo, hecho el 15 de junio de 2011, entregó un caudal de 43,88 l/s.

f) Respecto a las aguas superficiales, la Agrícola Pililén Ltda., señaló ser dueña de un total 77,1915 acciones de aguas superficiales del Canal Alicahue, lo que se traduce en un caudal máximo instantáneo de 35 l/s, derechos que no se acreditó su dominio en el proceso administrativo.

g) Además, tal como se constató en el proceso fiscalizadorio los embalses acumuladores, fueron recientemente construidos, por lo que tampoco se puede establecer que las aguas con que se regaron los predios provienen de aguas en ellos almacenadas, teniendo en consideración que a través del Decreto MOP N° 402 del 24 de noviembre de 2010, se declaró zona de escasez a las cuencas del río Petorca, Ligua y Aconcagua, por lo tanto no se podían haber llenado.

h) Por lo tanto, se puede concluir que existe extracción de caudales de aguas subterráneas más allá de lo autorizado, tanto desde el año 2008 en adelante como después del mes de febrero de 2011, por parte de Agrícola Pililén Ltda., lo que constituye una infracción a los artículos 5°, 6°, 7°, 20, 22, 23, 57, 59, 60, 140 y 149 del Código de Aguas, ya que los requerimientos hídricos de la superficie real regada no se condice con los derechos de aprovechamiento de que es dueña la Agrícola antes mencionada.

i) Respecto a la captación del derecho nuevo recientemente adquirido, y que se realiza, tal como señaló la Agrícola fiscalizada, a 8,6 Km, de donde se extraen realmente, así como también constatado en terreno, constituye una infracción a los artículo 163 en relación con los artículos 59, 130 y siguientes, todos del Código de Aguas.

j) En virtud de todo lo anterior, y además considerando que la Agrícola Pililén Ltda., comenzó su actividad en el año 2005, es posible establecer la presunción fundada que Agrícola Pililén Ltda., ha estado extrayendo aguas subterráneas por un caudal superior a lo autorizado, sin contar con los títulos correspondientes, lo que podría constituir el delito de Usurpación de Aguas, por lo que deben enviarse los antecedentes al Ministerio Público de la Liga para la investigación respectiva.⁸⁸

En base a este Informe Técnico de Fiscalización (197/2011), la DGA dictó la Resolución Exenta N° 1997 y luego emitió el Ordinario N° 765, mediante el cual denunció al Juzgado Civil de la Liga que,

(...) este servicio (DGA), a partir del Informe Técnico de Fiscalización preliminar N° 155 de 11 de mayo de 2011, ha realizado una inspección a Agrícola Pililén Ltda., dando lugar al expediente de fiscalización (...) En dicho expediente se investigó, tal como indica el Informe Técnico de Fiscalización N° 195 de 17 de junio de 2011, las extracciones de aguas subterráneas desde cuatro pozos por un caudal mayor a lo autorizado por este Servicio, infringiendo cada uno de las captaciones ubicadas en el predio de Agrícola Pililén Ltda., los

⁸⁸ Informe Técnico de Fiscalización N° 195/2011 de la Dirección General de Aguas, de fecha 17 de junio de 2011, emitido en el contexto del procedimiento administrativo VV-0501-876.

artículos 5°, 6°, 7°, 20, 22, 23, 57, 59, 60, 140, y 149 del Código de Aguas. Junto con lo anterior la extracción de aguas desde un punto distinto a lo autorizado infringiéndose los artículos 163 en relación con los artículos 59, 130 y siguientes, todos del Código de Aguas. Y por último la existencia de obras de embalsamiento de aguas en el predio de Agrícola Pililén Ltda., que supera los 50 mil metros cúbicos, infringiéndose lo dispuesto en el artículo 294 letra a) del Código de Aguas.

Esta denuncia fue resuelta por el fallo de primera instancia del Juzgado de La Ligua, quien aplicó una multa de 10 UTM, frente a lo que Agrícola Pililén Ltda. dedujo recurso de casación en la forma y apelación. El recurso de casación se fundó en que existiría cosa juzgada respecto a que no extrajo aguas ilegalmente, pues el Juzgado de Garantía habría decretado el sobreseimiento definitivo de la causa que se había iniciado por la denuncia de los mismos hechos efectuada por la DGA⁸⁹, y el recurso de apelación se fundamentó en que el Juzgado de la Ligua hizo suyas las presunciones en que la DGA fundó su resolución, invirtiendo la carga de la prueba.

En una sentencia muy acertada, de acuerdo a lo que se viene analizando, la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó los recursos de

⁸⁹ La resolución que decretó el sobreseimiento no será analizada, por cuanto es totalmente deficiente. No analiza la concurrencia de los elementos del tipo de usurpación de aguas, y asimila el enunciado “invasión de derecho ajeno” a “apropiación indebida de estas aguas”.

casación en la forma y apelación presentados por Agrícola Pililén, confirmando la sentencia del Juzgado de La Ligua. En relación al recurso de casación, la Corte de Apelaciones señaló que los hechos que fueron objeto de denuncia realizada por la DGA —la extracción no autorizada de aguas— fueron acreditados en el procedimiento administrativo, pero estos distan de los investigados a propósitos de la investigación penal, por cuanto el tipo penal exige la invasión de derechos ajenos.⁹⁰ Respecto al recurso de apelación, la Corte validó el establecimiento de los hechos a través de una presunción, y confirmó el fallo del Juzgado de La Ligua.

5.3.2. El caso de la Sociedad Agrícola El Cóndor Ltda.

Mediante la Resolución DGA Exenta N° 1529, de fecha 16 de mayo de 2011, se resolvió que Agrícola El Cóndor sólo incurrió en la infracción al artículo 32 del CA (por realizarse faenas en el cauce del río), pero no se pudo

⁹⁰ Considerando séptimo de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 3 de septiembre de 2013 “Que para dilucidar si el mencionado artículo 179 es aplicable en la especie, es preciso distinguir si los hechos existen y están probados y están sancionados por la ley penal o si existen, están probados, pero no están sancionados penalmente por no ser constitutivos de delito; en este último caso, el sobreseimiento definitivo dictado en sede penal no produce cosa juzgada en material civil. En el caso sometido a la decisión de esta Corte, lo que ha ocurrido es que los hechos que fueron objeto de la denuncia por parte del Servicio existieron y así se acreditó en el expediente administrativo, pero no encuadraron en el tipo penal investigado y, por lo tanto, no podían ser objeto de la sanción que establece el artículo 459 del Código Penal, que es la razón que motivó el sobreseimiento definitivo, por lo que sobre la base de lo anotado el artículo 179 N° 1 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable en la situación de autos. En consecuencia, la infracción formal denunciada no se ha producido y, por lo tanto, el recurso de casación en la forma será desestimado.”

establecer la extracción ilegal de aguas. Lo interesante es que no obstante se constataron en el Informe Preliminar las obras de extracción, debido a que estas fueron removidas con posterioridad, no pudieron ser probadas. La Resolución Exenta N° 1529 señala expresamente que:

(...) en dicha inspección conforme se describe en el Informe Técnico de Fiscalización Preliminar N° 48 del 2011, a partir de la cual inició una investigación, que en lo principal y referido a la AGRÍCOLA EL CONDOR LTDA., recabó la siguiente Información:

- a) La existencia de un pozo ubicado en coordenadas UTM (m) Norte: 6.407.083 y Este: 312.386, el que tendría vestigios de un dren que conduciría aguas hacia dicha captación;
- b) una modificación de cauce del estero Los Angeles, para la plantación de árboles frutales;
- c) La presencia de tuberías hacia el pozo del Sr. Cesar Olguín (Pozo Fotografiado en Informe Técnico de Fiscalización Preliminar N° 48, fig. N° 6). (...)

Que, el 5 de abril se realizó una nueva visita inspectiva a la propiedad del denunciado, la que sumada a los otros antecedentes disponibles, permite elaborar el Informe Técnico de Fiscalización N° 138 del 19 de abril de 2011, el que recoge y analiza los respectivos descargos, los contrasta con la nueva visita inspectiva realizada, pudiéndose concluir por parte de este Servicio lo siguiente:

- a) No se constató la existencia de vestigios de un dren en las coordenadas señaladas en el Informe Técnico Preliminar de Fiscalización N° 48 del año 2011, ya que las coordenadas allí señaladas no son correctas. Lo que

se evidenció en visita inspectiva, realizada el día 5 de abril del corriente, y en las nuevas coordenadas recogidas en terreno, **fue que los dispositivos que permitían la extracción de aguas subterráneas, es decir, la bomba, tuberías, instalaciones eléctricas, habían sido removidas**, por lo que la obra en comento no se encontraba habilitada en los términos que dispone el artículo 44 de la Resolución N° 425 del año 2007.

b) En razón de lo anterior, no fue posible constatar, por parte del presente Servicio, la extracción de aguas subterráneas sin derechos de aprovechamiento por parte de Agrícola El Cóndor Ltda., en el punto indicado en el Informe Técnico Preliminar de Fiscalización N° 48, del año 2011, no como así tampoco en las coordenadas recogidas en la visita inspectiva del día 5 de abril de 2011.⁹¹

La denuncia fue remitida por la DGA al Juzgado Civil de La Ligua, el que mediante sentencia de fecha 13 de marzo de 2013⁹² condenó a Sociedad Agrícola El Cóndor Limitada al pago de 20 UTM, por la infracción consistente en la realización y ejecución de trabajos y obras en el cauce del Estero Los Ángeles sin permiso de la autoridad competente, previsto en el artículo 32 del CA. Agrícola El Cóndor presentó apelación, la que fue

⁹¹ Resolución Exenta N° 1529 dictada por la Dirección General de Aguas con fecha 16 de mayo de 2011.

⁹² Sentencia del Juzgado Civil de La Ligua de 13 de marzo de 2013, en causa Rol 669-2001.

rechazada el 2 de agosto de 2013, mediante fallo en que la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó la sentencia⁹³.

Al igual en el caso anterior, debido a que la DGA sostiene no poseer facultades para actuar como parte en estos procesos, la vista de la causa se realizó sólo con los alegatos de la parte apelante, Sociedad Agrícola El Cóndor.

Este proceso pone en evidencia lo que hemos denominado problemas de fiscalización y problemas de prueba. Si bien en la primera inspección la DGA encontró evidencia de una extracción ilegal de aguas subterráneas, dichas evidencias (dispositivos que permitían la extracción de aguas subterráneas, es decir, la bomba, tuberías e instalaciones eléctricas) fueron removidas. Luego, al realizarse las inspecciones que forman parte del proceso administrativo, la falta de evidencia impidió la constatación de la extracción de aguas subterráneas sin derechos de aprovechamiento por parte de Agrícola El Cóndor Ltda. La autoridad se enfrenta así a un problema de prueba. Se propone más adelante que el órgano administrativo pueda realizar procesos

⁹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 2 de agosto de 2013, en causa Rol 573-13.

de presunción, y la generación de procesos de fiscalización que permitan dar mayor efectividad a sus sanciones.

Por otro lado, el caso de Agrícola Pililén demuestra que, no obstante los Tribunales de Justicia dieron por establecido que la sociedad estuvo extrayendo aguas ilegalmente para regar las más de 100 hectáreas plantadas de paltos, por más de 5 años, la multa aplicada ascendió a 10 unidades tributarias mensuales. Esto es, un poco más de cuatrocientos mil pesos. ¿Es posible sostener, aun a primera vista, que una sanción de esas características pueda a llegar a ser disuasiva? Para esta investigación esa respuesta es negativa. En el capítulo que sigue, se entregaran elementos para construir una multa que, dentro de sus posibilidades, constituya una real sanción económica a los infractores.

6. CRITERIOS PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR LA EXTRACCIÓN NO AUTORIZADA DE AGUAS. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN ÓPTIMA.

Hasta aquí se han examinado las disposiciones normativas en base a las cuales la DGA determina si concurren o no hechos constitutivos de extracción no autorizada de aguas, las potestades con que cuenta para denunciar a estos particulares ante los tribunales de justicia, y evidencia práctica y estadística de la falta de disuasión del sistema sancionatorio actual.

Esta tesis propone cinco modificaciones generales a la configuración de la sanción actualmente vigente: que la multa tenga como base las utilidades obtenidas por el infractor; que la sanción sea impuesta tanto a quienes no instalen los dispositivos de medición como a quienes extraigan aguas sin un título que lo legitime; que la DGA pueda construir inferencias probatorias epistemológicas, tanto para dar por cierto la duración de la infracción, como la cantidad de agua extraída; que la DGA esté dotada de potestades para sancionar la extracción no autorizada de aguas, previa instrucción de un procedimiento administrativo sancionatorio; y que a la multa base se le

apliquen agravantes y atenuantes, que tendrán por efecto aumentar o disminuir el monto base de la multa.

Ahora bien, para comprender el accionar de un potencial infractor se vuelve necesario entender el raciocinio económico detrás del acto. Desde una perspectiva estrictamente económica lo que subyace en ese raciocinio está determinado por el axioma utilitarista conforme al cual el actuar de los individuos se rige por la maximización de sus beneficios.

El dilema económico al que se enfrenta el potencial infractor consiste en sopesar lo que se definirá más adelante como costo de la medida respecto del costo de la eventual sanción. El análisis comparativo de ambas variables (que a su vez dependen de otras variables) puede ser representado matemáticamente por lo que se conoce como una inecuación.

En este sentido, el individuo en su análisis pondrá a un lado de la balanza (inecuación) el costo de la medida y al otro lado de la balanza (inecuación) el costo de la eventual sanción. Para que sanción tenga efecto disuasivo es menester que la balanza (inecuación) se incline a que la eventual sanción sea superior que el costo de la medida.

Dado lo anterior, la inclinación de la balanza tendrá carácter disuasivo, y por lo tanto otorgará estabilidad a las relaciones existentes entre los actores de sistema (DGA, dueños legítimos de DAA, potenciales infractores, etc.) en cuanto las siguientes inecuaciones se cumplan:

(a) Cuando se está bajo la mirada de la DGA:

$$Cm [U] < S \left[Pfr \left[\frac{\#F(o, pl)}{\# r DGA} + Pd \right] * Pc \left[\frac{\#Pr DGA(o, pl o d)}{\# tc} \right] * Multa [U + agr - at] \right]$$

(b) Cuando no se está bajo la mirada de la DGA:

$$Cm [U] < S \left[Pfnr [Pfom + Pd] * Pc \left[\frac{\#Pr DGA(o, pl o d)}{\# tc} \right] * Multa [U + agr - at] \right]$$

Definiciones:

- “Cm”: Costo de la medida [\$], esto es, el costo de cumplir con la normativa que impide utilizar aguas a quien no cuenta con un título que legitime dicho uso.
- “S”: sanción [\$]
- “U”: utilidades obtenidas por el infractor por la actividad económica desarrollada [\$]
- “Ps”: probabilidad de ser sancionado. Número entre 0 y 1.
- “Pc”: Ps: Probabilidad de ser sancionado. Número entre 0 y 1
- “Pfr”: Probabilidad para quien se encuentra en el “radar” de la DGA de ser fiscalizado. Esto es titulares de derechos, personas jurídicas o naturales con solicitudes de constitución en trámite, personas naturales o jurídicas a quien se les denegó la solicitud, antiguos infractores, etc. Número entre 0 y 1
- “t”: titulares de derechos de aguas. Número
- “nt”: no titulares que extraen igualmente aguas. Número.
- “r”: “radar de la “DGA”
- “#F”: Número de fiscalizaciones. Número.
- “o”: se refiere a las fiscalizaciones de oficio llevadas a cabo por la DGA.
- “pl”: se refiere a las fiscalizaciones efectuadas en virtudes de planes de fiscalización. Número.
- “Pd”: Probabilidad de ser denunciado por un tercero. Número entre 0 y 1
- “d”: denuncia
- “tc”: titulares condenados.
- “#tc”: número de titulares condenados.
- “#Pr”: Número de procedimientos instruidos por la DGA
- “F”: Fiscalizaciones
- “DGA”: Dirección General de Aguas
- “Multa”: monto en \$
- “Agr”: circunstancias fácticas que facultan a la DGA a aumentar la multa base impuesta.
- “At”: circunstancias fácticas que facultarán a la DGA a disminuir o atenuar la multa base.
- “Pfnr”: Probabilidad para un tercero que no se encuentra en el “radar” de la DGA de ser fiscalizado. Número entre 0 y 1
- “Pfum”: Probabilidad de ser fiscalizado basado en otros métodos de detección. Esto es fotos satelitales u otros que permiten detectar actividades productivas o industriales que requiere agua mas no poseen derechos vigentes. Número entre 0 y 1

6.1. Explicación de la inecuación.

El supuesto de esta construcción es que una sanción pecuniaria disuadirá o prevendrá la comisión de una determinada conducta, cuando el costo de atenerse a la norma que sanciona la conducta (“Cm”) sea menor que

el valor de la potencial sanción (“S”). Dicha aseveración puede graficarse mediante la siguiente inecuación general:

$$Cm < S$$

La conducta sancionada, en nuestro caso, es la extracción no autorizada de aguas. Por ello, debe examinarse qué debe entenderse por el costo de la medida (“Cm”), es decir, el costo de no extraer ilegalmente aguas. En capítulo posterior se analizarán diversas alternativas. Básicamente, si el costo de la medida corresponde al costo de acceder al derecho durante el intervalo de tiempo en que se incurrió en la infracción; al costo de constituir derechos de aprovechamiento de aguas; o al costo de no llevar a cabo la actividad económica, que corresponde a la utilidad (u) que la actividad económica señalada otorgaría al infractor por el tiempo que perdure la infracción.

La potencial sanción (“S”) corresponde a la multa pecuniaria ponderada por la probabilidad de que ésta sea definitivamente aplicada . Donde exista 100% de probabilidad de que aplique la multa a quien incurre

en la infracción, la sanción que arriesga el infractor es la totalidad de la multa.

La relación de factores enunciados se aprecia en la siguiente ecuación:

$$S = P_s * Multa$$

Ahora bien, en la probabilidad de que el infractor sea sancionado (P_s) intervienen dos elementos: la probabilidad de que el infractor sea fiscalizado (P_f), y la probabilidad de que el infractor que haya sido fiscalizado sea efectivamente condenado (P_c). Esto último puesto que un sujeto que infringiendo el CA es fiscalizado podría ser absuelto por dificultades probatorias u otros. La probabilidad de que el infractor sea sancionado (P_s) se visualiza en la siguiente ecuación:

$$P_s = P_f * P_c$$

En términos generales, la Probabilidad de Fiscalización (“ P_f ”), corresponde a la razón entre el número de fiscalizaciones de oficio llevadas a cabo por la DGA y el número de casos posibles de ser fiscalizados más la probabilidad de que el infractor sea denunciado (P_d):

$$Pf = \left[\frac{\#Fiscalizaciones\ DGA(oficio\ o\ plan)}{\# casos\ posibles} + Pd \right]$$

Ahora bien, existe una diferencia cuando un titular extrae más agua de la que le otorga su derecho, comparado cuando simplemente no tiene derecho alguno. Cuando un titular extrae más agua de la que tiene derecho, está en el radar de la DGA. Esta circunstancia permite complejizar nuestra ecuación inicial, dando cuenta de la probabilidad de ser fiscalizado cuando se está en el radar de la DGA (“Pfr”):

$$Pfr = \left[\frac{\#Fiscalizaciones\ DGA(oficio\ o\ plan)}{\# de\ titulares\ en\ radar\ DGA} + Pd \right]$$

Cuando no se está en el radar de la DGA, la probabilidad de ser fiscalizado (“Pfnr”) basado en otros métodos de detección (“Pfo”), como son fotos satelitales u otros que permiten detectar actividades productivas o industriales que requiere agua mas no poseen derechos vigentes, se evidencia del siguiente modo:

$$Pfnr = [Pfo + Pd]$$

A su vez, la Probabilidad de Condena, corresponde a la razón entre el número de casos en que se aplicó efectivamente la sanción (“# de infractores condenados”)y número total de procedimiento instruidos por extracción ilegal de aguas (“#Procedimiento DGA (oficio,plan o denuncia)"):

$$P_c = \left[\frac{\# \text{ de infractores condenados}}{\# \text{ Procedimiento DGA (oficio, plan o denuncia)}} \right]$$

La Probabilidad de Condena (“Pc”) depende del estándar de la prueba. Entre mayor sea el estándar, más dificultades habrá de probar el hecho. En un capítulo posterior se analizará los modos de solucionar los problemas probatorios, especialmente, en una materia tan compleja como es la extracción no autorizada de aguas subterráneas.

Lo expuesto hasta ahora nos permite construir las siguientes inecuaciones, que relacionan el costo de la medida con la probabilidad de ser sancionado.

La inecuación para quien está en el radar de la DGA es la siguiente:

$$C_m [C_{Arr} (l/s * v) * t] < P_{fr} \left[\frac{\# \text{ Fiscalizaciones DGA (oficio o plan)}}{\# \text{ de titulares, infractores u otros en radar DGA}} + P_d \right] * P_c \left[\frac{\# \text{ Procedimiento DGA (oficio, plan o denuncia)}}{\# \text{ de titulares condenados}} \right] * Multa$$

La inequación para quien no está en el radar de la DGA es la siguiente:

$$Cm [CArr (l * s * v) * t] < Pfnr [P fom + Pd] * Pc \left[\frac{\#Procedimiento DGA(oficio, plan o denuncia)}{\# de titulares condenados} \right] * Multa$$

A continuación se analizará qué debe entenderse por costo de la medida, y cómo puede modificarse ciertos elementos de la inequación para hacer a la sanción eficiente, en términos de que efectivamente disuada a los potenciales infractores. Eso, considerando que la multa establecida en el artículo 173 del Código de Aguas, va de 1 a 20 UTM, sin señalarse porqué debe aplicarse 1 o 20 UTM.

6.2. Propuestas para una multa eficiente:

Las modificaciones que se plantean incidirán en la cuantía de la multa base, en un aumento en las probabilidades de fiscalización y de condena.

Las modificaciones son las siguientes:

En primer lugar, el monto base de la multa debe estar constituido por las utilidades obtenidas por el infractor.

Como se demostrará en el subcapítulo que se desarrolla a continuación, debe entenderse por “utilidades obtenidas por el infractor”, las ganancias que se hayan generado como consecuencia de la actividad económica desarrollada, durante el tiempo en que se haya extendido la infracción.

En segundo lugar, la sanción debe ser impuesta tanto a quienes no instalen los dispositivos de medición (y no los operen correctamente), como a quienes extraigan efectivamente aguas sin título que los legitime.

En este sentido, debe entenderse por “infracción”, la extracción o captación no autorizada de aguas (extraer aguas sin contar con DAA o más aguas de las que autoriza el DAA), y la falta de instalación de los medidores.

En tercer lugar, la DGA podrá construir inferencias probatorias epistemológicas, tanto para dar por cierto la duración de la infracción, como la cantidad de agua extraída.

De esta manera, considerando los problemas de prueba que plantea la extracción no autorizada de aguas, se impactará en un aumento de las probabilidades de condena. A este respecto, el tiempo que haya durado la

infracción se enunciará como “t”, y la cantidad de agua extraída se enunciará como “Q”

En cuarto lugar, la DGA debe estar dotada de potestades para sancionar la infracción, previa tramitación de un procedimiento administrativo sancionatorio.

Esto implica otorgarle a la DGA potestades que ahora no tiene, por cuanto el artículo 175 del CA establece que será el Juzgado Civil quien aplicará las multas. Con esta modificación, aumentan las probabilidades de condena, pues se llevará a cabo solo un procedimiento –con posibilidad de impugnación a través de los contenciosos especiales establecidos en el CA–, y no dos como ocurre hoy día (sumado a la segunda instancia y la Corte Suprema).

En quinto lugar, se establecerán agravantes y atenuantes, que tendrán por efecto aumentar o disminuir el monto base de la multa.

A continuación se profundizará en los fundamentos de cada una de estas propuestas:

6.2.1. El monto base de la multa debe estar constituido por las utilidades obtenidas por el infractor.

Como se verá a continuación, si el objetivo de la sanción es disuadir a quienes tengan la intención de extraer ilegalmente aguas, lo más eficiente — porque se ajusta a las características del recurso— es que la multa base sea equivalente al costo de la medida. Ahora, qué debe entenderse por “costo de la medida”. En este capítulo examinaremos la opción por entender el costo de la medida como las utilidades percibidas por la infracción, que corresponde a la sección izquierda de la inequación.

6.2.1.1. Conceptualización del costo de la medida. ¿Por qué el costo de la medida no equivale al costo de constitución o adquisición de un DAA?

De acuerdo a lo que hemos expuesto en los capítulos anteriores, el costo de la medida puede parecer, en principio, sencillo de conceptualizar. En cuanto la norma establece que solo podrán utilizar las aguas —de forma

consuntiva o no consuntiva, permanente o eventualmente— quienes sean dueños o titulares de DAA por el caudal requerido, el costo de la medida podría equivaler al costo de adquirir el título de dominio sobre los DAA que habiliten a los agentes a utilizar el agua. Y, considerando que un DAA puede ser adquirido por vía originaria o derivativa, el costo de la medida podría corresponder al costo de constituir un derecho de aprovechamiento —a través de un acto de autoridad—, o de adquirir vía transacción económica el o los derechos de aprovechamientos de aguas necesarios para llevar a cabo la actividad. En este escenario, para que la multa cumpla con el objeto de disuadir la conducta que se quiere evitar, su monto debería ser superior al costo de constitución y/o adquisición de los derechos de aprovechamiento o, al menos, la multa debería estar indexada a esa variable.

Sin embargo, la conceptualización no es correcta. Las características particulares de los derechos de aprovechamiento de aguas y del mercado que se genera por su intercambio, impide que el costo de la medida sea equivalente al costo de constitución y/o adquisición del derecho de aprovechamiento.

¿Por qué el costo constituir o adquirir un derecho de aprovechamiento de aguas no equivale al costo de cumplir con la norma que exige contar con ellos?

Se pueden identificar al menos dos razones: en primer lugar, los derechos de aprovechamiento de aguas están condicionados a un específico punto de captación y a un específico caudal, por lo que no basta con poseer un derecho de aprovechamiento de aguas, sino que se debe poseer un determinado derecho de aprovechamiento de aguas; y, en segundo lugar, el costo de la adquisición y constitución de derechos de aprovechamiento en muchos casos será negativo, por cuanto, la disminución de los recursos hídricos disponibles, la necesidad creciente de ella y el otorgamiento completa de las cuencas, han catalizado un aumento sistemático de sus valores de intercambio. A continuación, revisaremos estas aseveraciones:

6.2.1.1.1. El costo de cumplimiento de la medida no equivale al costo de adquirir un DAA, pues los DAA otorgan la facultad de extraer aguas en un determinado punto de captación.

Los derechos de aprovechamientos de agua otorgan la facultad de utilizar los recursos hídricos provenientes de un específico punto de

captación y por un caudal específico, circunstancia que determina que el costo de la medida no pueda ser el costo de la constitución y/ o de la adquisición de los derechos, como se verá a continuación:

Los artículos 5, 6, 7, 140 y 149 del CA nos permiten identificar que los tres elementos esenciales del derecho real de aprovechamiento de aguas son (i) una fuente natural determinada; (ii) una dotación o caudal determinado a extraer; y (iii) un punto o lugar de captación definido.

Los artículos 140, 149 y 151 del Código de Aguas, y el artículo 19 del Decreto Supremo N° 203, entre otros, demuestran que la indicación de un punto preciso de captación es constitutivo del derecho de aprovechamiento de aguas. De acuerdo al artículo 140 del Código de Aguas, “[l]a solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento deberá contener (...) 3. El o los puntos donde se desea captar el agua.” Asimismo, el artículo 149 del Código de Aguas dispone que “[e]l acto administrativo en cuya virtud se constituye el derecho contendrá: (...) 2. 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; (...) 4. El o los puntos precisos donde se captará el agua y el modo de extraerla”. En otras palabras, tanto en

la solicitud como en la resolución que concede el derecho de aprovechamiento de aguas (superficiales o subterráneas) indicará el o los puntos precisos donde se captará el agua.

En relación a los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 203, dispone que en la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas deberán indicarse “él o los puntos desde donde se desea captar el agua (...) mediante coordenadas en el sistema U.T.M., utilizando el Dátum MGS84” y, que “la resolución que constituya el derecho de aprovechamiento deberá indicar el punto preciso donde se captará el agua, de acuerdo con la ubicación exacta verificada en terreno por la Dirección General de Aguas, en virtud de lo establecido en el artículo 149 N° 4 del Código de Aguas”.

Como vemos, el derecho de aprovechamiento de aguas no es un derecho a utilizar un caudal determinado de agua, sin más, sino que consiste en el derecho a utilizar el agua extraída desde un punto específico de un acuífero o caudal superficial determinado. Tanto es así, que los derechos no consuntivos exigen también la indicación exacta del punto de restitución del agua al caudal del que fue extraída.

6.2.1.1.2. El costo de cumplimiento de la medida no equivale al costo de constituir un DAA, por la posibilidad de que el derecho sea denegado.

Ahora bien, clarificado los contornos más o menos generales de los derechos de aprovechamiento, ¿por qué el costo de la medida no está constituido por el costo de la constitución de un derecho de aprovechamiento?

Si se estuviera en un contexto en el que aún no se ha otorgado ningún derecho de aprovechamiento sobre los caudales disponibles se podría sostener que el costo de constituir el derecho de aprovechamiento de aguas es el costo de cumplir con la legislación. En este escenario, existiendo derechos de aprovechamiento susceptibles de ser otorgados, el único costo que representa para el agente que requiere utilizar agua la medida impuesta por la legislación, es llevar a cabo los trámites administrativos que le permitan cumplir con el Código de Aguas.

En otras palabras, si aún no se hubiera otorgado ningún derecho de aprovechamiento sobre las aguas, el costo de cumplir con la norma que impone el deber de utilizar solo aquellas que el Estado ha otorgado, estaría

constituido por el costo de obtener el derecho de aprovechamiento (costo de exploración y costos asociados al trámite administrativo de otorgamiento).

Con todo, el escenario expuesto hoy no existe. En la mayoría de los ríos y acuíferos de nuestro país se han constituido derechos de aprovechamiento por el 100% de los derechos susceptibles de ser otorgados⁹⁴. Adicionalmente, muchas cuencas se encuentran sobre otorgadas, y sólo existe la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento de carácter eventual, en los meses de invierno y por caudales muy menores⁹⁵. Por esta razón, no existen nuevos derechos susceptibles de ser otorgados, por lo que no existe costo asociado a la constitución de un nuevo derecho. Puede existir un costo asociado a la exploración y tramitación administrativa de la solicitud, pero debido a que existen altas probabilidad de que la solicitud sea denegada, ese costo no puede conceptualizarse como un costo cierto asociado al cumplimiento de la medida. La medida no es solicitar un derecho de aprovechamiento, sino que extraer aguas asociado a un derecho de

⁹⁴ Por ejemplo, el acuífero de Azapa se encuentra sobre explotado (según los DAA otorgados por la DGA en relación a la recarga media anual definida), razón por la cual con fecha 19 de marzo de 1996 se dictó la Resolución DGA N° 202, que declaró Zona de Prohibición para nuevas explotaciones de agua subterránea en el acuífero del Valle de Azapa. Así lo consigna el Informe Técnico de Fiscalización N° 52, emitido en el proceso DGA N° 10327334, expediente FO-1501-70 de fecha 24 de octubre de 2016.

⁹⁵ Informe Técnico de Actualización Informe de Evaluación de los Recursos Hídricos Superficiales de las Cuencas del Río Petorca y Río la Ligua, Región de Valparaíso, *Op. Cit.*, 44p.

aprovechamiento, situación que supone que el órgano administrativo otorgó la facultad de utilizar el agua.

Tan cierto es lo anterior, que para el caso de las aguas subterráneas los artículos 63 y 65 del Código de Aguas, y los artículos 30 y 35 del Decreto Supremo N° 203, regulan expresamente los escenarios frente a los cuales la Dirección General de Aguas, a petición de terceros, o de oficio, declarará que en determinadas zonas se prohibirá el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento, o que el otorgamiento de éstos debe ser restringido, posibilitándose un otorgamiento provisional, no definitivo.

En efecto, el artículo 63 del Código de Aguas expresamente señala que “[l]a Dirección General de Aguas podrá declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, mediante resolución fundada en la protección de acuífero, la cual se publicará en el Diario Oficial.” Y, el artículo 65 del Código de Aguas que “[s]erán 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.”

Los artículos 30 y siguientes del Decreto Supremo N° 203 profundizan en los supuestos que hacen procedentes la declaración de prohibición y restricción para la explotación de aguas subterráneas. El artículo 30 de Decreto Supremo N° 203 dispone que “[l]a Dirección General de Aguas deberá, mediante resolución fundada, declarar un determinado Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común como área de restricción para nuevas exploraciones de aguas subterráneas, de oficio o a petición de cualquier usuario del respectivo sector, cuando ocurra al menos una de las siguientes situaciones: a) cuando antecedentes técnicos den cuenta de la existencia de un riesgo de grave descenso de los niveles en una zona del Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común que pueda afectar la extracción de aguas subterráneas de derechos de aprovechamiento existentes en ella. B) La demanda comprometida sea superior a la recarga de éste, ocasionando riesgo de grave disminución de los niveles del Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él. C) Los estudios técnicos demuestren que la demanda comprometida provocará una reducción superior al cinco por ciento del volumen almacenado, en un plazo de cincuenta años (...).”

Y artículo 35 del DS 203, establece que “[l]a Dirección General de Aguas podrá declarar zona de prohibición para nuevas explotaciones, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del Código de Aguas, cuando se hayan constituido derechos de aprovechamiento de aguas que comprometen toda la disponibilidad determinada por la Dirección General de Aguas para la constitución de derechos de aprovechamiento tanto definitivos como provisionales.”

La declaración de zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas impide que la Dirección General de Aguas pueda otorgar nuevos derechos de aprovechamiento, de modo tal que cualquier petición será denegada. Es preciso aclarar que las peticiones de derechos no sólo serán denegadas cuando se haya declarado la zona de prohibición, pues si los antecedentes con que cuenta la Dirección General de Aguas le permiten concluir que no existen más derechos susceptibles de otorgarse, deberá denegarse la solicitud.

Descartado que los costos de adquisición de un nuevo derecho de aprovechamiento constituyan el costo de cumplimiento de la medida, resulta

preciso indagar sobre los costos asociados a la modificación del punto de captación.

En un escenario de abundancia, cuando el titular de un derecho de aprovechamiento desea modificar el punto de extracción, debe realizar una solicitud a la DGA que, cumpliendo con los requisitos exigidos por la legislación, deberá ser aprobada por el ente administrativo⁹⁶. Sin embargo, en un escenario de escasez la situación es distinta. En efecto, debido a que el cambio del punto de captación se entiende como una nueva solicitud de otorgamiento de derecho de aprovechamiento⁹⁷, los solicitantes deberán acreditar la disponibilidad de aguas. Cuando se han otorgado la totalidad de los derechos susceptibles de constituirse en una cuenca hidrográfica, la Dirección General de Aguas no podrá constituir nuevos derechos de aprovechamiento con carácter de permanentes, salvo que el cambio de punto

⁹⁶ De acuerdo al artículo 42 del Decreto Supremo M.O.P N° 203 del año 2013, la Dirección General de Aguas podrá autorizar el cambio de punto de captación y/o restitución de derechos de aprovechamientos de aguas subterráneas en un mismo Sector Hidrológico de Aprovechamiento Común, ya sea en forma total o parcial, siempre que la solicitud sea legalmente procedente, que exista disponibilidad del recurso, que no se perjudiquen derechos de terceros y que se cuente con la Resolución de Calificación Ambiental favorable, si correspondiera.

⁹⁷ En este sentido, la Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa Rol 2456-2015, el 17 de agosto de 2016.

de captación y/o restitución de derechos de aprovechamientos de aguas subterráneas en un mismo Sector Hidrológico de Aprovechamiento Común.

Como vemos, constituir un derecho de aprovechamiento y solicitar el cambio del punto de captación —en aquellas cuencas que se encuentran 100% otorgadas— no es una alternativa factible en su generalidad para obtener un derecho de aprovechamiento y cumplir con el Código de Aguas. Por ello, no es un supuesto de hecho que nos permita cuantificar el costo de la medida.

6.2.1.1.3. El costo de cumplimiento de la medida no equivale al costo de adquirir un DAA, pues la adquisición de un determinado DAA depende de las necesidades de cada agente económico y existe la probabilidad de que no esté a la venta.

La pregunta que surge inmediatamente es porqué el costo de la medida no está constituido por el costo del o los derechos de aguas constituidos (por el volumen por tiempo requerido), de acuerdo al valor promedio de las transacciones de derechos de aprovechamiento de aguas en un sector

hidrogeológico determinado. Pues bien, que el derecho de aprovechamiento de aguas pueda ser ejercido en un punto determinado, supondrá que el valor de transacción promedio sea irrelevante para conocer el costo de la medida.

El costo de la medida lo podría constituir el valor específico del derecho de aprovechamiento en el punto de captación preciso donde se utilizará el agua, o sumado a su costo el valor de construcción de un sistema de conducción del agua desde el punto de captación, hasta el punto de utilización de éste.

Si la actividad que se planea desarrollar está muy distante del punto de captación del derecho de aprovechamiento de aguas, los costos de cumplir la medida no son únicamente los costos de adquisición del derecho, sino también los costos de conducir el agua desde el punto de captación, hasta el punto en que el agua será utilizada.

Los costos de adquisición del derecho de aprovechamiento pueden ser de tres tipos: costos derivados de un título translativo de dominio; costos derivados de un título de mera tenencia del derecho; y, costo de constitución del derecho de aprovechamiento. Estos últimos, fueron descartados en el punto anterior.

Los valores de transferencia de los derechos son sencillos de visualizar, pues corresponden al precio o valorización realizada de los derechos, sumados a los costos de transacción asociados a la operación económica.

La circunstancia de que el punto preciso de captación sea un elemento constitutivo del derecho de aprovechamiento de agua —que en el caso del derecho de aprovechamiento subterráneo incluso exige la indicación de coordenadas UTM—, es una de las razones para sostener que el costo de la medida no puede estar constituida por el costo de adquisición del derecho de aprovechamiento.

Ahora bien, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿puede constituir el costo de la medida, el costo de la adquisición y/o constitución del derecho de aprovechamiento de aguas sumado al costo de conducción de las aguas?

En los párrafos anteriores se estableció que el costo de la medida no puede estar constituido, sin más, por el costo de adquisición y/o constitución del derecho, pues el derecho de aprovechamiento otorga la facultad de utilizar el agua extraída en un punto particular de la cuenca, por lo que si el agente económico requiere del agua en la cuenca vecina, o a 100 kilómetros del

punto de captación, hay un costo que no está siendo considerado, y que es determinante para conocer cuál es el real valor que implica cumplir la medida.

Los derechos de aprovechamientos de agua otorgan la facultad de usar y gozar el agua proveniente de un determinado punto de captación, lo que determina que su costo de adquisición no sea determinable en abstracto, debido a dos razones: (i) depende de las necesidades y expectativas de cada agente económico, no pudiéndose determinar en base al promedio de las transacciones realizadas en una cuenca hidrográfica determinada; (ii) existe la probabilidad de que no esté a la venta el derecho de aprovechamiento que requiere el agente económico, no existiendo cifra asociada a esa adquisición.

6.2.1.1.4. El costo de cumplimiento de la medida no equivale al costo de adquirir un DAA, por los efectos del costo negativo de la adquisición de derechos.

Frente a la imposibilidad de constituir nuevos derechos de aprovechamiento, o cambiar los puntos de captación, quienes deseen utilizar aguas de forma permanente deberán comprar o arrendar los derechos de aprovechamiento que les permita la utilización del agua, en el lugar donde se

la requiera, o asumiendo los costos de conducción desde su punto de captación hasta el punto de uso. El costo de estas adquisiciones, también se piensa, puede constituir el costo de cumplimiento de la medida. Por esto tampoco es correcto.

Los datos demuestran que el costo de adquisición de los derechos de aprovechamiento es negativo. ¿Qué significa esto? Significa que, manteniéndose la oferta actual de recurso hídrico constante (lo que es bastante improbable, pues la evidencia demuestra que en ciertas zonas el cambio climático ha generado la disminución permanente de la recarga), y aumentando la demanda por ella, los derechos de aprovechamiento de aguas aumentarán de valor. Dada esta circunstancia, el costo de adquirir derechos de agua es negativo, al generar plusvalía. No obstante esta ganancia, existen de todos modos personas que optan por infringir la norma, y obtener el agua de forma ilegal. La explicación a esta situación se da porque el dinero también es un recurso escaso.

Prueba de lo señalado es la especulación en el mercado de derechos de aprovechamiento de aguas.

6.2.1.2. Solución a la interrogante: el costo de la medida la constituyen las utilidades obtenidas por el infractor.

Las características señaladas hasta aquí, nos impiden conceptualizar el costo de la medida como el costo de constituir o adquirir derechos de aprovechamiento (a perpetuidad o por un tiempo específico). Estas mismas características nos permiten sostener que el costo de la medida corresponde, más bien, al costo de no llevar a cabo la actividad productiva. Y como no llevar a cabo la actividad impide que se obtengan utilidades, el costo de la medida son, en definitiva, las utilidades.

Un ejemplo de eso es que hoy, antes de preocuparse por la tierra, quienes desean invertir se preocupan de contar con DAA.

Hemos identificado cuál es el costo de la medida: el costo de la medida es entonces la utilidad de la actividad económica obtenga al utilizar el agua entre sus insumos.

Ahora bien, si el costo de la medida son las utilidades de la actividad, la sanción debería ser superior a ella, de modo tal que frente a la disyuntiva de llevar o no a cabo la actividad —careciendo de derechos de

aprovechamiento de aguas que se lo permitan— el agente decida no llevarla a cabo. La imposibilidad de adquirir el derecho de aprovechamiento debe establecerse como una circunstancia dada, por cuanto las características que hemos analizado más arriba nos demuestran que su posesión es esencial. A tal nivel se ha arraigado este efecto, que una tierra sin agua, simplemente ya no vale.

El costo de la medida la podemos visualizar, en una ecuación del siguiente modo:

$$Cm = u$$

Donde C es “costo” m es “medida impuesta por la legislación”, u es “utilidad obtenida por el infractor”

Ahora bien, ¿Qué utilidad? ¿La utilidad anual, semestral, trimestral? La utilidad obtenida durante el tiempo que se haya extendido la infracción a la normativa, esto es, durante el tiempo en que se haya incurrido en extracción no autorizada de aguas. Ese es el costo real de la medida. Las utilidades que se obtengan ocupando aguas sin contar con un derecho de aprovechamiento de aguas es ganancia que no debió haberse generado. Este es el costo

correcto, pues corresponde a la pregunta que el agente económico se hace cuando discurre si cumplir o no con la legislación.

Un ejemplo: una sociedad agrícola está analizando si llevar o no a cabo una plantación de árboles frutales. La empresa agrícola es dueña de un inmueble de 50 hectáreas, ubicada en un faldeo de cerro de un valle transversal de la V Región. La sociedad agrícola no posee derechos de aprovechamiento, y su inmueble está ubicado en una zona declarada como área de prohibición para la explotación de aguas subterráneas, encontrándose los causes superficiales completamente secos. Sin embargo, la sociedad agrícola perforó en su inmueble un pozo profundo, y dio con una napa subterránea que le provee de cincuenta litros por segundo. Este volumen de agua le permite realizar su plantación. La sociedad agrícola sabe que si solicita se le otorgue el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, su solicitud será denegada, pues la declaración que afecta al acuífero es prohibitiva en ese aspecto. Adicionalmente, no existen derechos de aprovechamiento de aguas a la venta en las inmediaciones del inmueble, sino que a cinco kilómetros del sector. Como hemos visto, solicitar el cambio de punto de captación tampoco es jurídicamente posible, por la probable

afectación de otros derechos. Algunas empresas agrícolas tenían derechos sobre pozos profundos, que se han secado. Frente a este escenario la sociedad agrícola tiene dos alternativas: utilizar las aguas captadas sin autorización de la DGA, contraviniendo al Código de Aguas, adquirir titularidad sobre los derechos ubicados a cinco kilómetros y realizar las obras de conducción necesarias, o simplemente no llevar a cabo la inversión y, con ello, deja de percibir las utilidades proyectadas.

El relato que se expone no es un caso de laboratorio, por el contrario, es un caso que ocurre. Es más, el primer caso analizado en el capítulo cuatro tiene muchas de estas características.

6.2.2. Configuración de la infracción. La infracción debe estar constituida tanto por la no instalación de los dispositivos de medición de extracción del caudal, como de la extracción no autorizada propiamente tal.

La segunda cuestión que se plantea, es que la infracción debe estar constituida tanto por la omisión de instalar los dispositivos de medición de extracción del caudal, como de la extracción ilegal de aguas propiamente tal

(extraer aguas sin título alguno, o extraer más agua de la a que se tiene derecho), de forma que la autoridad concentre sus objetivos de fiscalización en esas dos circunstancias. Al establecer la obligación de instalar los dispositivos de medición de extracción de caudal, se reconduce a la DGA a fiscalizar estándares (en tanto medidas de prevención).

Esta decisión permite aumentar las probabilidades de identificar a posibles infractores y disminuir los costos de fiscalización.

A continuación se evidencian los problemas de fiscalización que enfrenta la DGA, y cómo estos problemas se disminuyen al fiscalizarse estándares.

6.2.2.1. Los problemas de la fiscalización.

La clandestinidad y ocultación son características propias de la extracción no autorizada de aguas. Entre mayores sean las multas por incurrir en esta infracción, mayores serán los resguardos que tomen los infractores para no ser descubiertos.

Para el órgano encargado de pesquisar a infractores, la instantaneidad del acto se transforma en una dificultad. ¿Acaso es necesario que los funcionarios de la DGA encuentren, *in situ*, una obra de captación en que se estén

extrayendo aguas subterráneas para que, posteriormente, se pueda dar el hecho por establecido?

A primera vista, esta es la única forma de estar completamente seguros de que se están utilizando aguas sin contar con un derecho que lo autorice. Pero los desafíos que plantea este escenario son tan grandes, que la aplicación de la multa se tornaría de muy baja probabilidad.

¿Cómo puede el órgano administrador enfrentar este desafío, al que se denominará “desafío de condena”? Básicamente, resolviendo dos asuntos: los problemas de fiscalización y los problemas de prueba.

Los problemas de fiscalización consistirán en identificar a los autores de la comisión del acto infraccional, esto es, identificar quiénes, del espectro total de usuarios de aguas subterráneas, están captándolas de forma ilegal.

Ahora bien, los problemas de fiscalización enfrentan un nuevo dilema: el tipo de infractor que debe ser identificado. Por la configuración de la extracción ilegal de aguas, ella puede producirse, al menos, de dos formas: mediante la captación o extracción de agua sin contar con derecho alguno y mediante la captación de aguas en cantidades superiores a las autorizadas.

Para este segundo tipo de hechos, los problemas de fiscalización pueden ser solucionados con la revisión de la satisfacción de determinados

estándares. Estándares que, para este caso concreto, lo constituyen, por ejemplo, la reciente normativa que obliga a quienes sean titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y hayan construido las respectivas obras de captación, a que instalen dispositivos de medición y transmisión de información de la cantidad de agua que extraen por unidad de tiempo. El establecimiento de esta obligación, y la consecuente fiscalización de su cumplimiento, permite a la DGA solucionar, en parte, lo que se ha denominado “el problema de la fiscalización”. La DGA ya no tendrá que identificar al infractor en el momento justo en que está incurriendo en el acto, sino que tendrá que inspeccionar si los usuarios de las aguas tienen instalados los dispositivos, si la información es enviada, y si ellos dan cuenta de las extracciones realizadas durante el transcurso de tiempo desde que fueron instalados. Cualquier acción dolosa destinada a falsear la información del dispositivo, debería tener por consecuencia el agravamiento de la sanción. De este asunto se tratará en el último capítulo.

La obligación de instalación de un dispositivo medidor, y el envío de esa información a la DGA, permite a la administración un ahorro de recursos, y máxima efectividad en la identificación de los infractores.

Ahora bien, para que esta máxima efectividad se produzca, es necesario que la sanción por la no instalación, no operación o adulteración del dispositivo de medición sea equivalente a la sanción por extracción no autorizada de aguas. De ese modo, el órgano administrativo podrá fiscalizar la satisfacción del estándar (instalación del medidor), persuadiendo al titular del derecho de aprovechamiento a no extraer más que aquello a que tiene derecho.

Pues bien, medidas han sido establecidas por el Ejecutivo. En efecto, con la entrada en vigor en febrero de 2014 del Decreto Supremo N° 203, de 20 de mayo de 2013, el Ejecutivo inaugura una serie sucesiva de normas destinadas a reglamentar de forma más acabada la exploración y explotación de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas. Este conjunto de disposiciones es importante, pues en ellas la facultad que otorga el artículo 68 del CA a la Dirección General de Aguas, en orden a exigir a los usuarios de aguas la instalación de sistemas de medida en las obras y requerir la información que se obtenga, se especifica para el caso de las aguas subterráneas. Estas normas aumentan las probabilidades de sancionar a aquellos usuarios que, contando con un derecho de aprovechamiento debidamente constituido

o reconocido, extraigan más aguas de las que tienen derecho, y disminuyen los costos de fiscalización del Estado.

6.2.2.1.1. El Decreto Supremo N° 203, de fecha 20 de mayo de 2013, cuya toma de razón se realizó el 27 de febrero de 2014, que “Aprueba Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas”

A comienzos del año 2014 entró en vigor un Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas. El Decreto N° 203, de 20 de mayo de 2013, fue publicado y comenzó a regir el día 7 de marzo de 2014. En sus considerandos, el Ejecutivo reconoce la necesidad de reglamentar la exploración y explotación de aguas subterráneas y otorgar certeza jurídica y técnica a los usuarios en un contexto de sustentabilidad y eficacia; todo ello sin afectar el ejercicio de derechos constituidos sobre las mismas aguas⁹⁸.

El artículo 38 del Decreto N° 203 dispone que:

Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 241 del Código de Aguas y acorde con lo dispuesto en los números 2, 3, 5, 20 y 21 del citado artículo, el directorio de las

⁹⁸ RIVERA. *Op. Cit.*

comunidades de aguas subterráneas tendrá, entre otros, los siguientes deberes y atribuciones: (...)

- (a) Instalar y operar un sistema de control de extracciones, medición de niveles, cantidad y calidad de las aguas.
- (b) Mantener un registro de producción de cada captación.
- (c) Atender oportunamente los requerimientos de información de la Dirección General de Aguas y de sus usuarios, así como las obligaciones de envío de información contenidas en el Código de Aguas. (...)

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del Decreto N° 203, las comunidades de aguas subterráneas se podrán organizar “(...) *si dos o más personas aprovechan aguas de un mismo Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común*”.

Más adelante, el artículo 40 Decreto N° 203 dispone expresamente que la DGA podrá exigir tanto a las comunidades de aguas, como a los particulares, la instalación de un sistema de medición de los volúmenes explotados:

La Dirección General de Aguas podrá exigir a las comunidades de aguas o a los usuarios individuales, la instalación de un sistema de medición periódica sobre niveles y calidad de las aguas subterráneas y de los caudales y volúmenes explotados, pudiendo requerir en cualquier momento la información que se obtenga.

Esta disposición es una aplicación especial para el caso de las aguas subterráneas, del artículo 68 del CA, que establece que “[l]a Dirección General de Aguas podrá exigir la instalación de sistemas de medida en las obras y requerir la información que se obtenga.”

Adicionalmente, el artículo 31 inciso 4 del Decreto N° 203, a diferencia de los artículos antes examinados, que dan la facultad a la DGA de exigir a los particulares la instalación de sistemas de medición de los volúmenes de aguas extraídas de los acuíferos, exige a los titulares de derechos provisionales de aprovechamiento de aguas la instalación de un sistema de control de extracciones:

Los titulares de derechos provisionales podrán ejercerlos siempre que cuenten con un sistema de control de extracciones aprobado por la Dirección General de Aguas, que deberá incluir al menos un flujómetro para medir caudales instantáneos y registrar el volumen acumulado de agua extraída, además de un sistema de monitoreo de nivel freático en la captación.

Y finalmente, para el caso de solicitudes de puntos alternativos de extracción —que para todos los casos implica el otorgamiento de un nuevo derecho de aprovechamiento— el artículo 46 del Decreto N° 203 establece que:

(...) Una vez otorgada la autorización de puntos alternativos de captación y/o restitución y como requisito previo al ejercicio de los derechos de aprovechamiento, el titular estará obligado a instalar en las captaciones involucradas, un sistema de medición periódica sobre los niveles y caudales explotados, el que deberá ser aprobado por la Dirección General de Aguas, pudiendo ésta

requerir en cualquier momento la información que se obtenga.

Las disposiciones citadas evidencian el esfuerzo del Ejecutivo, que por la vía de un Decreto Supremo especifican las facultades de la DGA para exigir a las comunidades de aguas y usuarios particulares, a establecen en sus pozos sistemas de medición de los caudales explotados.

6.2.2.1.2. Resolución Exenta N° 3417, de 26 de octubre de 2015, que aprobó el “Instructivo de Normas y Procedimiento de Control de Extracciones de Aguas Subterráneas”

Recientemente comenzó a regir un nuevo cuerpo normativo, elaborado por el Ejecutivo, que tiene por objeto establecer y homogeneizar las normas y procedimientos para la adecuada implementación del control de extracciones de aguas subterráneas, esto es, la Resolución Exenta N° 3.417 (en adelante, “el Instructivo de Control de Extracciones”). El Instructivo de Control de Extracciones viene a especificar las facultades que la DGA tiene en virtud del artículo 68 del CA, y de los artículos 31, 40 y 46 del Decreto N° 203.

En su motivación, el Instructivo de Control de Extracciones señala que:

La Dirección General de Aguas tiene atribuciones para ordenar a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, la instalación de sistemas de medida en las obras y requerir la información que se obtenga. Estas atribuciones están contenidas tanto en el artículo 68, del Código de Aguas, en el artículo 21 del Decreto 1220, del 30 de diciembre de 1997, que aprueba el Reglamento de Catastro Público de Aguas (CPA), así como en los artículos 31, 40 y 46 del Decreto 203 del 20 de mayo de 2013, que aprueba el reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas.⁹⁹

El Instructivo de Control de Extracciones contempla dos fases: la primera, en que se ordena a los usuarios de agua la instalación del sistema de control de extracciones; y la segunda, en que se los fiscaliza.

⁹⁹ Resolución Exenta N° 3417 de la Dirección General de Aguas, de 26 de octubre de 2015, que aprobó el “Instructivo de Normas y Procedimiento de Control de Extracciones de Aguas Subterráneas”, 1p.

A su vez, la primera fase se divide en tres etapas, debido a la necesidad de implementación gradual del Instructivo.

Las etapas de control de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas serán las siguientes: (i) el Director General de Aguas dictará una resolución en la cual ordenará adecuarse a las normas y procedimiento del Instructivo de Control de Extracciones a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas incluidos en una serie de resoluciones masivas que ordenan la instalación de un sistema de control de extracciones; (ii) a los derechos a los que se les ha ordenado presentar proyecto de control de extracciones, informar sistema de medición, instalar medidor, remitir información periódica y/u ordenanzas similares –como de resoluciones de constitución de derechos, resoluciones que autorizan cambios de puntos de captaciones, etc.–; y en los casos del artículo 31 del Decreto N° 203, donde se ordena a los usuarios de derechos provisionales instalar sistema de medición como requisito para la utilización del derecho.

Posteriormente, corresponderá la etapa de fiscalización.

De acuerdo con el Instructivo de Control de Extracciones, “para llevar un control del cumplimiento por parte de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, respecto a lo ordenado en la respectiva

resolución, el Jefe de Fiscalización Regional deberá incluir el Plan de Fiscalizaciones Selectivas, el total de Fiscalizaciones relacionadas con estas materias, donde se deberán señalar los criterios y justificación para la realización de estas”¹⁰⁰.

El Instructivo señala que “[e]n esta versión de Instructivo no se incluyen las fiscalizaciones relativas a la entrega de información por parte del titular del derecho, las que serán abordadas en una versión posterior, cuando ya se encuentre en uso la plataforma computacional de control de extracciones, la que a esta fecha está en elaboración. Es decir, la fiscalización respecto a las obligaciones futuras del titular respecto a: la carga de información en la plataforma, actualización de certificados de calibración, quedarán normadas en una versión posterior de este Instructivo”¹⁰¹.

De acuerdo con este Instructivo de Control de Extracciones, el fiscalizador deberá acudir al lugar donde se encuentran las instalaciones del punto de control de extracciones, donde se deberá chequear si las instalaciones concuerdan con los estándares técnicos DGA y si las extracciones se encuentran de acuerdo con los derechos del punto de control de extracción. En otras

¹⁰⁰ Ibídem, 5p.

¹⁰¹ Ídem.

palabras, conforme al Instructivo en análisis, el funcionario deberá fiscalizar tanto la instalación del dispositivo, como la eventual extracción ilegal de agua.

El Instructivo de Control de Extracciones señala que, luego de haber realizado la visita a terreno, el Jefe de Fiscalización regional deberá abrir un expediente de Inspección por cada punto de control de extracción¹⁰² fiscalizado y, si constata una infracción, deberá dar curso al procedimiento que antes se ha analizado.

6.2.2.1.3. Resolución Exenta N° 2.129, de 16 de agosto de 2016, que

“Ordena a los Titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que se indica, adecuar sus sistemas de control de extracciones y levantamiento de información periódica”

La Resolución Exenta N° 2.129, publicada el 16 de agosto de 2016, ordena a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas,

¹⁰² El Instructivo de Control de Extracciones define punto de control de extracción como el “punto físico donde se realizará la medición, es decir, donde se encuentra el medidor. Los PDE se identificarán con un número único denominado ID, que serán correlativos por región y que serán asignados por el Jefe de Fiscalización y Medio Ambiente Regional cada vez que se vaya incorporar un nuevo PCE. Este número ID será la forma de identificarlo para todos los fines de control de extracciones. Un punto de captación podría tener varios PCE con sus respectivos ID si existiera más de un derecho con distintos titulares en dicho punto de captación. Por otro lado, si en un mismo punto de captación existieran varios derechos pero del mismo titular se identificarán con un solo ID.”

adecuar sus sistemas de control de extracciones y levantamiento de información periódica.

Esta resolución otorgó un plazo de 120 días corridos para adecuar el sistema de extracción de extracciones a:

- a) los titulares actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas de los listados de una serie de resoluciones que ya había impuesto la obligación¹⁰³;
- b) los titulares actuales y futuros de derechos de aprovechamiento provisionales;
- c) los titulares actuales y futuros de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que tengan u obtengan autorización de puntos de captación alternativos;
- d) los titulares actuales de todos los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a los que en resoluciones ya dictadas, ya sea de constitución del derecho, que autorizan cambios de

¹⁰³ Resolución DGA Región de Atacama y Parinacota N° 572 (Exenta) de 26 de septiembre de 2011; la resolución DGA Región de Tarapacá N° 395 (Exenta) de 26 de septiembre de 2011; la resolución DGA Región de Antofagasta N° 0763 de 10 de diciembre de 2002; la resolución DGA Región de Antofagasta N° 094 (Exenta) de 4 de marzo de 2011; la resolución DGA Región de Atacama N° 831 (Exenta) de 13 de octubre de 2009; la resolución DGA Región de Coquimbo N° 1140 (Exenta) de 26 de septiembre de 2011 y la resolución DGA Región de Valparaíso (Exenta) N° 1618 de 16 de agosto de 2012;

puntos de captación u otras, se les haya ordenado control de extracciones, ya sea ordenando presentar proyecto de control de extracciones, informar sistema de medición, instalar medidor, remitir información periódica y/u ordenanzas similares relacionadas con control de extracciones; y

e) los titulares de derechos de aprovechamiento a los que en el futuro se les ordene control de extracciones.

Asimismo, la Resolución Exenta N° 2.129 ordena que la aprobación del sistema de control de extracciones por parte de este Servicio se otorgará al titular después de cumplir con ingresar por oficina de parte una declaración jurada ante notario, en un plazo de 150 días corridos contados desde la fecha de publicación en el *Diario Oficial* de este acto administrativo, comunicando a la Dirección Regional de Aguas respectiva que el Sistema de Control de extracciones ya está instalado y cumple con todas las especificaciones técnicas requeridas.

La resolución Exenta N° 2.129 deja constancia, que para aquellos derechos de aprovechamiento de aguas que cuenten con resolución que haya aprobado el sistema de medición y aquellos titulares de derecho de aprovechamiento de aguas que tengan en trámite una solicitud de aprobación

de proyecto de control de extracciones, a la fecha de entrada en vigencia de la presente resolución, deberán adecuarlo, si fuera necesario e ingresar por oficina de partes una declaración jurada ante notario, en un plazo de 1 año desde la fecha de publicación en el *Diario Oficial* de este acto administrativo, comunicando a la Dirección Regional de Aguas respectiva que el Sistema de Control de extracciones ya está instalado y cumple con todas las especificaciones técnicas requeridas.

La Resolución hace presente que le corresponde a cada uno de los titulares de derechos a quienes se les ha ordenado control de extracciones el buen uso y vigilancia sobre su medidor y sistemas de almacenamiento y de transmisión de datos. En consecuencia, el mal uso, intervención, destrucción o sustracción de los equipos, que ocasione una interrupción de la información entregada a la DGA, son de responsabilidad del titular del derecho de aprovechamiento de aguas que está siendo controlado, quien deberá subsanar a la brevedad posible esta materia e informar el evento a la Dirección General de Aguas Regional, quedando prohibido, intervenir, modificar, manipular el equipo de control de extracciones, como el sistema de transmisión sin que se cuente con la comunicación y aprobación expresa de la Dirección General de Aguas para realizar tales acciones.

Asimismo, la Resolución deja constancia que en caso que el titular no diere cumplimiento a lo en ella establecido, la Dirección Regional procederá a enviar los antecedentes correspondientes al Juzgado de Letras solicitando la aplicación de la multa establecida en el artículo 173 del Código de Aguas, lo cual se efectuará tantas veces como sea necesario hasta que se cumpla con las presentes disposiciones.

6.2.2.2. Solución a problemas de fiscalización y aumento de su probabilidad.

Las normas actualmente aplicables establecen la obligación de instalar dispositivos de medición y, es más, esos dispositivos de medición proveerán –en el mejor de los casos– en tiempo actual a la DGA de información sobre el cumplimiento de los usuarios de las cuotas de extracción que tienen asignadas.

Estos dispositivos permitirán alcanzar una probabilidad cercana a uno respecto de quienes cuenten con DAA y se encuentren en el “radar” de la DGA.

El problema, sin embargo, persiste con quienes se encuentran en la total clandestinidad.

Ahora bien, para que la disuasión sea efectiva, es preciso que la multa que se establezca para la extracción ilegal de aguas sea equivalente a la que se establezca para quienes no instalan los dispositivos o los alteran. Aquí se construirá una presunción de carácter legal: para quien no instale dispositivos o de medición o los altere, se presumirá que está extrayendo ilegalmente aguas. La cuantía de esta extracción que soluciona con la inferencia probatoria epistemológica que se propone más adelante.

En esos casos, los mecanismos de fiscalización deben ser planes orientados que la sanción sea impuesta tanto a quienes no instalen los dispositivos de medición como a quienes extraigan aguas sin un título que lo legitime.

6.2.3. La DGA podrá construir inferencias probatorias epistemológicas, tanto para dar por cierto la duración de la infracción, como la cantidad de agua extraída.

En el capítulo anterior a este asunto se lo denominó “problemas de prueba”.

Los problemas de la prueba han sido profundamente debatidos por los epistemólogos y procesalistas. Aunque este asunto no constituye el centro de la investigación, resulta necesario detenerse un tanto en él. Más allá de la multa que definitivamente se aplique por la extracción no autorizada de agua, y las probabilidades de pesquisar a los infractores, es necesario analizar cómo este hecho —o enunciado de hecho— deberá tenerse por cierto o verdadero por parte del órgano competente. Si bien la dogmática suele centrarse en la actividad de conocimiento de Juez, en este caso, es relevante la misma actividad, pero realizada por el órgano administrativo, la DGA.

Se propone un ejemplo: en el contexto de un plan permanente de fiscalización, la DGA revisa el punto de captación de aguas subterráneas de una sociedad agrícola, la que tiene derecho a extraer 2 l/s de agua (dos litros por segundo de agua). Esta sociedad agrícola cuenta con 100 hectáreas plantadas de paltos de una antigüedad aproximada de 6 años. Al momento de efectuar la fiscalización, el sistema de bombeo efectivamente está captando 2 l/s de agua, no obstante, el sistema de captación permite extraer una cantidad mayor. Los fiscalizadores preguntan al representante de la sociedad Agrícola si cuenta con otros derechos de aprovechamiento de aguas, subterráneos o

superficiales, y el representante contesta que no, que la plantación es regada solamente con las aguas extraídas desde el pozo fiscalizado. Revisado el Catastro Público de Aguas, la DGA confirma que efectivamente la sociedad agrícola sólo cuenta con un derecho a utilizar 2 l/s. Aparentemente, la sociedad agrícola no estaba incurriendo en ninguna infracción.

Sin embargo, de acuerdo con las investigaciones científicas con que cuenta la DGA, en climas mediterráneos, el consumo de agua anual de palto adulto regado por microaspersión varía entre las localidades bajas y altas entre 7.000 y 16.000 m³/ha/año. Evidentemente, la cantidad de agua que se tiene derecho a extraer no permite regar la totalidad de la plantación. Lo más razonable de pensar es que la sociedad agrícola esté extrayendo más agua de la que tiene derecho, en el mismo punto de captación fiscalizado, o en otros clandestinos.

Surge entonces la interrogante ¿es necesario encontrar el punto de captación clandestino, o fiscalizar el punto de captación autorizado en el momento exacto en que está incurriéndose en la extracción ilegal, para dar por establecida la comisión de la infracción? Es razonable sostener que no. He

aquí que surge, entonces, como una herramienta para tener por cierto o verdadero un determinado hecho, la presunción.

El procedimiento administrativo chileno admite como medio de prueba a la presunción. Pero ¿qué es una presunción? ¿Cuáles son sus límites? Los autores han sostenido que las presunciones son especies de inferencias probatorias.

En la inferencia probatoria podemos distinguir varios elementos: el hecho que queremos probar (al que se le llamará “hipótesis” o “hecho a probar”, y al que se denominará “enunciado sobre hecho”), los elementos de juicio o información (acerca de otros hechos más o menos vinculados con el primero) y una relación entre el hecho que queremos probar y los elementos de juicio¹⁰⁴.

La relación, conexiones o enlaces entre el hecho que queremos probar y los elementos de juicio, pueden ser de diversos tipos; y en cada uno de estas conexiones o enlaces se puede distinguir entre a) su fundamento, b) su finalidad y c) su fuerza¹⁰⁵. En este punto González Lagier agrega que “(p)or

¹⁰⁴ GONZALEZ LAGIER, Daniel. 2014. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. Cuestiones primeras sobre prueba, verdad y razonamiento probatorio, 86p.

¹⁰⁵ Ibídem, 87p.

fundamento me refiero a los requisitos para la corrección del enlace; por su finalidad al objetivo (que puede ser epistémico o práctico) que ese enlace trata de satisfacer; y por su fuerza al grado de solidez que ese enlace aporta a la inferencia probatoria (lo que se traduce en una mayor o menos resistencia a ser desplazado por inferencias con un enlace distinto).”¹⁰⁶

El enlace o conexión puede consistir en un enunciado que describe una regularidad entre dos tipos de acontecimientos (al enunciado se lo ha llamado máximas de la experiencia), y en otras ocasiones el enlace consiste de “reglas dirigidas al juez que le obliga a aceptar como probado ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos (es el caso de las presunciones y de las pruebas legal o jurisprudencialmente tasadas, esto es, reglas que predeterminan la valoración que el juez debe hacer de los hechos probatorios).”¹⁰⁷

González distingue entre inferencias probatorias epistemológicas e inferencias probatorias normativas, siendo en las primeras el enlace una máxima de experiencia, y en las segundas, una norma o regla¹⁰⁸. Hasta hoy, para dar por establecido un hecho la DGA ha utilizado —en determinados casos— inferencias probatorias epistemológicas, lo que esta investigación

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Ibídem, 88p.

¹⁰⁸ Ídem.

considera correcto. A juicio de la investigación, la legislación actual permite este tipo de construcciones, e incluso han sido validadas por la jurisprudencia.

A diferencia de las inferencias probatorias epistemológicas, explica González, las inferencias probatorias normativas pueden tener como fundamento la observación de una asociación regular entre hechos —caso en que serían similares a las máximas de experiencia, pero con autoridad normativa— o algún otro valor o principio que se considere relevante — como, por ejemplo, la seguridad, la protección de la parte más débil, etc. —¹⁰⁹. En el primer caso (inferencias probatorias epistemológicas), señala González, la finalidad sería la averiguación de la verdad, mientras que en el segundo, la protección del valor o principio. Respecto a la fuerza, continúa el autor, dado que en ambos casos estamos en presencia de reglas o normas, ella viene determinada por el carácter normativo del Derecho¹¹⁰. Una inferencia probatoria normativa en el caso analizado, no es conveniente, pues la extracción no autorizada de aguas se puede dar en diversa gravedad, cuestión respecto de la cual el órgano decisor debe contar con libertad para

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ Ídem.

establecerlo. Por ejemplo, no basta con tenerse por cierto que se incurrió en una extracción ilegal de aguas (hipótesis o enunciado de hecho que podría darse por establecido mediante una inferencia probatoria normativa), sino que es preciso tener por cierto la cantidad de agua extraída ilegalmente, enunciado para el cual sirve una inferencia probatoria epistemológica, esto es, una presunción.

Si bien las presunciones “pueden tener un fundamento cognoscitivo o epistémico o un fundamento basado en la protección de un valor o interés público”, la inferencia probatorias normativa “no está orientada a la verdad empírica, sino exclusivamente a una fijación de los hechos por razones distintas a su probable conexión con lo que ocurrió en la realidad.”¹¹¹

Pues bien, de acuerdo el procedimiento administrativo chileno son válidas las presunciones para tener a un determinado enunciado normativo como verdadero.

En efecto, la Ley 19.880 en su artículo 35 dispone que “[l]os hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en

¹¹¹ Ibídem., 97p.

conciencia.” Y, el inciso 2º del artículo 1698 del Código Civil que “las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de partes, juramento deferido, e inspección personal del Juez.”

En el capítulo cinco de esta investigación se constató que la Corte Suprema ha validado que la DGA construya presunciones sobre el tiempo en que se ha extendido la extracción no autorizada de aguas (t) y el caudal extraído. La propuesta es que este tipo de presunciones sean categóricamente afirmadas en la legislación para que, de ese modo, las agravantes y atenuantes de la multa que se analizan en el punto 6.2.5., sean establecidas sobre datos ciertos.

A través de este mecanismo, en definitiva, aumentan las probabilidades de condena.

6.2.4. Dotar a la DGA de potestades para sancionar la extracción no autorizada de aguas, previa tramitación de un procedimiento administrativo sancionatorio.

En los capítulos precedentes se demostró que la legislación de aguas en Chile no estaba preparada para hacerse cargo de un aumento tan radical de las extracciones no autorizadas de aguas. Es más, las estadísticas que se han analizado solo están disponibles solo para los años 2014 en adelante. Temas de relevancia para el legislador del CA, tales como la intervención sin cauces naturales o artificiales sin previa autorización de la DGA, serán sancionadas por una multa de 100 a 1000 unidades tributarias anuales, según fuera la magnitud del entorpecimiento ocasionado, por parte de la misma DGA. La DGA, entonces, tiene potestades sancionatorias en determinados casos, y a juicio de esta investigación, estas mismas potestades deben ser ampliadas. Esta ampliación está orientada a dotarla de potestades sancionatorias, a objeto de que previa fiscalización (por denuncia u oficio), lleve a cabo un procedimiento administrativo destinado a determinar la concurrencia o no de la infracción (extracción no autorizada o no instalación de medidores), e imponga finalmente la multa pecuniaria.

La situación actual es altamente ineficiente: obliga a la DGA a tramitar un procedimiento destinado a determinar la ocurrencia o no de la infracción, y luego entrega la competencia de aplicar la multa a los tribunales civiles.

Los tribunales civiles, como hemos revisado, instruyen un nuevo proceso – esta vez de carácter sumario– donde los supuestos infractores actúan sin contraparte.

La dotación de potestades sancionatorias a la DGA, aumenta las probabilidades de condena. Y esto, por cuanto, cuando se tiene que desarrollar prueba en dos procedimientos distintos, y satisfacer los estándares de pruebas en dos oportunidades diferentes, las probabilidades de condena, evidentemente, disminuirán.

6.2.5. En quinto lugar, se establecerán agravantes y atenuantes, que tendrán por efecto aumentar o disminuir el monto base de la multa.

Una forma de ponderar la gravedad o ligereza de la infracción, es a través de la identificación de las consecuencias más o menos gravosa de ella.

Considerando la naturaleza propia de los DAA, los objetivos de su regulación (gestión de las aguas, seguridad jurídica y protección del caudal ecológico mínimo), las consecuencias de la extracción ilegal deben

ponderarse en relación a: impacto en el caudal ecológico mínimo o en derechos de terceros (daño causado); indicios de intencionalidad de la extracción ilegal (clandestinidad, ocultación, etc.); participación del infractor en el mercado de los DAA; duración de la práctica; reincidencia o antecedentes del infractor; y capacidad económica del infractor.

Cada uno de estas circunstancias deberá aumentar o disminuir a multa base aplicada. La forma de cómo ellas deben impactar en la multa final, se puede plantear como un tema de interés a ser desarrollado en futuras investigaciones.

7. CONCLUSIÓN.

La investigación realizada ha revelado cuán importante es introducir elementos de análisis económico en las sanciones administrativas. Al analizarse en detalle las sanciones actualmente aplicadas a la extracción no autorizada de aguas, se pudo comprobar –tanto mediante el análisis de las sentencias, la evidencia de los procesos judiciales y los datos estadísticos disponibles en la página web de la DGA– que las extracciones no autorizadas de agua aumentan, en tanto aumenta la escasez y el desarrollo de las actividades productivas, y que la multa vigente está lejos de disuadir la conducta. Multas máximas ascendentes a cuatrocientos mil pesos como sanción por haber extraído aguas sin contar con autorización, para regar plantaciones de cien hectáreas de árboles frutales, por más de siete años, son irrisorias. Sin embargo, no basta esa constatación. Era necesario determinar cuál multa, esto es, qué monto es aquel que motivará al eventual infractor a atenerse a la legislación.

Para conocer cuál es el raciocinio económico de un eventual infractor y diseñar una multa que lo disuada se hizo uso de una representación matemática, a través de una inequación, de las alternativas de cumplir o no la

legislación vigente. Para esto fue necesario precisar, en primer lugar, cual es el costo que tiene por atenerse a la legislación. Esta investigación nos demostró que, dada la necesidad imperiosa y prioritaria del recurso, así como sus características propias del mercado de los DAA, el costo de atenerse a la legislación equivale a no llevar a cabo, en la mayoría de los casos, la actividad productiva, de modo tal que la multa base debe estar condicionada a los beneficios que otorgó la actividad.

Se concluye que, sólo de ese modo, la multa cumplirá con el rol disuasivo o preventiva que justifica su existencia.

8. BIBLIOGRAFÍA

1. ADASME SANDOVAL, ALEJANDRO. 2007. El sistema de adquisición y extinción o pérdida del derecho real de aprovechamiento de aguas, tras las modificaciones introducidas por las leyes 20.017 y 20.099. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
2. ARANDA VALENZUELA, PABLO. 2013. Los Derechos de Agua en Chile y su Marco Regulatorio. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado (4): 105p-122p.
3. BANCO MUNDIAL. 2011. Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos.
4. CAMARA DE DIPUTADOS. 2012. Informe de la Comisión Investigadora de Analizar las Extracciones Ilegales de Aguas y Áridos en los Ríos del País.
5. Código de Aguas.
6. Código Penal.

7. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA MÉXICO. Proyecto de Criterios Técnicos para la imposición de multas en materia de competencia económica.
8. CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. 2012. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. Revista de Derecho 25 (2): 131p-157p.
9. CHARLES M. BURT, P.E. 2008. Recursos hídricos Cuenca del Río Copiapó. Observaciones y conclusiones. Informe preparado y financiado por el Gobierno Regional de Atacama.
10. Decreto Ley N° 2.603, de 1979
11. Decreto Supremo M.O.P N° 203 del año 2013.
12. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta N° 207 de 1983.
13. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta N° 186 de 1996.
14. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta Región de Antofagasta N° 0763 de 10 de diciembre de 2002.
15. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Informe Técnico N° 5 del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, de marzo de 2004.

16. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Informe Técnico N° 84, de 8 de abril de 2004.
17. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta N° 401, de 8 de abril de 2004.
18. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta N° 204 de 14 de mayo de 2004.
19. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta N° 341 de 2005.
20. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta Región de Atacama N° 831 de 13 de octubre de 2009.
21. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta Región de Antofagasta N° 94 de 4 de marzo de 2011.
22. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Informe Técnico de Fiscalización Preliminar N° 48/2011. Región de Valparaíso.
23. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Informe Técnico de Fiscalización Preliminar N° 49/2011. Región de Valparaíso.
24. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Informe Final de Identificación de Aguas Subterráneas y estructuras de derivación de aguas en la Zona

La Ligua-Petorca, Mediante Técnicas de Teledetección Aeroespacial, elaborado por Geosensing Ltda., mayo de 2011.

25. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta N° 1529, de 16 de mayo de 2011.

26. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta Región de Atacama y Parinacota N° 572, de 26 de septiembre de 2011.

27. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta Región de Coquimbo N° 1140, de 26 de septiembre de 2011.

28. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta Región de Tarapacá N° 395, de 26 de septiembre de 2011.

29. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta Región de Valparaíso N° 1618, de 16 de agosto de 2012.

30. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Informe Técnico de Actualización Informe de Evaluación de los Recursos Hídricos Superficiales de las Cuencas del Río Petorca y Río la Ligua, Región de Valparaíso, elaborado por el Departamento de Administración de Recursos Hídricos. Junio de 2013.

31. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas. (artículos 31, 40 y 46 del

Decreto 203 de 20 de mayo de 2013, que aprueba el Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas (NEE))

32. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución exenta N°1703, de fecha 13 de junio de 2014.

33. DIRECCION GENERAL DE AGUAS. Instructivo de normas y procedimientos de control de extracciones de aguas subterráneas, aprobado por resolución N° 3417 de 26 de octubre de 2015.

34. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Instructivo 1/2008 (Versión 2) del Ministerio de Obras Públicas, Unidad de Fiscalización de la DGA.

35. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Resolución Exenta N° 3417, de 26 de octubre de 2015, que aprobó el “Instructivo de Normas y Procedimiento de Control de Extracciones de Aguas Subterráneas”

36. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Manual de Procedimiento General de Tramitación de Denuncias y Fiscalizaciones de Oficio. Unidad de Fiscalización de la DGA. Aprobado mediante la Resolución Exenta N° 4896 de 24 de diciembre de 2015.

37. EMBID IRUJO, A. 2013. Las características del mercado de derechos de agua en España. Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. 9: Pg. 90-110.

38. GONZÁLEZ DEL SOLAR, N. Las aguas subterráneas en la dimensión internacional. Notas jurídicas sobre el Acuífero Guaraní. Derecho y Ciencias Sociales. Octubre 2013. N°9 (La problemática del agua en el mundo actual): Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP: 42-52.
39. GONZALEZ LAGIER, DANIEL. 2014. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. Cuestiones primeras sobre prueba, verdad y razonamiento probatorio.
40. GRUNBERG PILOWSKY, JORGE Y MONTT OYARZÚN, SANTIAGO. 2010. Informe en Derecho. Prueba de la Colusión. Centro de Regulación y Competencia. Santiago. Chile.
41. INNES, ROBERT. 2004. Enforcement cost, optimal sanctions, and the choice between ex – post liability and ex – ante regulation. International Review of Law and Economics 24 (1): 29p-48p
42. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Informe Misión de Observación a Provincia de Petorca.
43. J. STIGLER, GEORGE. 1974. The Optimum Enforcement of Laws. Essays in the Economics of Crime and Punishment. 55p-67p

44. LETELIER W., RAÚL. 2015. La Ejecutoriedad De Las Sanciones Administrativas, A Propósito De La Sentencia De La Corte Suprema En El Caso Mackenna. Anuario de Derecho Público. 316p – 332p
45. LETELIER W., RAÚL. 2017. Garantías penales y sanciones administrativas. Polít. Crim. 12 (24): 622p – 689p.
46. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2013. Comentario Proyecto de Ley Usurpación de Aguas. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado. (3): 244p.
47. MONROY CELY, DANIEL. 2003. El Mercado de las aguas: la libre transmisibilidad de los derechos de aguas en Chile y su propuesta regulatoria a las demás legislaciones. Memoria (Magíster en Derecho). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
48. POLINSKY, MITCHELL Y STEVEN SHAVELL. The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines.
49. PRIETO ANDUEZA, MARÍA TRINIDAD. 2011. Las áreas de restricción como mecanismo de protección de los acuíferos subterráneos. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
50. RIVERA BRAVO, DANIELA. 2015. Diagnóstico jurídico de las aguas subterráneas. Ius et Praxis. 21 (2): 225p - 266p

51. RIERA, P., GARCÍA, D., KRISTRÖM, B., Y BRÄNNLUND, R. 2005. Manual de Economía Ambiental y de los recursos naturales. Editorial Paraninfo. Madrid, España.
52. TAPIA, JAVIER. 2014. La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho de la libre competencia. Una propuesta metodológica. Revista Estudios Públicos (132): 71p - 105p.
53. MUÑOZ RODRÍGUEZ, JAIME. 2000. Gestión de aguas subterráneas, derechos provisionales y recarga artificial de acuíferos, Actas III Jornadas de Derecho de Aguas. 519p.
54. MONROY CELY, DANIEL. 2003. El Mercado de las aguas: la libre transmisibilidad de los derechos de aguas en Chile y su propuesta regulatoria a las demás legislaciones. Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.