

An aerial photograph of a river valley. A large dam is visible in the upper center, with a reservoir behind it. The river flows through a valley with green hillsides. The text is overlaid on the image.

ANÁLISIS CRÍTICO DEL TIPO PENAL DE LA USURPACIÓN DE AGUAS

Juan Pablo Leppe Guzmán

XXas Jornadas Derecho y Gestión de Aguas_UC

5 - 09 - 2018

Contenidos:

- Figura básica. Art. 459 del Código Penal;
- Breve análisis;
- Aplicación práctica del tipo penal (hasta 2017 incluido);
- Extracción ilegal de aguas. Infracción administrativa genérica;
- Paralelo tipo penal/ infracción por extracción ilegal;
- Conclusiones y recomendaciones de *lege ferenda*

Artículo 459 del Código Penal

Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de veinte a cinco mil unidades tributarias mensuales, **los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:**

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

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

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

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

Breve análisis del tipo penal

- Ubicación en el Código;
- Redacción actual y redacción del Cd. Penal 1874;
- Bien jurídico protegido;
- Verbos rectores, y
- Objeto material.

Aplicación práctica del tipo penal 2007-2017

Tipos	Términos	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total general
Sentencias	Sentencia absolutoria	2	3			2	3		2	1	2	1	16
	Sentencia condenatoria	1	2		1	1	2	8	8	3	3		29
Total sentencias		3	5	0	1	3	5	8	10	4	5	1	45
Salidas alternativas	Acuerdo reparatorio	15	78	18	25	26	24	13	28	16	15	14	272
	Sobreseimiento definitivo 240	9	42	41	34	59	41	22	46	72	36		402
	Suspensión Condicional del Proc.										5		5
Total salidas alternativas		24	120	59	59	85	65	35	74	88	56	14	679
Total general		27	125	59	60	88	70	43	84	92	61	15	724

Extracción ilegal de aguas

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.

Extracción ilegal de aguas

Artículo 173 ter.- Sin perjuicio de las sanciones específicas contempladas en los artículos 172 y 307, las infracciones que se establecen en este Código serán sancionadas con multas a beneficio fiscal, determinadas según los siguientes grados:

d) Cuarto grado: 501 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

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

Paralelo

USURPACIÓN DE AGUAS	EXTRACCIÓN ILEGAL DE AGUAS
<ul style="list-style-type: none">- Pena corporal de presidio menor en su grado mínimo a medio (61 días a 3 años 1 día) y multa de 20 a 5000 UTM; Sanción única, sin consideración de características del lugar en que se ubique la fuente o el caudal;- Delito (penal) de acción penal pública;- Acción penal pública que prescribe en un plazo de 5 años;- Proceso penal;- Investigación penal a cargo del Ministerio Público (Derivación previa de la DGA u Orden de Investigar);- Estándar de convicción para el órgano jurisdiccional “más allá de toda duda razonable”;- Requiere la afectación de los derechos de aprovechamiento de aguas de terceros;- *Daño ambiental significativo. Caso COSAYACH.- Término probable: acuerdo reparatorio entregado a la liberalidad de víctima e imputado (sin mínimo legal).	<ul style="list-style-type: none">- Multa, en principio, de entre 501 y 1000 UTM;- Sanción aumentable si la extracción se verifica en zonas vulnerables;- Naturaleza jurídica de infracción (administrativa);- Plazo de prescripción de 3 años;- Proceso administrativo sancionatorio;- Investigación administrativa a cargo de la DGA (que requeriría en principio, de fiscalización en terreno);- Estándar de convicción del Derecho administrativo sancionador;- No requiere de la concurrencia de terceros específicos afectados;- Término probable: imposición de multa.

Conclusiones y recomendaciones de *lege ferenda*

Conclusiones:

- Dificultad para visualizar una política pública (definición BID) con mirada de conjunto tras modificaciones Ley N° 21.064, y
- Dificultad igualmente para visualizar una verdadera política criminal (definición Von Liszt) en la materia.

Conclusiones y recomendaciones de *lege ferenda*

Recomendaciones de *lege ferenda*

Plano legislativo:

- Convertir el delito de usurpación de aguas en uno de acción pública previa instancia particular;
- Incorporar como circunstancia modificatoria agravante de la responsabilidad penal el lugar de comisión del delito (agravando la figura cuando se cometa en las mismas áreas y zonas en que la ley castiga con mayor rigor la extracción ilegal) e incorporar como criterios complementarios del art. 69 del Código Penal las circunstancias del art. 173 ter inciso segundo, y
- Acercar la cuantía de la multa asociada a la infracción administrativa aplicable a la extracción ilegal de agua a la de la multa aparejada al delito.

Conclusiones y recomendaciones de *lege ferenda*

Recomendaciones de *lege ferenda*

Plano operativo/administrativo:

- El Ministerio Público debiera evaluar la conveniencia de dictar Instrucciones Generales en relación al delito de usurpación de aguas, de conformidad con las cuales los fiscales se deban oponer a los acuerdos reparatorios cuando a la luz de las circunstancias concretas aparezca efectivamente involucrado un interés público prevalente (hipótesis de privación de agua necesaria para el consumo humano, por ejemplo); y con arreglo a las cuales los fiscales deban oponerse igualmente a acuerdos reparatorios cuando el monto a pagar por el imputado sea inferior al que tendría que pagar a la autoridad administrativa en caso de ser infraccionado por extraer aguas en forma ilegal.

An aerial photograph of a river system. The river flows from the top of the frame towards the bottom. In the upper half, the river is braided, with multiple channels and sandbars. In the lower half, the river flows through a narrow, rocky gorge, creating a white-water rapids section. To the right of the rapids, there is a large, irregularly shaped reservoir with a striking turquoise color. The surrounding landscape is a mix of green forested hills and brownish, rocky terrain. The text 'jpleppe@yahoo.com' is overlaid in the center of the image.

jpleppe@yahoo.com