

MINUTA LEGAL

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODIFICACIONES AL MARCO NORMATIVO QUE RIGE LAS AGUAS EN MATERIA DE FISCALIZACIÓN Y SANCIONES. (BOLETÍN N° 8149-09)

El 18 de enero de 2012, mediante el Mensaje N° 029-359 fue ingresado al Congreso un proyecto de ley que introduce modificaciones al Código de Aguas y al Código Penal con la finalidad de aumentar las sanciones por extracciones no autorizadas de aguas y, en general, por infracciones a la normativa vigente en esta materia; fortalecer las potestades fiscalizadoras y sancionatorias, y mejorar la cantidad y calidad de la información sobre recursos hídricos y derechos de aprovechamiento de aguas. Actualmente dicho proyecto superó el primer trámite constitucional y se encuentra en discusión en el Senado, con suma urgencia.

A continuación se exponen nuestras observaciones y comentarios respecto de las principales modificaciones legales que introduce el proyecto y se analizan sus posibles efectos.

§1. CONSIDERACIONES GENERALES E IMPACTO ECONÓMICO DEL PROYECTO

1. Consideraciones generales

La potestad sancionatoria respecto del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de agua en Chile, se encuentra dividida en dos instituciones, la primera de ellas pública “Dirección General de Aguas” (DGA) y la segunda -y por ello no menos importante- las “Organizaciones de Usuarios de Aguas” (OUAs), instituciones que, si bien están conformadas por particulares, ejerce funciones públicas establecidas por ley.

Lamentablemente el proyecto de ley en comento, sólo se limita a aumentar la cantidad de facultades y monto de las sanciones que puede imponer la DGA, sin analizar el necesario aumento presupuestario que dicha institución pública necesitaría para ejercer estas nuevas funciones y sin fortalecer las funciones y sanciones que, gratuitamente para el erario nacional, ejercen las OUAs.

2. Impacto económico fiscal del proyecto de ley en comento

Previo al ingreso del proyecto de ley al congreso en 2012, se emitieron dos informes financieros por parte del Ministerio de

Hacienda, Dirección de Presupuestos (IF N° 103, del 2 de septiembre de 2011 e IF N° 133, del 11 de noviembre de 2011).

En ambos informes se llega a la misma conclusión: *“el mencionado Proyecto de Ley no implicará mayores costos fiscales a la institucionalidad existente en la Dirección General de Aguas, toda vez que se orienta a perfeccionar el marco legal existente, para permitir una mayor eficiencia y eficacia en la labor de la administración y fiscalización del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas.”*

Si bien puede ser cuestionable haber afirmado que el Proyecto de Ley no tendría mayor gasto fiscal al momento de presentarlo a tramitación, actualmente dicho proyecto difiere sustancialmente respecto de lo originalmente ingresado. Por lo tanto, se hace imperativo realizar un nuevo análisis financiero, teniendo en consideración la gran cantidad de nuevas atribuciones y requisitos que se incorporan.

3. Ejemplos de artículos que merecen revisión de impacto financiero

a. Nueva obligación para las organizaciones de usuarios de aguas

El artículo 38 propuesto, incorpora la siguiente obligación para las organizaciones de usuarios de agua, las que además de construir las obras necesarias para captar y restituir las aguas, tendrán la obligación de contar con:

“un sistema de transmisión instantánea de la información que se obtenga al respecto. Dicha información deberá ser siempre entregada a la Dirección General de Aguas cuando ésta lo requiera. El Servicio, por resolución fundada, determinará los plazos y las condiciones técnicas para cumplir dicha obligación.”

Al respecto cabe destacar que no se contempla en el diagnóstico financiero, si se van a entregar aportes estatales para que las organizaciones que no tengan presupuesto para cumplir con lo señalado, puedan contar con subsidio.

Asimismo, no se contempla un análisis del costo que tendrá para el Estado, determinar los plazos y condiciones técnicas (si esto se hará caso a caso, o bien en general) y finalmente, no se contempla la forma en que la DGA velará por el cumplimiento de esta nueva obligación, sin perjuicio de establecer serias multas para el evento de un incumplimiento (art. 173 y ss.).

Por otro lado, la recepción y análisis de la información entregada por los particulares a la DGA implicará el desarrollo de una herramienta

tecnológica que permita la recepción y análisis de la referida información. Asimismo, se requerirá de personal para la mantención y uso de dicha herramienta tecnológica.

b. No se contempla financiamiento para las Municipalidades o Conservadores de Bienes Raíces

Cabe destacar que la legislación actual contempla que sean las Municipalidades las encargadas de sancionar el depósito de desperdicios, substancias y basura en los canales. Sin embargo, esta disposición ha tenido poca aplicación en la práctica.

El Proyecto de Ley, contempla precisar dicha facultad de las municipalidades (art 92 CA), obligándolas a tramitar las eventuales denuncias en función del art. 98 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, sin analizar si dicho trámite implicará o no, mayor gasto fiscal.

En el mismo sentido, la legislación actual contempla que es obligación de los Conservadores de Bienes Raíces el remitir la información de las transferencias de derechos de aprovechamiento de aguas de la que tengan noticia (art 122 CA).

Esta disposición ha tenido poca aplicación práctica, no por el hecho de no existir una sanción expresa en el Código de Aguas, sino porque la DGA no ha tenido la capacidad de perseguir e insistir a los Conservadores infractores.

Por lo tanto, más que explicitar una sanción que ya existe en la legislación, se hace necesario analizar, de qué manera la DGA va a contar con el personal capacitado y suficiente para hacer efectivas las nuevas multas y sanciones.

c. Facultad de solicitar la inscripción de un derecho a nombre del dueño

En lo referente al procedimiento de cobranza judicial de la patente por no uso mediante el remate de los derechos, se incorpora una nueva facultad para la DGA, esta es la inscripción de un derecho no inscrito a nombre de su titular, a costa de este último. (art. 129 bis 12)

Cabe señalar que uno de los principales problemas que existen para el remate de los derechos afectos al no pago de la patente, es que la DGA no cuenta con información adecuada respecto de su inscripción, muchas veces se ignora esta pues la DGA no tiene la capacidad para

revisar los CBR respectivos y determinar fehacientemente si el derecho se encuentra inscrito o no.

Por lo tanto, la disposición propuesta tiene dos principales problemas, el costo de la inscripción a causa de la subrogación, lo deberá soportar la DGA quien podría eventualmente cobrarle al titular. Sin embargo, no se contempla un mecanismo para que la DGA pueda recuperar dicho gasto, ni sanción alguna para el caso de no pago del mismo. Será necesario analizar el gasto financiero que implicaría que la DGA subrogue a todos los titulares cuyos derechos no estén inscritos, para realizar dicho trámite.

Por otra parte, para evitar el riesgo de realizar doble inscripción, la DGA tendrá que contar con información actualizada que le permita afirmar fehacientemente que el derecho no se encuentra inscrito, por lo que será necesario analizar el costo financiero que tendrá para el Estado, contar con el personal para realizar dicho análisis.

d. Procedimiento de fiscalización previamente inexistente

Este es uno de los muchos aspectos que el proyecto de ley original no contemplaba en su redacción. En el proyecto de ley se desarrolla en los arts. 172 bis al 172 sexies, un procedimiento de fiscalización actualmente inexistente en el marco normativo, por lo que se hace imperativo analizar si con el actual personal de la DGA dedicado a fiscalización, será posible cumplir con estos nuevos estándares y procedimientos, dentro de los plazos que ahí se señalan.

e. Aprobación de obras en cauces naturales y artificiales

El proyecto de ley en análisis modifica el actual artículo 41 del CA por el siguiente:

Artículo 41.- El proyecto y construcción de las modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales, que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas, serán de responsabilidad del interesado y deberán ser aprobadas previamente por la Dirección General de Aguas de conformidad con el procedimiento establecido en el párrafo 1 del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas. La Dirección General de Aguas determinará mediante resolución fundada cuáles son las obras y características que se encuentran o no en la situación anterior.

Se entenderá por modificaciones no sólo el cambio de trazado de los cauces, su forma o dimensiones, sino también la alteración o sustitución de cualquiera de sus obras de arte y la construcción de nuevas obras, como abovedamientos, pasos sobre o bajo nivel o cualesquiera otras de sustitución o complemento.

La contravención a lo dispuesto en los incisos anteriores será sancionada de conformidad a lo establecido en el artículo 173 ter y siguientes de este Código.

La operación y la mantención de las nuevas obras seguirán siendo de cargo de las personas o entidades que operaban y mantenían el sistema primitivo. Si la modificación introducida al proyecto original implica un aumento de los gastos de operación y mantención, quien la encomendó deberá pagar el mayor costo.

El artículo citado sufre una importantísima modificación, esta es la eliminación de un un requisito para que las obras se consideren dentro de este artículo, este es, que las referidas obras sean “*con motivo de la construcción de obras, urbanizaciones y edificaciones*”.

Lo expuesto es de gran importancia, toda vez que la reparación y modificación de obras existentes no se consideraba dentro de este artículo y, por tanto, no requieren actualmente de aprobación de la DGA.

Por otro lado, las limpiezas de canales con maquinaria, que puede producir en algunos casos modificaciones menores de los mismos se podrían entender incorporadas dentro de este artículo.

La modificación referida a esta disposición traerá como consecuencia que cada vez que los privados quieran modificar obras de los canales como compuertas, marcos partidores e incluso una limpieza del mismo, deban ser aprobadas previamente por la DGA. Esta situación entorpecerá la labor de las OUAs e implicará una importante carga de trabajo para la entidad gubernamental producto de los múltiples expedientes administrativos que deberá llevar y resolver la referida repartición fiscal, con el consecuente aumento en el gasto fiscal para estos fines.

f. Judicialización de procedimientos administrativos sancionatorios

Las nuevas facultades sancionatorias de la DGA, que se exponen posteriormente, llevarán sin duda a una mayor judicialización de los procedimientos contencioso administrativos, lo que podría implicar importantes costos en personal calificado dentro de la referida repartición pública.

Actualmente la DGA solo cuenta con muy pocos abogados litigantes para hacer frente a todos los procedimientos legales en los cuales es parte, lo que ha llevado a que no pueda ejercer un rol activo en la mayoría de los referidos litigios.

Este punto consideramos que es de trascendental relevancia si se busca hacer una reforma que tenga efectos concretos en el tiempo.

§2. MULTAS Y SANCIONES POR MODIFICACIÓN DE CAUCE

1. Disposiciones legales vigentes

El CA en su art. 172 dispone que:

“Si se realizare obras con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección General de Aguas podrá apercibir al infractor, fijándole plazo perentorio para que modifique o destruya las obras que entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas o signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes.

Si el infractor no diere cumplimiento a lo ordenado, la Dirección le impondrá una multa mínima de 100 y máxima de 1.000 unidades tributarias anuales, según fuere la magnitud del entorpecimiento ocasionado al libre escurrimiento de las aguas o el peligro para la vida o salud de los habitantes, y podrá encomendar a terceros la ejecución de las obras necesarias por cuenta de los causantes del entorpecimiento o peligro. Tendrá mérito ejecutivo para su cobro la copia autorizada de la resolución del Director General de Aguas que fije el valor de las obras ejecutadas.

En virtud de lo anterior, si se modifican cauces naturales o artificiales sin la autorización de la DGA, actualmente se contempla la posibilidad de destruir o enmendar las obras luego de ser apercibido por la DGA. Sólo en el evento que no se destruyan las obras dentro de un plazo determinado por la autoridad, esta misma podrá imponer la sanción que ahí se señala.

2. Modificaciones propuestas en el proyecto de ley actualmente en tramitación

El proyecto actualmente en trámite, en su artículo 1º Nº 20, reemplaza el actual 172, por el siguiente:

“Si se realizare obras con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior, que entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas o signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes, la Dirección General de Aguas impondrá una multa del primer al

tercer grado, de conformidad al artículo 173 ter, y apercibirá al infractor, fijándole un plazo perentorio para que modifique o destruya las obras. En el caso que se ordene la modificación de las obras, la Dirección General de Aguas podrá ordenar que se presente el correspondiente proyecto, de acuerdo a las normas del presente Código, que contemple la totalidad de las obras.

Si el infractor no diere cumplimiento a lo ordenado, la Dirección le impondrá una multa mínima de 100 y máxima de 1.000 unidades tributarias anuales, según fuere la magnitud del entorpecimiento ocasionado al libre escurrimiento de las aguas o el peligro para la vida o salud de los habitantes, y podrá adoptar las medidas para su cumplimiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 138.”

Al respecto cabe señalar que al determinarse la existencia de una obra que entorpezca el libre escurrimiento de las aguas o signifique un peligro para la vida o salud de los habitantes, la DGA podrá discrecionalmente imponer una multa que varía entre las 10 y las 500 UTM. (\$467.400 a \$23.370.000).

Esto entra en contradicción con lo señalado en el art. 173 ter, pues los criterios para la determinación de la multa, sólo se establecen al interior de cada grado. Por lo tanto, queda absolutamente a criterio del fiscalizador de turno, en primer lugar, el grado que se aplicará al infractor y luego como se ponderarán los criterios para determinar la multa al interior del grado.

Cabe señalar que al respecto habría que realizar una reserva de constitucionalidad pues toda norma que establezca una facultad punitiva del estado, debe estar establecida expresamente, no pudiendo quedar a criterio del fiscalizador de turno que sanción aplicar. Esto pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso final, *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”*

La misma aprensión se plantea respecto a la segunda sanción que se aplica, lo que infringe el principio *non bis in ídem*, pues en base a los mismos criterios con que se aplicaría la sanción original, la DGA podrá imponer una multa que varía entre las 100 y 1000 UTA (\$56.088.000 - \$560.880.000), por el simple hecho de no destruir o modificar las obras dentro del plazo que discrecionalmente establezca la DGA para estos efectos.

De acuerdo con lo señalado en el nuevo art. 173 bis, estas multas podrían aumentarse incluso en un 100%.

A lo anterior cabe agregar que la resolución que imponga la multa tendrá merito ejecutivo.

Al no establecerse de forma clara y precisa los criterios para aplicar uno de los tres grados de la multa original, y disponer que en base a los mismos criterios discrecionales la DGA podrá imponer una multa, por el solo hecho de incumplir un plazo que ella misma establece, aparece como una sanción arbitraria del todo inconstitucional y contraria al estado de derecho.

§3. MULTAS Y SANCIONES PENALES. MODIFICACIONES A LOS ART. 173 CA Y ARTS. 459 Y 460 CP

1. Disposiciones legales vigentes

a. Multas establecidas en el Código de Aguas

El CA en diversas disposiciones establece sanciones por infracciones a sus normas. Sin perjuicio de esto, tal como señala el art. 173, “*Toda contravención a este Código que no esté especialmente sancionada, será penada con multa que no podrá exceder de veinte unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las otras responsabilidades civiles y penales que procedan.*”

A modo de ejemplo, si actualmente el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas extrae mayor caudal que el que señalan sus títulos o capta en un punto distinto sin contar con la autorización de la DGA, arriesga una sanción de hasta 20 UTM.

b. Penas por delito de usurpación de aguas

Por otra parte, en el caso de que se incurra en el delito de *usurpación de aguas*, además de la multa de 20 UTM, mencionada precedentemente, el infractor enfrenta las penas establecidas en los artículos 459 y 460 del Código Penal.

Estas son presidio menor en su grado mínimo (entre 61 días a 540 días) más multa de 11 a 20 UTM, para los que **sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:**

“1° 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° 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° Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

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

En el evento que los simples delitos anteriormente mencionados, se ejecutaren *con violencia en las personas*, si el culpable no mereciere mayor pena por la violencia que causare, sufrirá la de presidio menor en sus grados mínimo a medio (entre 61 días a 3 años) y multa de 11 a 20 UTM.

2. Modificaciones propuestas en el proyecto de ley actualmente en tramitación

a. Modificaciones al CA

El proyecto actualmente en trámite, en su artículo 1° N° 23, reemplaza el actual 173, por el siguiente:

“Artículo 173.- *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:*

1. Una multa del primer grado cuando se trate de infracciones relativas a la obligación de entregar información en la forma, oportunidad y mecanismos que dispone este Código y las resoluciones de la Dirección General de Aguas.

2. Una multa de segundo grado cuando se trate del incumplimiento de las obligaciones que dispone el presente Código o una resolución de la Dirección referente a la instalación y mantención de sistemas de medición de caudales, de volúmenes extraídos y de niveles freáticos de la obra y de sistemas de transmisión de dicha información.

La resolución que disponga la aplicación de esta multa fijará un plazo prudencial, no prorrogable, que no podrá ser inferior a un mes ni superior a seis meses, para que el infractor instale y opere dichos sistemas. En caso de incumplimiento de esta nueva obligación, la Dirección aplicará una nueva multa del mismo grado, previo procedimiento sancionatorio abreviado consistente

en una visita a terreno, notificación del acta respectiva y recepción de los descargos pertinentes, dentro del plazo de treinta días contado desde la visita a terreno y así, sucesivamente, hasta que se verifique el cumplimiento de la obligación.

3. Una multa de tercer grado al propietario de un predio, sea o no titular de derechos de aprovechamiento, en el que existan o no obras para aprovechar el recurso, que niegue injustificadamente el ingreso de los funcionarios de fiscalización para el cumplimiento de sus labores. Se entenderá que existe negativa del propietario aun cuando la realice una tercera persona responsable del acceso a dicha propiedad, sin perjuicio de las acciones que tenga el dueño para repetir en su contra.

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.

5. Una multa de quinto grado a todo titular que, mediante una doble inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces, duplique sus títulos en los que constan derechos de aprovechamiento de aguas. Se le sancionará, además, con la caducidad del título duplicado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 460 bis del Código Penal.

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 Dirección comunicará la resolución a la Tesorería General de la República para efectos de su cobro, una vez que ésta se encuentre ejecutoriada.”.

Asimismo, se agrega el siguiente art. 173 bis:

“Artículo 173 bis.- *Para las sanciones dispuestas en los artículos 172 y 173, el monto de la multa podrá incrementarse en los siguientes casos:*

1. Hasta un 100%, cuando la infracción afecte la disponibilidad de las aguas utilizadas para satisfacer el consumo humano, uso doméstico de subsistencia o el saneamiento.

2. Hasta un 75%:

a) Si las infracciones se cometen en las zonas establecidas en los artículos 63, 65, 282 y 314 del presente Código.

b) Si la infracción cometida perjudica gravemente el cauce, y siempre que no sea constitutiva de los hechos sancionados en el artículo 172.

c) Cuando, a consecuencia de la contravención, se produzca un descenso sostenido o abrupto de los niveles freáticos del acuífero.

3. Hasta un 50%:

a) Cuando la infracción cometida modifique o destruya obras autorizadas destinadas al ejercicio del derecho de aprovechamiento de terceros.

b) Cuando la captación de agua además afecte el caudal ecológico mínimo impuesto en la resolución constitutiva.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la reiteración de la infracción se sancionará duplicando el monto original.

Las circunstancias agravantes que constituyen por sí mismas una infracción o sean inherentes a ésta, no aumentarán la pena, por tratarse de conductas distintas.

El monto de la multa se rebajará en un 50% para aquellos infractores que se auto denuncien ante la Dirección General de Aguas por cualquier contravención a este Código. La autodenuncia no requerirá de formalidades especiales, y bastará que sólo contenga una enunciación de los hechos, el lugar y la época en la que ocurrieron, y la individualización de su autor o autores. La circunstancia señalada sólo procederá cuando la información proporcionada por el infractor sea precisa, verídica y comprobable respecto de los hechos que constituyen la infracción y ponga fin, de inmediato, a los mismos.”

Se incorpora además, el siguiente art. 173 ter:

“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 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.”

Finalmente se crea el siguiente art. 173 quáter:

“Artículo 173 quáter.- Las infracciones establecidas en el presente Código prescribirán en el plazo de tres años contado desde su comisión.”.

b. Modificaciones al CP

Por último, el proyecto aumenta las penas establecidas en los artículos 459 y 460 del Código Penal, por el delito de usurpación de aguas. Las modificaciones propuestas establecen como pena el presidio menor en su grado mínimo a medio (entre 61 días a 3 años) más multa de 20 a 5.000 UTM, para los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:

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

2° 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° Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

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

En el evento que los simples delitos anteriormente mencionados, se ejecutaren con violencia o **intimidación** en las personas, si el culpable no mereciere mayor pena por la violencia o **intimidación** que causare, sufrirá la de presidio menor en cualquiera de sus grados mínimo a medio (entre 61 días a 5 años) y multa de 50 a 5.000 UTM.

3. Observaciones a las modificaciones propuestas al Código de Aguas

Para el análisis de las modificaciones legales propuestas y sus posibles efectos las agrupamos de la siguiente manera:

a. Respecto de la obligación de instalar sistemas de medición e informar a la DGA

En este punto se encuentran las sanciones de primer y segundo grado establecida por el nuevo art. 173.

El primer comentario que cabe realizar es respecto de la *obligación de instalar sistemas de medición*, a las que se refieren los nuevos arts. 38, 48, 67, 68 y 307 bis., ya que en ninguno de los casos se establece un procedimiento para que la DGA exija la instalación de los sistemas de medición. Y dado que es facultativo para ella exigirlo, deberían indicarse a lo menos, los supuestos en que debe basarse la Administración para imponer esta obligación a determinados titulares de derechos de aguas. Según el actual proyecto quedará a discreción de la autoridad exigir a unos u otros titulares de derechos la instalación de dichos sistemas, con el consecuente riesgo de ser multado en caso de incumplimiento.

En el mismo sentido, cabe preguntarse qué sucede cuando la organización de usuarios de aguas incumple lo dispuesto en el art. 122 bis., en el caso que no tenga los fondos para pagar la multa, como es probable que ocurra con la mayoría de las comunidades de aguas existentes.

Por otra parte, en el caso de la *obligación de entregar información*, nos parece objetable que no se establezca a lo menos las normas básicas del procedimiento a por el cual la DGA exigirá la información a los titulares, o quién ostentará la potestad de calificar de manifiestamente errónea o falsa dicha información.

Lo anterior cobra especial relevancia, dado que quedará a criterio de una simple “resolución fundada”, la determinación de los supuestos de hecho en los que se podrá fundar la potestad punitiva del estado. Lo cual parece del todo inconstitucional. Los plazos y condiciones técnicas en los que se va a basar el cumplimiento de la norma, debiera constar a lo menos en un Decreto Supremo, sujeto al control de legalidad de Contraloría General de la República y no en una mera resolución que podrá modificarse a criterio del Director General de Aguas de turno.

Asimismo, considerando la experiencia de lo ocurrido con el reglamento de obras mayores al que se refiere el art. 295 CA, que demoró alrededor de 30 años en entrar en vigencia, extraña que no exista una norma transitoria que se haga cargo de lo que sucederá en el periodo entre que se inicie la vigencia de la futura ley y se dicte el reglamento respectivo, dado que en él se desarrollarían detalladamente de los plazos, procedimientos y recursos que proceden al respecto.

b. Multa por impedir el acceso a un predio de propiedad privada

En esta categoría se encuentra la multa de tercer grado que varía entre 101 y 500 UTM, que podrá imponerse discrecionalmente a una persona, sea que fuere objeto de una denuncia o fiscalización o no, por el solo hecho de negar “injustificadamente” el acceso a un predio, sea de su propiedad o no.

Cabe destacar que de conformidad con lo señalado en inciso final del art. 135 y la letra h) del nuevo artículo 300, sin mediar autorización judicial se faculta a la DGA para ingresar a predios de propiedad privada, sea objeto de una denuncia o no.

Esta multa es del todo inconstitucional, en primer lugar, pues no contempla la exigencia de notificar previamente al infractor y obtener su autorización formal para ingresar al predio o lugar objeto de la denuncia. Lo cual contraviene las normas de un debido proceso.

Asimismo, es inconstitucional pues permite imponer una sanción a una persona que no es parte del proceso sancionatorio, por el solo hecho de impedir el acceso a su predio, aun cuando nada tenga que ver con lo los hechos denunciados.

Finalmente, es inconstitucional, pues basta que la negativa la de una persona que declare estar a cargo del acceso, para que sea aplicable la multa (sin necesidad que acredite bajo que concepto actúa). En la práctica, si no existe la obligación de tomar contacto con el dueño de un predio, esto será de general ocurrencia y el trabajador o empleado de la empresa o familia, en cumplimiento de sus funciones deberá asumir personalmente una multa que varía entre los 4,5 MM a los 24 MM de pesos. En el mismo sentido, dicha multa también la tendría que soportar incluso un vecino o conserje que niegue el acceso a un condominio.

c. Multa por realizar actos u obras sin permiso de la autoridad competente

Con una multa que va desde los 24 MM aproximadamente hasta los 46 MM de pesos (501 a 1.000 UTM), en el cuarto grado se encuentra una sanción que se aplica cuando sin autorización de la autoridad competente, se realicen hechos, actos u obras que:

i. Afecten la disponibilidad de las aguas en las fuentes naturales o en obras estatales de desarrollo del recurso;

Sobre el particular, quedaría a criterio de la Administración el determinar la magnitud de la afectación y el alcance de la autorización

de la autoridad competente, asimismo dudas merece el término “autoridad competente” ya que en el ejercicio legítimo de alguna otra actividad con las autorizaciones respectivas, se podría llegar a afectar la disponibilidad de las aguas en las fuentes naturales o en obras estatales de desarrollo del recurso.

ii. Afecten la calidad natural de las aguas en las fuentes naturales o en obras estatales de desarrollo del recurso;

Junto con las observaciones realizadas precedentemente, al respecto cabe destacar la amplitud del concepto “calidad natural” de las aguas. Dado que no se contempla un procedimiento para determinar la calidad de las aguas en la legislación, resulta cuestionable que sea la DGA la autoridad competente para determinar la afectación a la calidad natural de las mismas.

iii. Entregue información falsa o que induzca a error;

Finalmente, es cuestionable cómo la DGA determinará la falsedad de la información o determinará que el error que incurrió fue producto de la información entregada. Falta en este punto establecer la responsabilidad del autor por la información entregada, pues en materia de aguas un titular de derechos de aprovechamiento sin mayor conocimiento de la legislación o los requisitos legales, fácilmente podrá entregar información desactualizada o errónea, producto de una ignorancia excusable.

Asimismo, habría que hacer extensible este tipo de sanción para quien haga denuncias maliciosamente falsas o carentes de fundamento, con el objeto de evitar una proliferación innecesaria de procedimientos sancionatorios que sobrecargarán el sistema.

d. Multa por doble inscripción

Una de las multas más altas cuya sanción varía entre los 46 MM a 92 MM (1.001 a 2.000 UTM), se ha establecido para quien simplemente duplique sus títulos o haga uso de un derecho de aguas que se encuentre duplicado, sancionándolo además con la caducidad del título duplicado.

Esto merece serios reparos, pues en primer lugar mucha de la duplicidad de inscripciones actualmente es producto de la campaña que hace años atrás inició la DGA para constituir Organizaciones de Usuarios de Aguas, en las que lamentablemente la práctica ha permitido

la transferencia de acciones de dichas organizaciones que se traducen en los correspondientes derechos de aguas.

Por otra parte, será necesario precisar que el hecho punible, no es sólo la mera existencia de un derecho de aguas duplicado sino que debe existir una actitud activa destinada a defraudar en base a dicha doble inscripción, pues como ya se señaló, muchas de ellas fueron producto de actos de autoridad y actualmente, muchos titulares de derechos actúan bajo la legítima creencia que lo hacen conforme a derecho.

Finalmente, es cuestionable el hecho que quedará a criterio de la DGA determinar cuál de los títulos procederá a caducar, sin que exista un criterio claro de cómo proceder al respecto y sin que exista un procedimiento judicial, justo y transparente que como conclusión permita dejar sin efecto un derecho amparado bajo la garantía constitucional del derecho a la propiedad. Por lo que respecto de este punto habría que hacer una reserva de constitucionalidad.

e. Sanción en blanco

En el punto 6 del art. 173, se establece que toda norma que no tenga sanción expresa estará afectada a una multa que varía a criterio del Director de turno, entre 10 UTM a 500 UTM, sin establecer criterio alguno para determinar uno u otro grado de sanción.

Bajo este supuesto se podrían encontrar, por ejemplo, aquellos titulares de derechos que estén captando sus aguas en un punto distinto al señalado en la Resolución constitutiva del derecho, cuando esto no afecte la disponibilidad o calidad del recurso.

f. Infracciones reiteradas

Sobre este punto, no queda claro si el doble al que se puede aumentar, es el doble de la multa impuesta originalmente, es decir si la multa original es de 20 UTM, en caso de reiteración sólo se podrá aumentar a 40 UTM sin importar la cantidad de veces que se aplica la multa por el mismo caso; o bien, esta podrá ser aumentada al doble progresivamente (de 20 a 40, de 40 a 80 y así).

Asimismo, no queda claro si la DGA está en la obligación de duplicar la multa, o puede imponer una multa inferior a la original, por la misma causa en caso de reiteración.

Por otra parte, de la lectura del art. 173 bis propuesto, se desprende que sólo se podrá aumentar al doble la multa, en caso que se

afecte el caudal ecológico o la capacidad del acuífero. Pero nada se señala respecto de las infracciones reiteradas que no produzcan esos efectos, por ejemplo la extracción de aguas en un punto distinto al señalado por la resolución que constituyó el derecho.

Finalmente, es del caso señalar que falta precisar concepto de infracciones reiteradas, se refiere al mismo hecho, derecho o titular. Queda abierto a la discrecionalidad de la DGA determinar si la infracción es reiterada o no.

§4. CONCLUSIONES PRELIMINARES

En términos generales, cabe destacar que es cuestionable el hecho de estar tramitando un proyecto de ley sustancialmente más extenso y con más facultades que el planteado bajo los informes financieros originales, el cual no ha sido objeto de nuevas evaluaciones, pues ciertamente la DGA no cuenta con el presupuesto suficiente para cumplir a cabalidad sus actuales potestades, por lo que se hace imperativo evaluar el mayor gasto financiero que implicaría poner en práctica todas estas nuevas facultades.

El riesgo de no hacerlo, consiste en que la DGA de forma discrecional y con un presupuesto acotado, sólo podrá perseguir algunas de las infracciones.

Por otra parte, las sanciones que se imponen, no sólo serán de difícil ejecución si no se contempla un aumento del financiamiento para cumplir estas facultades, sino que también merecen una serie de reparos que en algunos casos implican normas abiertamente inconstitucionales.

Juan José Crocco Carrera.

Gonzalo Bulnes Llompart