

EXPEDIENTE : FO-1401-115

FECHA : 19 de agosto de 2021

1. ANTECEDENTES GENERALES

Nombre Presunto Infractor : Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A.
Rut : 96.536.830-2.
Denunciante : Dirección General de Aguas.
Tipo de Requerimiento : Fiscalización de oficio.
Normas Infringidas : Extracción no autorizada de aguas
Cuenca : Río Bueno.
Comuna : Panguipulli.
Provincia : Valdivia.
Fecha de Ingreso : 22 de abril de 2021.

2. ANTECEDENTES GENERALES

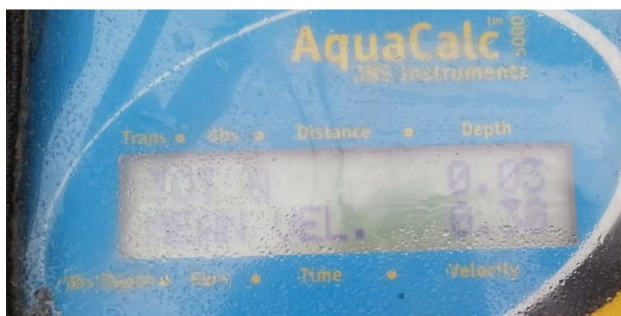
La Dirección General de Aguas realizando inspección en terreno con fecha 20 de abril a requerimiento del sr. Alcalde (s) Panguipulli en proceso FO-1401-114 pudo evidenciar extracción no autorizada de aguas desde un cauce afluente al río Blanco, por lo cual se apertura expediente FO-1401-115

3. DESCRIPCIÓN DE LA INSPECCIÓN

Con fecha 21 de abril de 2021 realizando inspección en terreno en proceso de fiscalización FO-1401-114 se advirtió sobre una eventual infracción por extracción de aguas no autorizadas desde un cauce afluente al río Blanco, situación que estaría en infracción a los artículos 20, 59, y 163 del Código de Aguas, situación que quedó registrada en el Acta de Inspección en Terreno-Unidad de Fiscalización D.G.A. N°1949, donde se registró la coordenada UTM (m) Norte: 5.575.902 y Este: 756.089 asociada al datum WGS84 huso 18

El acta de inspección en terreno N°1949 fue notificada por correo electrónico a don Enrique Cooper Hurtado, representante legal de Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. de conformidad con la Resolución DGA N°1748 del año 2020, el día 22 de abril de 2021.

La información del aforo realizado el día 21 de abril de 2021, donde se cuantificó un caudal de 30 l/s, asociado a la extracción se presenta a continuación:



Fotografía N°1: Imagen del resultado del aforo realizado.

A continuación se ilustra la ubicación del sector donde se realizó la inspección en terreno, en la comuna de Panguipulli, correspondiendo a un sector ubicado dentro de los límites de la Reserva Nacional Mocho Choshuenco; en la siguiente imagen se muestran los límites de la Reserva delimitada por la línea color rojo:

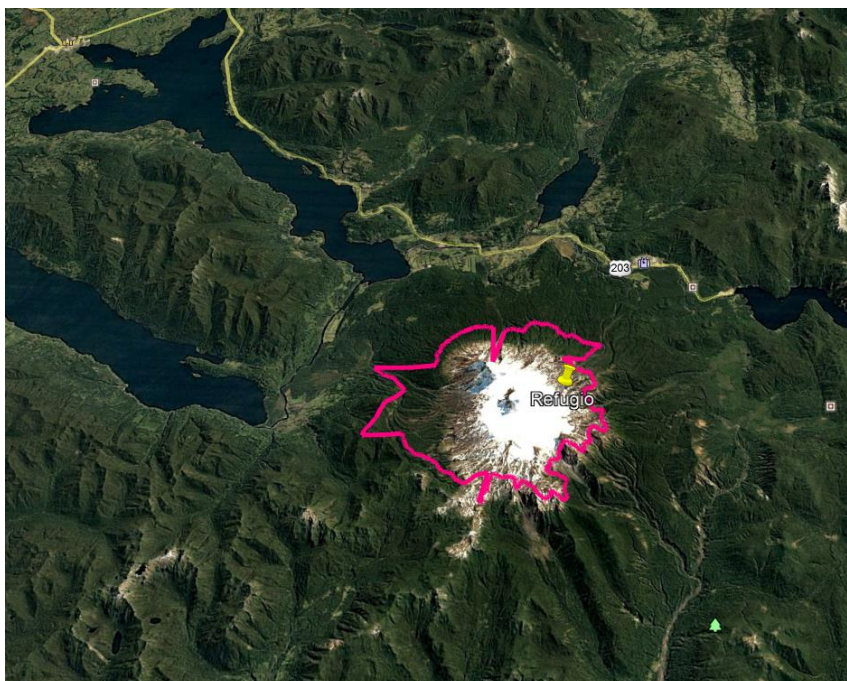


Imagen satelital de Google Earth que ilustra la ubicación del sector del emplazamiento donde se realizó la inspección en terreno.

Las siguientes fotografías dan cuenta del cauce desde el cual se estaba extrayendo el agua que eran originalmente afluentes hacia el río Blanco:



Fotografía N°2: Imagen tomada desde aguas arriba del sector donde se realizó la captación.



Fotografía N°3: Imagen tomada hacia aguas abajo del sector donde se realizó el desvío.

4. DESCARGOS

Con fecha el día 10 de mayo de 2021 don Victor Espinoza Martínez en representación de Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. según según Poder Especial inscrito en Repertorio Notarial N°2.750 del año 2021 de la 26° Notaría de Santiago, solicitó ampliación de plazo para presentar descargos, a lo cual se accedió por oficio ORD DGA Región de Los Ríos N° 566 fechado el día 10 de mayo de 2021, donde se les indica que se accede a la solicitud y que el plazo para presentar descargos expira el día 26 de mayo de 2021, de conformidad a lo señalado en el artículo 26 de la Ley N°19.880.

El día 25 de mayo de 2021 don Victor Espinoza Martínez en representación de Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. presenta descargos, y posteriormente en carta ingresada con fecha 27 de mayo señala que requiere sea rectificado el escrito ingresado, ya que lo señalado originalmente como descargos asociados al expediente FO-1401-114 correspondían al FO-1401-115, donde señala lo siguiente:

En relación con el primer hecho infraccional, cabe precisar que, a juicio nuestro, la intervención fiscalizada no constituye extracción de aguas desde un cauce afluente del Río Blanco, sino que corresponde a la conducción de los escurrimientos de los deshielos de nieve que se producen en la zona. Esto ocurre por las condiciones climáticas del lugar, las que solamente permiten tener escurrimientos superficiales temporales, producto del derretimiento de nieve y de hielo, los que eventualmente, en algún período del año, y de manera difusa podrían escurrir hacia el sur. Sin perjuicio de lo anterior, durante una gran parte del año la zona de escurrimientos del Volcán Mocho Choshuenko se mantiene congelada. De hecho, hoy no existe escurrimiento de agua, situación que se ilustra en una imagen gráfica que acompañaron.

A mayor abundamiento, la supuesta extracción de las aguas no proviene desde un cauce afluente del Río Blanco, tal como se puede ver en la Carta IGM Neltume, escala 1:50.000, donde se evidencia que, en la cota indicada en la fiscalización que corresponde al lugar de intervención, no existe cauce o afluente del Río Blanco.

Respecto a la eventual conducción de las aguas hacia el Río Triful, sostenemos lo informado por esta parte en la autodenuncia presentada ante este servicio, de fecha 20 de abril de 2021, en el sentido de ratificar una conducción de agua en dirección al oriente. En relación a la eventual normativa infringida, podemos señalar que, a nuestro juicio, no se configuran las hipótesis infraccionales imputadas. En primer término, no se configura el supuesto fáctico del art. 59 del Código de Aguas, toda vez que, la supuesta extracción no autorizada en ningún caso recae sobre aguas subterráneas. En efecto, la precitada

disposición legal señala que “La explotación de aguas subterráneas deberá efectuarse en conformidad a normas generales, previamente establecidas por la Dirección General de Aguas.”

En segundo término, en cuanto a la infracción a lo dispuesto en los artículos 20 del Código de Aguas, este establece que “El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción.” Sin embargo, las obras ejecutadas no corresponden ni tienen por objeto apropiarse de aguas sin acto de autoridad.

En tercer lugar, en relación con el art. 163 del Código de Aguas, que establece que “Todo traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento en cauces naturales deberá efectuarse mediante una autorización del Director General de Aguas...”, dado que las obras ejecutadas no tienen por objeto apropiarse de aguas, ellas no tienen por tanto el fin de ser trasladadas.

Las aguas conducidas por las zanjias ejecutadas no son extraídas, sino que se infiltran naturalmente en el suelo de las laderas del Volcán Mocho Choshuenco, aproximadamente entre los 1745 y los 1500 msnm.

Cabe señalar que COFOMAP tiene los siguientes derechos de aprovechamiento de agua en el sector hidrológico donde recayó la fiscalización (litros por segundo)

Código de Expediente	Región	Comuna	Nº Res.	Tipo	Cuenca	Fuente	Ejercicio del Derecho	Caudal Anual Prom
ND-1001-3744	De los Ríos	Futrono	148	No Consuntivo	Rio Bueno	Rio Blanco	Permanente y Continuo	1.073
ND-1001-3744	De los Ríos	Futrono	148	No Consuntivo	Rio Bueno	Rio Blanco	Eventual y Continuo	2.762
ND-1001-3747	De los Ríos	Futrono	153	No Consuntivo	Rio Bueno	Rio Blanco	Permanente y Continuo	9
ND-1001-3747	De los Ríos	Futrono	153	No Consuntivo	Rio Bueno	Rio Blanco	Eventual y Continuo	10
ND-1001-3745	De los Ríos	Panguipulli	109	No Consuntivo	Rio Bueno	Rio Blanco	Permanente y Continuo	1.237
ND-1001-3745	De los Ríos	Panguipulli	109	No Consuntivo	Rio Bueno	Rio Blanco	Eventual y Continuo	1.650
ND-1001-3746	De los Ríos	Futrono	104	No Consuntivo	Rio Bueno	Rio Blanco	Permanente y Continuo	9
ND-1001-3746	De los Ríos	Futrono	104	No Consuntivo	Rio Bueno	Rio Blanco	Eventual y Continuo	11

De manera complementaria se acompañó una vista panorámica que da cuenta del área de intervención y puntos de ubicación de los derechos de agua otorgados a COFOMAP dentro de la cuenca en la que se ubica el Río Blanco y sus afluentes

A juicio nuestro, por tanto, no se configuran los supuestos infraccionales tipificados en las normas precitadas, por extracción ilegal de aguas.

Por tanto se pide en definitiva eximir a mi representada de cualquier sanción por las obras ejecutadas, atendido que los hechos no configuran infracciones legales tipificadas en el Código de Aguas.

Hago además presente que fijó domicilio, para efectos de notificaciones y para todos los efectos legales, en calle O'higgins N°457, Of. N°3, ciudad y comuna de Valdivia, sin perjuicio de que se me comuniquen las resoluciones y actuaciones que se dicten y ordenen en este procedimiento, al correo electrónico: vespinosa@vmsh.cl.

Considerando la presentación de descargos realizada, por Resolución DGA Región de Los Ríos N° 191 de fecha 4 de junio de 2021 se abrió Término Probatorio, donde se establecieron los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos:

- i) Acreditar si Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. dispone de derechos para extraer agua desde el sector indicado en el acta de inspección en terreno N°1949.
- ii) Clarificar la época del año en la cual ocurren los escurrimientos superficiales, producto del derretimiento de nieve, hielo y de ocurrir precipitaciones líquidas.
- iii) Determinar si la extracción de aguas afecta derechos de terceros y hacia que cauce confluyen las aguas desviadas.

Con la finalidad que se rindan todo medio de pruebas dentro del procedimiento sancionatorio, en este caso en la Resolución DGA Región de Los Ríos N° 191, se pide:

- i) Acreditar con antecedentes vigentes que Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. dispone de autorización para efectuar la extracción de aguas desde el sector indicado en el acta de inspección en terreno N°1949.
- ii) Acompañar antecedentes fundados que permitan cuantificar la magnitud de la extracción en la época que existen escurrimientos de aguas.
- iii) Acompañar antecedentes que clarifiquen el recorrido de las aguas producto del desvío.

La referida DGA Región de Los Ríos N° 191 fue debidamente notificada, de lo cual con fecha 24 de junio de 2021 la parte recurrida por correo electrónico solicitó ampliación de plazo de conformidad al artículo 26 de la Ley 19.880, a lo cual se accedió en 8 días hábiles por Resolución DGA Región de Los Ríos N° 215 de fecha 29 de junio de 2021; con

fecha 12 de Julio de 2021 invocando el artículo 32 de la Ley 19.880 Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. solicitó suspensión de procedimiento, a lo que se accedió por Resolución DGA Región de Los Ríos N° 243 de fecha 13 de julio de 2021 señalándose que la suspensión es hasta el día 29 de julio de 2021.

Con fecha 14 de julio de 2021 Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. ofrece prueba de testigos, fijándose por Resolución DGA Región de Los Ríos N° 253 de fecha 15 de julio de 2021 que la prueba testimonial sería vía plataforma zoom sería el 29 de junio a las 11:45, situación que fue rectificada por Resolución DGA Región de Los Ríos N° 265 de fecha 29 de julio de 2021, donde se señala que la prueba testimonial se realizará por la misma plataforma zoom el día 29 de julio a las 11:45 hrs.

El día 29 de julio de 2021 se ingresaron los antecedentes de quienes participarían en la prueba testimonial, en este caso copia de la cédula de identidad y se señalaron los correos electrónicos para establecer contacto.

La prueba testimonial se realizó en la oportunidad que estaba agendada, donde participó don Javier Young Garzón quien señaló lo siguiente:

Primero que todo indicó que no tiene relación laboral con Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A., debido a que le presta servicios a Huilo Huilo Turístico S.A.

Respecto a los hechos objeto de la presente investigación, esto es: establecer los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos:

- i) Acreditar con antecedentes vigentes que Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. dispone de autorización para efectuar la extracción de aguas desde el sector indicado en el acta de inspección en terreno N°1949.
- ii) Acompañar antecedentes fundados que permitan cuantificar la magnitud de la extracción en la época que existen escurrimientos de aguas.
- iii) Acompañar antecedentes que clarifiquen el recorrido de las aguas producto del desvío.

El sr. Young indicó que solamente declarará sobre el punto ii) y iii); y mi declaración es la siguiente:

Para tener un marco conceptual hago presente que existe una marcada estacionalidad para poder responder de la magnitud del desvío de los escurrimientos estacionales, ya que el comportamiento del glaciar tiene un período de acumulación y un período de escurrimientos, así las cosas si nos vamos a un modelo teórico de escurrimiento y de acuerdo a lo observado oscila entre 0 y 30 l/s y va disminuyendo a medida que se avanza ladera abajo debido al factor de infiltración en el suelo, siendo las magnitudes no lineales

en estos meses, iniciando en noviembre, creciendo hasta febrero, donde alcanzaría su punto máximo, para luego ir disminuyendo esos escurrimientos hasta desaparecer en abril generalmente.

En particular sobre el punto iii) el recorrido de las aguas tiene dos vectores que son el superficial y subsuperficial, teniendo la componente superficial una dirección noroeste después escurre libremente por la geografía del lugar, y en la segunda intervención o zanja tiene una dirección marcada hacia el este con pendientes menores que la zanja que está mas arriba. Dejar claro que la infiltración es en vertical, teniendo certeza que a eso de los 1500 metros aproximadamente de la primera intervención ya no hay presencia de agua superficial debido a que esta se infiltró en su totalidad, y aquí el informe que yo realicé denominado "informe técnico" que se acompañó da cuenta en detalle de esto que acabo de señalar.

Reitero que es importante manifestar que las aguas se van infiltrando en la medida que van avanzando por ser un suelo tipo Ralun, suelos con drenaje excesivo de acuerdo a su clasificación.

Por último se le preguntó ¿si tiene algo más que agregar, quitar o enmendar de todo lo expresado?, a lo cual respondió "No tengo más que aportar".

El mismo día que se realizó la prueba testimonial fueron ingresados antecedentes en parte de prueba, los cual correspondió a:

- Informe técnico en relación a los puntos de prueba fijados en la Resolución DGA Región de Los Ríos N° 191, elaborado por don Javier Young Garzón.
- Informe técnico en relación a los puntos de prueba fijados en la Resolución DGA Región de Los Ríos N° 190, expediente FO-1401-114.
- "Recent Glacier Mass Balance Calculations at Volcan Mocho-Choshuenco (40° S), Chilena Lake District." Bow et al., 2007.
- Análisis fluviométrico áreas de intervención Reserva Nacional Mocho Choshuenco, ICASS, año 2021.
- "Glacier sheinkage and negative mass balance in the Chilena Lake District (40° S)" Riviera et al., 2005.
- CV Javier Young.

El informe preparado por el sr. Young señala lo siguiente:

PUNTO DE PRUEBA I: "Acreditar con antecedentes vigentes que Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. dispone de autorización para efectuar la

extracción de aguas desde el sector indicado en el acta de inspección en terreno N°1949.”

Las aguas conducidas por las zanjás A y B definidas anteriormente (Informe Técnico en relación a los puntos de prueba fijados en la Resolución 191/2021 de la DGA Región de Los Ríos, expediente FO-1401-114) son por un caudal de muy baja magnitud y terminan infiltrándose en el suelo del volcán, entre los 6500 y 7000 m, a partir del punto de intervención inicial, como se explica en la respuesta a los otros puntos de prueba.

PUNTO DE PRUEBA II: “Acompañar antecedentes fundados que permitan cuantificar la magnitud de la extracción en la época que existen escurrimientos de agua”

1. La intervención fiscalizada no constituye extracción de aguas desde un cauce afluente, sino que corresponde a la conducción de los escurrimientos de los deshielos de nieve que se producen en la zona. Esto ocurre por las condiciones climáticas del lugar, las que solamente permiten tener escurrimientos superficiales temporales, producto del derretimiento de nieve y de hielo, los que eventualmente, en algún período del año, y de manera difusa podrían escurrir hacia el sur. Sin perjuicio de lo anterior, durante una gran parte del año la zona de escurrimientos del Volcán Mocho Choshuenco se mantiene congelada, situación que se reforzó con una imagen donde es posible apreciar como la zona intervenida ha estado histórica y permanentemente cubierta de hielo y nieve y sólo se ha descubierto en los últimos años, por el retiro de la masa glacial.

2. En relación con los escurrimientos en cuestión, los cuales son conducidos por las zanjás A y B ya definidas anteriormente (Informe Técnico en relación a los puntos de prueba fijados en la Resolución 190/2021 de la DGA Región de Los Ríos, expediente FO-1401-114), se establece que son marcadamente estacionales y de caudal relativo a la hora del día. Al ser fluidos de origen de derretimiento glaciar y nival, dicho escurrimiento se activa con el inicio del período de ablación de la masa criogénica en noviembre, y finaliza en abril, mes en el cual el glaciar concluye la actividad de ablación e inicia la etapa de acumulación. Es decir, presenta actividad entre noviembre y abril (Bow et al., 2007, Recent Glacier Mass Balance Calculations at Volcan Mocho-Choshuenco (40° S), Chilena Lake District”, página 4), lo que va incrementando paulatinamente desde su inicio hasta Febrero, para luego ir decreciendo durante el tiempo hasta desaparecer en abril. Lo anterior evidencia la importancia que tienen las condiciones de gran variabilidad de este deshielo/derretimiento para este cálculo de cuantificar la magnitud del escurrimiento

conducido. Al no ser estas lineales ni permanentes en el tiempo, se pueden determinar sólo a través de modelos teóricos y estimativos, tal como fue presentado a continuación:

Tabla 1: Caudales medios mensuales, en [l/s], en las zanjas de intervención

Mes	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEPT	OCT	NOV	DIC	ENE	FEB	MAR
Zanja A	7,0	12,4	19,5	16,2	16,2	14,4	14,0	12,9	8,4	6,7	4,8	5,1
Zanja B	10,6	18,8	29,4	24,4	24,5	21,8	21,1	19,6	12,7	10,1	7,3	7,7

Lo presentado en la tabla 1 sería la magnitud (l/s) del escurrimiento conducido por las zanjas A y B. Cabe mencionar que la modelación plasmada en esta tabla, no contempla la no presencia de escurrimiento en la zona en cuestión desde mayo hasta octubre, época durante la cual el glaciar se mantiene en su periodo de acumulación, por lo argumentado anteriormente, y no reviste derretimiento ni aporte de agua alguno (Informe: "Análisis Fluvimétrico Área de Intervención Reserva Nacional Mocho Choshuenco, ICASS, año 2021).

PUNTO DE PRUEBA III: "Acompañar antecedentes que clarifiquen el recorrido de las aguas producto del desvío."

De acuerdo a lo observado en conjunto con lo fundamentado en la literatura, se establece como hipótesis que, en primera instancia, el recorrido de las aguas se presenta en dos vectores de dirección, para luego hacerse indeterminable ya que escurre infiltrada en condición subterránea.

1. El primer vector de dirección tiene relación con la pendiente (entre 10% y 19%) y la orientación (NE). La primera conducción de escurrimientos se realiza a través de la zanja A, partiendo por el punto A1, por 83 metros, hasta A2. Desde A2, el agua escurre libremente por la geografía del lugar, parte de ese escurrimiento es conducido por la zanja B, de longitud 76 metros desde B1 hasta B2. Saliendo de B2, el saldo de agua que no se ha infiltrado, escurre libremente por la geografía ahí presente.
2. Como segunda dirección, se establece que el fluido se va infiltrando gradualmente a lo largo de su recorrido en dirección vertical al suelo. Esto por las propiedades del estrato de la zona en cuestión, tratándose de un suelo derivado de material piroclástico, arenas volcánicas, que podría clasificarse dentro de la Serie Ralún según lo descrito en estudio de CONAF (PLAN DE MANEJO RESERVA NACIONAL MOCHO CHOSHUENCO, 2012, Página 8), los cuales se caracterizan por tener propiedades de drenaje excesivo (INIA, 1985 página 51 y 56 "Suelos Volcánicos de Chile"); seguido se acompañó un cuadro con las

propiedades físicas, químicas y mineralógicas de suelos representativos derivados de material piroplástico de Chile Central.

5. ANÁLISIS DE ANTECEDENTES.

En base a la información recabada por la Dirección General de Aguas y antecedentes proporcionados, es del caso clarificar lo siguiente:

- i. La Dirección General de Aguas lleva adelante un proceso de fiscalización caratulado como expediente FO-1401-115 que tiene relación con una eventual infracción al Código de Aguas por extracción no autorizada de aguas.
- ii. En base a los descargos presentados por Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A., al existir hechos controvertidos se dispuso la apertura de un término probatorio por Resolución DGA Región de Los Ríos N°191; oportunidad en la cual además se estableció la necesidad de:
 - Acreditar con antecedentes vigentes que Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. dispone de autorización para efectuar la extracción de aguas desde el sector indicado en el acta de inspección en terreno N°1949.
 - Acompañar antecedentes fundados que permitan cuantificar la magnitud de la extracción en la época que existen escurrimientos de aguas.
 - Acompañar antecedentes que clarifiquen el recorrido de las aguas producto del desvío
- iii. Los antecedentes aportados por la parte recurrida se han centrado en rendir una prueba testimonial por el sr. Javier Young y de un informe realizado por la misma persona, complementado con antecedentes bibliográficos y antecedentes acompañados en el proceso de fiscalización FO-1401-114, lo que incluye un informe Fluviométrico realizado por la consultora ICASS. En la prueba testimonial rendida el sr. Young manifestó que con respecto al punto i) de prueba no emitiría opinión y por otra parte Compañía y Forestal Panguipulli S.A. no acompañó antecedentes requeridos en la parte Resolutiva N°2 letra i) de la Resolución DGA Región de Los Ríos N°191/2021, y de acuerdo a los registros que tiene la Dirección General de Aguas, la recurrida no cuenta con derechos de aprovechamiento otorgados ni solicitud pendiente de resolver en el sector donde se levantó el acta de inspección en terreno N°1949.
- iv. Del mismo análisis realizado, con respecto a "Acompañar antecedentes fundados que permitan cuantificar la magnitud de la extracción en la época que existen escurrimientos de aguas", los antecedentes indicados en la prueba testimonial señalan en particular que

en el sector existe una marcada estacionalidad y que el glaciar tiene un período de acumulación y un período de escurrimiento, de este último al momento de la inspección realizada correspondería al peak (se señala que va de 0 a 30 l/s), y que sucede entre los meses de noviembre a abril, señalando que la intervención fiscalizada no constituye una extracción desde un cauce afluente, sino que corresponde a la conducción de los escurrimientos de los deshielos de nieve que se producen en la zona, siendo temporales y de manera difusa escurren hacia el sur sin que en el informe generado por ICASS se manifieste de manera clara la cuantificación de la magnitud de la extracción en época que existen escurrimientos, ya que los caudales generados en el informe citado se basa en elaboración propia que no fue posible de validar por quien suscribe este informe, debido a:

- La Minuta no es autoexplicativa o autosustentable; no contiene una explicación detallada del procedimiento seguido, no se justifica adecuadamente la validez de los métodos utilizados, no se adjuntan los datos utilizados (estadística de precipitaciones, caudales, determinación de área aportante, entre otros).
- Se utiliza el Método DGA-AC para caudales de deshielo en unas cuencas que no cumplen con los requisitos para la utilización, tanto de superficie aportantes entre 50 y 6.000 km² como de ubicación entre la III y IX región del país.
- Se realiza una transposición de cuencas utilizando como patrón cuencas en las que no se fundamenta la validez de aplicación como tal, Liquiñe en Liquiñe para el caso de fluviometría no posee régimen nivopluvial.
- Se obtiene una distribución de caudales medios mensuales para cada mes del año, luego se señala que la escorrentía ocurre entre los meses de noviembre y abril, lo que hace ver la invalidez del método utilizado para estimar caudales medios mensuales.

Por lo indicado la tabla N°1 que representaría la magnitud (l/s) del escurrimiento conducido por las zanjas A y B no tendría validez como medio de prueba, manteniéndose que la cuantía de la extracción asciende al menos a 30 l/s, y a juicio del suscrito, la extracción evidenciada se relaciona a una extracción no autorizada de aguas superficiales y corrientes. El artículo 5 del Código de Aguas indica que "las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del Código de Aguas", en efecto, el inciso primero del artículo 20 del mismo Código señala que: "el derecho de aprovechamiento se constituye originalmente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción".

Por su parte los incisos primero y segundo del artículo 6 del citado cuerpo legal señalan que: “el 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”.

El derecho de aprovechamiento de aguas se constituye mediante resolución de la Dirección General de Aguas, sin hacer distingo de aguas superficiales o subterráneas, tal como lo señala el artículo 147 bis. Lo mismo sucede en el caso de la regularización que se estipula en el artículo 2 transitorio del Código de Aguas donde un juez de letras competente conocerá y fallará de acuerdo al artículo 177 y siguientes del mismo cuerpo legal, esto es, procedimiento sumario, dictando una sentencia; debiendo contar con la autorización de la autoridad competente Sociedad Forestal y Maderera Panguipulli S.A, situación que no se cumple. De acuerdo a los antecedentes que se disponen no se tiene claridad del uso que se le pretendía dar al agua que se estaba extrayendo desde el estero sin nombre.

- v. Con respecto a los antecedentes requeridos para clarificar el recorrido de las aguas producto del desvío; el sr. Young en su informe y declaración indica que el recorrido del agua tiene dos componentes que son superficial y subterráneo, sin que se señale expresamente hacia donde van, pudiendo inferirse que la componente superficial fluiría en dirección hacia la cuenca del río Fui; con respecto a la componente vertical se manifiesta que el agua se va infiltrando en la medida que avanza situación que no se precisa y hace suponer que también serían un aporte a la cuenca del río Fui. En el referido informe preparado por el sr. Young queda evidenciado en la imagen d) lo indicado, esto es que las aguas superficiales y subterráneas confluyen hacia el río Fui. En el informe que se acompañó se hace mención como medio que el agua se va infiltrando en la medida que avanza, por lo cual se acompañó el cuadro N°3, cuadro que no tiene relación con la serie de suelo señalada en la prueba testimonial, de lo cual nada se indica en el informe.
- vi. La extracción de aguas superficiales o subterráneas, sin derecho, en una dotación mayor que la autorizada, o en un punto de captación distinto del establecido, “importan una contravención a los preceptos del Código de Aguas”. A mayor abundamiento, el artículo 173 del Código de Aguas señala, que aquellas infracciones que no tengan una sanción específica serán sancionadas con una multa cuya cuantía puede variar entre el primer y tercer grado (10 a 500 UTM), sin perjuicio de las otras responsabilidades civiles y penales que procedan”.

- vii. Adicionalmente, la extracción de agua sin derecho, aparte de importar una contravención a los preceptos del Código de Aguas, puede constituir un delito de usurpación de aguas, tipificado en el artículo 459 del Código Penal. El Tribunal Constitucional, en su sentencia en causa Rol N° 1281, de 13 de agosto de 2009, concluyó que el delito de usurpación de aguas es un delito de mera actividad, y no de resultado. No es necesario entonces, que exista daño a terceros para que se produzca, sino que basta con certificar que la extracción se realiza sin tener derechos debidamente reconocidos por la institucionalidad vigente.
- viii. Como se señaló anteriormente, el estero sin nombre desde el cual se realiza la extracción es afluente al río Blanco y éste a su vez es tributario del río Bueno, que actualmente está restringido para el otorgamiento de derechos de aguas superficiales en los meses de máxima demanda, según información contenida en el resumen de disponibilidad estacional de la cuenca del Río Bueno, en el Informe Técnico asociado al expediente ND-1001-476 que constituyó por Resolución DGA Región de Los Ríos N°188 del año 2009, derecho de aprovechamiento de carácter no consuntivo de aguas superficiales y corrientes, informe que indica que solamente existe disponibilidad para constituir derechos de aprovechamiento de carácter eventual para los meses de mayo a diciembre, por lo cual el estero sin nombre está restringido para el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento de carácter consuntivo en los meses que existe flujo en el sector donde Sociedad Forestal y Maderera Panguipulli S.A. estaba extrayendo agua, direccionándola hacia la cuenca del río Fui, además que por otra parte aguas abajo del sector donde se realizó la fiscalización existe un derecho de aprovechamiento no consuntivo a nombre de Hidroeléctrica Trayenko que fue trasladado por expediente VT-1402-41 que agota la disponibilidad de aguas en el sector donde se ubica la captación en el río Pillanleufu, cauce del cual es tributario el estero sin nombre donde se realizó la fiscalización a Sociedad Forestal y Maderera Panguipulli S.A..
- ix. Teniendo en consideración todo lo anterior podemos indicar que si la mano del hombre ha intervenido un cauce natural con el objeto de extraer agua desde una fuente natural, lo que se tuvo por acreditado en el acta de inspección a terreno N° 1949, de fecha 21 de abril del presente año, lo que a nuestro entender como ministros de fe, otorga él mérito probatorio de plena prueba conforme las reglas de las máximas de la experiencia y la lógica, en virtud de las cuales se puede sostener que, si una acción intencionada del hombre normalmente pretende producir un efecto, igualmente una construcción hecha por el hombre, que tiene la aptitud de extraer agua, ó normalmente lo hará. Desde un punto de vista lógico puede igualmente sostenerse que si existe una construcción u obra

con aptitud de extraer agua sobre un cauce, y que esa aptitud está actualmente en uso, es dable concluir que la mano del hombre la ha construido y utiliza. En consecuencia la empresa inspeccionada, al no contar con derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes del estero sin nombre, infringe lo dispuesto en los citados artículos del Código de Aguas, adicionalmente y a lo constatado en terreno, se ha comprobado una extracción no autorizada de aguas desde el estero sin nombre, por parte de Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. el hecho denunciado podría revestir el delito Usurpación de Aguas, tipificado en el artículo 459 del Código Penal.

6. AGRAVANTES O ATENUANTES.

Es del caso señalar que Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. no señaló el motivo por el cual realizó la extracción de aguas superficiales que se emplaza sin lugar a dudas dentro de la denominada Reserva Nacional Mocho Choshuenco, donde la recurrida no es posible que capte aguas, ya que no cuenta con el debido derecho de aprovechamiento.

Por otra parte, mediante Dictamen N°72.109 de fecha 7 de noviembre del 2013, la Contraloría General de la Republica, ha instruido respecto a la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas en Reservas o reservas nacionales, donde se indica que si de la solicitud o de sus antecedentes aparece que su finalidad es la explotación comercial del recurso en esas Reservas, la Administración, al resolver la petición, deberá considerar dicho aspecto, según lo establecido en la "*Convención de Washington*", situación que no se tiene certeza del motivo de la extracción.

Que, en el N°1 del artículo I de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, Promulgada por el Decreto N°531 de 1967 del Ministerio de Relaciones Exteriores (*Convención de Washington*), entiende por *Reservas o reservas nacionales* las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial. Su artículo III agrega que las riquezas existentes en las Reservas Nacionales no se explotarán con fines comerciales.

Que, al replantear en la Cartografía del IGM, el punto de captación indicado en el Acta de Inspección en Terreno N°1949 se pudo constatar que recae en la "Reserva Nacional Mocho Choshuenco", desconociéndose el uso que se le dará a las aguas.

Por los antecedentes señalados se consideran como agravantes, en relación a extracción de aguas superficiales realizada por la recurrida en sus presentaciones, para cuantificar la multa que será impuesta.

7. CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES

Conforme a lo constatado en terreno y al análisis de los antecedentes contenidos en el expediente FO-1401-115, considerando que la extracción de aguas superficiales motivo de la inspección en terreno realizada el día 21 de abril de 2021 no cuenta con derechos de aprovechamiento otorgados se propone:

Ordenar a Compañía Forestal y Maderera Panguipulli S.A. a paralizar en forma inmediata, la extracción de aguas superficiales desde el estero sin nombre, ubicado en la comuna de Panguipulli, ubicado en un punto de coordenada UTM(m) Norte: 5.575.902 y Este: 756.089, referida al Datum WGS 84, Huso 18.

Remitir los antecedentes recopilados al Ministerio Público de Panguipulli por los hechos acaecidos en la comuna del mismo nombre, para que si lo tiene a bien, inicie la investigación penal correspondiente, por el posible delito de Usurpación de Aguas, por la extracción de aguas superficiales desde el estero sin nombre, captación ubicada en el lugar definido por la coordenada UTM(m) señalada en el párrafo anterior.

De igual manera, se propone remitir los antecedentes al Director Regional de Aguas para la aplicación de la multa a que se refiere el artículo 173, multa de primer grado en su grado máximo correspondiente a 50 UTM, por extracción no autorizadas de aguas superficiales y corrientes desde un estero sin nombre, al no contar con el debido derecho de aprovechamiento otorgado, en infracción a lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Aguas.

Se hace presente que para cuantificar la multa se consideró una infracción de primer grado en su grado máximo por la agravante descrita anteriormente y que este tipo de infracciones es de aquellas que no tienen sanción específica.

Patricio Gutiérrez Luarte

INGENIERO CIVIL AGRÍCOLA
JEFE UNIDAD DE FISCALIZACIÓN Y MEDIOAMBIENTE
D.G.A. REGIÓN DE LOS ESTEROS

SSD: 15175145

César Saavedra Segura

INGENIERO CIVIL AGRÍCOLA
FISCALIZACIÓN Y MEDIOAMBIENTE
D.G.A. REGIÓN DE LOS ESTEROS