

La fiscalización y sanción administrativa en materia de aguas revisitada

Dr. Iván Obando Camino
Universidad de Talca

Algunas notas previas

- ▶ La ley 21.064 fue promulgada el 17/1/2017 tras casi seis años de tramitación legislativa, en los que dos presidentes sucesivos comprometieron esfuerzos en pos de su elaboración
- ▶ Fue objeto de un control preventivo de constitucionalidad por el TC: Rol N° 3958-17-CPR

- ▶ Su impacto fue medirse tentativamente en términos cuantitativos como cualitativos

 - ▶ Cuantitativamente:
 1. “Multa” subió de 28 a 46 menciones en el CA
 2. “Sanción” y sus adjetivos derivados subieron de 10 a 28 menciones en CA
 3. El adjetivo “sancionatorio” aparece por vez primera en el CA
- 

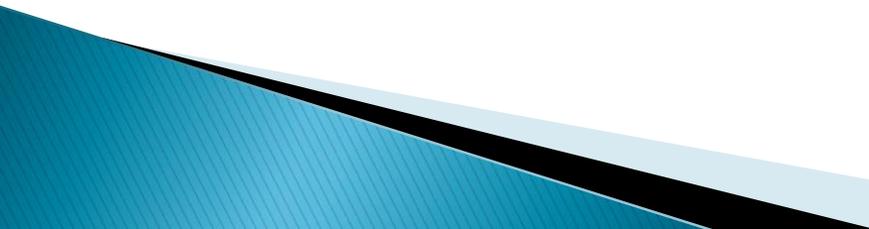
▶ Cualitativamente:

1. Mayoría de disposiciones relacionadas con potestades sancionatorias decían relación con OUA, antes de la reforma
2. Tenía sentido: autogobierno de las aguas, heterotutela judicial en fiscalización y cumplimiento forzado de actos administrativos

1. Ahora se dividen por igual entre las normas de las OUA y las de los procedimientos administrativos, con algunas en el título sobre la DGA
2. Se emplea la multa administrativa sancionatoria (manifestación de la autotutela administrativa) para sancionar – por regla general– las infracciones al orden público y excepcionalmente el incumplimiento de actos administrativos previos ... *“una suerte de anomalía”*

- La reforma tuvo un impacto normativo y puede eventualmente producir un cambio tectónico en las prácticas y rutinas administrativas, aunque todavía es temprano para decirlo
- Preocuparnos del tema no es baladí: Considerando 34° *Fallo SERNAC* (Ver *Fallo Ley de Educación Superior*)

Sistema fiscalizador y sancionatorio antes de la reforma

- ▶ La DGA era el servicio fiscalizador acorde al art. 299 CA y podía requerir el auxilio de la fuerza pública en los términos del art. 138 CA
 - ▶ Debía fiscalizar y, por regla general, denunciar ante la Justicia Ordinaria
 - ▶ Era un sistema basado en la heterotutela judicial, en materia sancionatoria: art. 175 CA
- 

- ▶ Había sólo dos manifestaciones de multa administrativa sancionatoria, en manos de la DGA: arts. 172 (**obligatoria**) y 307 (**facultativa**) CA
 - ▶ No existía un procedimiento administrativo para la fiscalización y sanción de carácter legal, con la desprotección eventual de los derechos del administrado
- 

- ▶ El art. 173 CA contemplaba una norma amplia y en blanco en materia de conductas sancionables
 - ▶ De dudosa constitucionalidad en materia de tipicidad y resultaba muy difícil determinar el núcleo esencial de la conducta sancionada, como lo exigía en materia administrativa el TC
- 

- ▶ En general, el sistema fiscalizadorio y sancionatorio, previo a la reforma, fue de discreta eficacia, como lo reconoció una autora en las XVI Jornadas de 2014
- ▶ Interesantemente, existía un caso de heterotutela judicial, en materia de fiscalización y sanción, en el art. 306 CA, en donde se excluía a la DGA de la legitimación activa en el procedimiento sancionatorio

- ▶ El CA no contemplaba disposiciones sobre ejecución de oficio de los actos administrativos de la DGA → Heterotutela judicial
- ▶ Había tres excepciones: auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de actos administrativos (art. 138) y para fines de fiscalización (299 letra d); ejecución subsidiaria facultativa (art. 172), tras multa administrativa sancionatoria

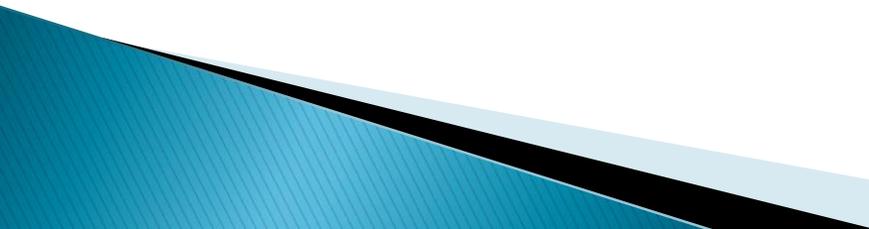
- ▶ El auxilio de la fuerza pública requería excepcionalmente autorización judicial previa en el caso del art. 129 bis 2 CA
 - ▶ No existía –y no existe aún– claridad para la diferencia en el empleo de la fuerza pública: directa y previa autorización judicial
- 

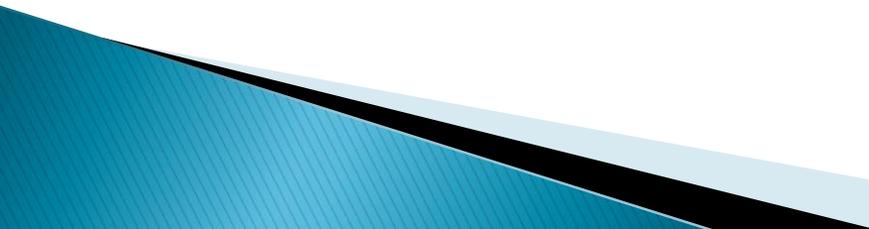
Sistema fiscalizadorio y sancionatorio tras la reforma

- ▶ La reforma clarifica y refuerza las funciones y atribuciones en esta materia de la DGA, especialmente en el art. 299 letras a), b), c) [reconoce la potestad sancionatoria de la DGA] , d) y e) CA
- ▶ En relación con el art. 299 b) CA: obligaciones de información arts. 38, 67 y 68 → art. 173 N°s. 1 y 2, sin perjuicio del art. 173 N° 3

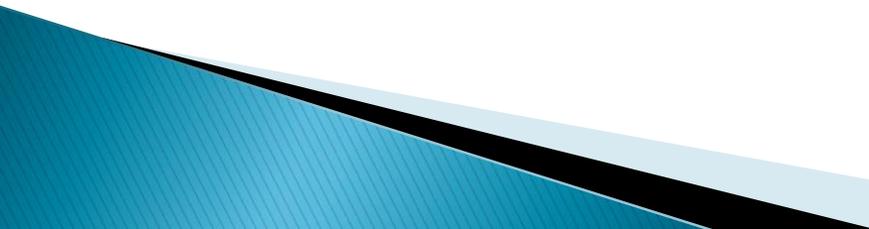
- ▶ También se relaciona la nueva atribución de sancionar de oficio a OUA por la DGA: art. 122 bis → art. 173 N° 1 CA → ¿Quién sanciona: art. 175 CA?

- ▶ En relación con art. 299 letra c) CA: art. 41 inc. 3° y art. 172 CA
 1. Ambos discurren sobre los mismos supuestos
 2. Ambos conducen a sanciones distintas
 3. ¿Cuál es la autoridad que sanciona: 172 CA?

- ▶ Las multas sancionatorias del art. 172 CA pueden incrementarse según el art. 173 CA
 - ▶ Pero los supuestos que autorizan el incremento, esto es, los efectos, parecen constituir tipos sancionatorios distintos, ya que el art. 172 discurre también sobre efectos
 - ▶ En resumen, se presentan problemas de tipicidad y proporcionalidad de las sanciones
- 

- ▶ Las multas sancionatorias del art. 172 CA pueden incrementarse según el art. 173 CA
 - ▶ Pero los supuestos que autorizan el incremento, esto es, los efectos, parecen constituir tipos sancionatorios distintos, ya que el art. 172 discurre también sobre efectos
 - ▶ Así, presentan problemas de tipicidad y proporcionalidad de las sanciones
- 

- ▶ Por último, cuál es el sentido de la remisión que el art. 172 inc. 2° hace al art. 138 CA: ¿una nueva multa (la del art. 138 CA) → qué sucede con el *non bis in idem* (art. 19 N° 3 CPR)
- ▶ En el caso del art. 129 bis 2 CA: ¿cuáles son las '*sanciones correspondientes*'? ¿Son las del art. 173 N° 6? No lo sabemos. Podría vulnerarse el principio de legalidad

- ▶ Pero este precepto permite también ejercer las atribuciones del art. 172 CA, entre las cuales está la aplicación de una multa
 - ▶ Entonces, habría dos órdenes de multas distintos: ¿173 N° 6 y 172?
 - ▶ Una mala técnica legislativa genera incertidumbre jurídica, incrementa la discrecionalidad administrativa y puede vulnerar los derechos constitucionales
- 

- ▶ En relación con el art. 299 letra e) CA: se autoriza el requerimiento directo de auxilio de fuerza pública para el ejercicio de tres atribuciones de la DGA
- ▶ Este precepto es distinto al art. 138 CA, porque se omite al Intendente y Gobernador
- ▶ Tampoco está ligado al incumplimiento de un acto administrativo previo, sino que con la actividad fiscalizadora del servicio (**pero también el art. 138 CA!!: Cuál se aplica?**)

- ▶ Se relaciona con hipótesis de incumplimiento de la normativa y se prescindió de la autorización judicial
- ▶ En relación con el art. 299 ter CA: se exige probar “*fehacientemente*” y en un proceso administrativo legalmente tramitado → art. 138 CA para el cumplimiento
- ▶ ¿Cuán efectiva es la fuerza pública para el cumplimiento: cegar un pozo?

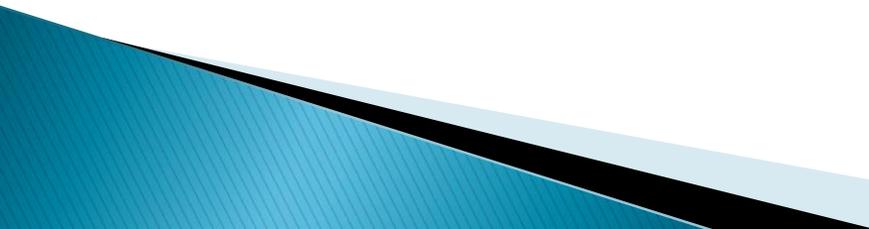
- ▶ En relación con el art. 135 inc. fine CA: el ingreso a terrenos privados, durante inspección ocular, previa autorización de la DGA
- ▶ ¿Y si el terreno es de un tercero y no del solicitante? Debería requerir autorización judicial, a lo menos

- ▶ En relación con el art. 138 CA: no fue objetado por el TC, como dijo la disidencia
- ▶ Los arts. 135 y 138 están relacionados con la atribución del Director DGA del art. 300 inc. 2° CA
- ▶ En relación con el art. 173 CA: resulta saludable la pretensión por *describir* ciertas conductas como infracción

- ▶ Cabe preguntarse si en todos los números del art. 173 CA se cumple con el principio de tipicidad
- ▶ Con algún esfuerzo en el art. 173 N° 1 (“*relativas*”) podemos encontrar el núcleo esencial de la conducta, como dice el TC
- ▶ Pero no en el art. 173 N° 3 CA, fuera de los casos en que el legislador estableció alguna multa o sanción indeterminada

- ▶ En el caso de la reiteración de la infracción: deficiente técnica legislativa del art. 173 bis inc. 2° CA introduce incertidumbre jurídica
- ▶ ¿Cuál es el duplo del '*monto original*?: el de la multa ¿con o sin incremento legal? → ¿qué sucede con la observancia del principio de proporcionalidad?

- ▶ En el caso del art. 303 CA: se introduce una nueva multa sancionatoria, lo que antes no existía
- ▶ En relación con el nuevo procedimiento fiscalizadorio: resulta laudable la preocupación por dotar a todos de un procedimiento administrativo que se inspira en los principios contemporáneos de este tipo de procedimientos

- ▶ Algunos puntos merecen reflexión.
 - ▶ Art.172 ter inc. 1° CA: no puede implicar desconocer el principio de no auto-incriminación
 - ▶ Plazo de 6 meses: una interrogante abierta
 - ▶ Ministros de fe: personal fiscalizador respecto de hechos –no de sus apreciaciones– que consten en actas, presunción simplemente legal
 - ▶ Prescripción extintiva: 3 años desde la comisión
- 

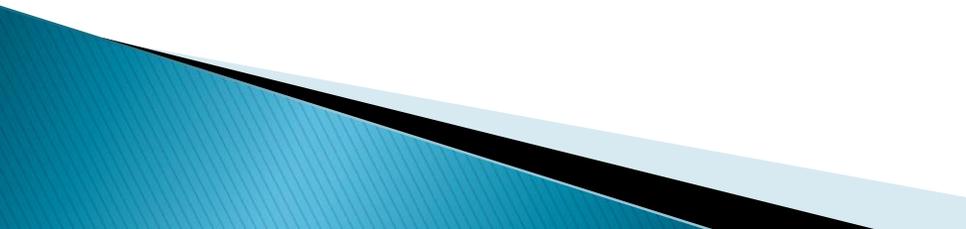
Reflexiones finales

- ▶ Es muy temprano para evaluar su eficacia y eficiencia para el logro de los objetivos del legislador
 - ▶ Dependerá de la trayectoria institucional, percepciones de los jueces, dotación de recursos y aprehensiones y expectativas de los funcionarios
- 

- ▶ Es innegable que hay un avance dogmático con la creación del procedimiento administrativo fiscalizador, pese a los cuestionamientos hechos
 - ▶ El juicio es más atemperado respecto del nuevo régimen jurídico sancionatorio
 - ▶ Nada hace suponer que éste sea más eficaz y eficiente que el precedente antes de la reforma legal
- 

- ▶ La opción recurrente por la multa administrativa sancionatoria, independientemente de que existan incumplimientos de actos administrativos previos, en condiciones de discrecionalidad administrativa, tiene en sí la potencialidad para el abuso del administrado y el desconocimiento de principios constitucionales muy queridos en materia sancionatoria

- ▶ La reforma no introduce mayormente incentivos para cumplir, que no sea el miedo a la sanción administrativa
 - ▶ Pero el temor sólo puede estimular un cumplimiento **al más bajo común denominador** con las exigencias del servicio
- 

- ▶ Criticar y observar los términos de la reforma no significa negar necesariamente el diagnóstico técnico que abona la reforma, sino que simplemente ser escéptico sobre las posibilidades reales que brinda un régimen basado en la represión administrativa, en lugar que uno basado en la colaboración de todos los interesados
 - ▶ Con ello se realiza un ejercicio en ciudadanía reflexiva!!
- 

- ▶ Pero la incertidumbre jurídica actual también puede afectar negativamente a los propios funcionarios fiscalizadores, al dejarlos expuestos a acciones judiciales y administrativas de los propios administrados
- ▶ No olvidemos lo que dijo Roosevelt en 1945 y que popularizara una película de Marvel hace unos años:

- ▶ *“Un gran poder conlleva grandes responsabilidades”*
- ▶ Esta simple oración forma parte de las piedras basales de nuestro derecho público...

¡Muchas gracias!

