

Potestad sancionatoria
en materia de aguas y sentencia
del Tribunal Constitucional

Dos Visiones del Derecho Administrativo



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

CONTENIDO

I. PRESENTACIÓN	4
II. OPINIÓN DEL PROFESOR ALEJANDRO VERGARA BLANCO	5
El despotismo de la administración en materia de aguas. La frustrada intención del legislador de entregar potestad de autotutela a la dirección general de aguas	
1. El nudo de la cuestión: los excesos del proyecto de ley	5
2. Las cuatro modificaciones controvertidas	6
3. ¿Qué es lo que dijo el fallo del TC	6
4. La sentencia del TC es jurídicamente correcta	7
5. El exceso de la autotutela administrativa	7
6. Mejores estándares para el ius puniendi en materia de aguas	8
7. La fuerza pública como ultima ratio	8
8. ¿Qué es lo que se ha evitado con la sentencia del TC? Quebrantar la separación de poderes	9
9. También se ha evitado consagrar un despotismo administrativo	9
10. Los excesos del proyecto eran además innecesarios	9
III. OPINIÓN DEL PROFESOR JUAN CARLOS FERRADA	11
Análisis del fallo del tribunal constitucional: básicamente es una discusión de política pública	
1. El impacto de la sentencia del TC	12
2. Calificación del proyecto como LOC	12
3. La potestad sancionatoria como potestad jurisdiccional	13
4. Potestad sancionatoria y auxilio de la fuerza pública	14
5. Cambio de paradigma en la potestad sancionatoria	15
IV. PREGUNTAS Y RESPUESTAS	17
1. Pregunta del Senador Juan Enrique Castro	17
a. Respuesta del prof. Ferrada:	17
b. Respuesta del prof. Vergara:	17
2. Pregunta de la Senadora Yasna Provoste	18
a. Respuesta del prof. Vergara	18
b. Respuesta del Prof. Ferrada	19

Potestad sancionatoria
en materia de aguas y sentencia
del Tribunal Constitucional

Dos Visiones del Derecho Administrativo

I. PRESENTACIÓN

El día 17 de abril de 2018, la Comisión Especial de Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado, convocó a dos juristas especialistas en Derecho Administrativo: Juan Carlos Ferrada –Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valparaíso–, y a Alejandro Vergara Blanco –Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile–, a fin de escuchar sus opiniones respecto del fallo emitido por el Tribunal Constitucional (TC), Rol 3958-17, recaído en el proyecto de ley que modificó el marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones.

La sentencia referida, de fecha 26 de diciembre de 2017, en resumen, declaró inconstitucionales algunas normas del proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones.

En su sentencia el TC expuso, entre otras cosas, que las disposiciones analizadas son contrarias al artículo 19, numeral 3° y al artículo 76 de la Constitución Política. Ello por cuanto se eliminan las facultades del Juez de Policía Local (JPL) competente, dejando a la autoridad administrativa a cargo de la determinación de la concurrencia o no de la infracción, la apreciación de los presupuestos

fácticos que la configuran, y la determinación tanto del monto de la multa como de su forma de pago, asuntos que la ley actualmente entrega a la competencia de los tribunales de justicia.

Así, los preceptos analizados –continúa indicando expresamente la sentencia– menoscaban del todo el derecho de las personas para acceder a un tribunal independiente e imparcial que resuelva las controversias entre la Administración del Estado y los particulares o terceros que también pudieran verse perjudicados, lo que dentro de un Estado de Derecho, constituye una garantía frente a la potestad sancionatoria.

A continuación, se transcriben las presentaciones de ambos profesores, así como el debate en torno a ellas. La transcripción es textual, salvo que se eliminan algunas expresiones redundantes o más propias de la ocasión que de un texto escrito; por lo mismo, además, se le agregan las puntuaciones propias de un texto. Hemos incorporado algunos recuadros en que se destacan afirmaciones, y subtítulos para guiar al lector. Ambos profesores han revisado previamente esta transcripción y la han aprobado. Cabe advertir que el profesor Vergara apoyó su exposición en una presentación Prezi.

COMISIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS, DESERTIFICACIÓN Y SEQUÍA DEL SENADO:

«Opinión de dos especialistas sobre el fallo emitido por el tribunal constitucional –Rol 3958-17– recaído en el proyecto de ley que modificó el marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones.»

II. OPINIÓN DEL PROFESOR ALEJANDRO VERGARA BLANCO

El despotismo de la **administración en materia de aguas**. La frustrada intención del legislador de entregar potestad de autotutela a la Dirección General de Aguas.



Alejandro Vergara Blanco

Profesor de Derecho Administrativo y Derecho de Aguas Pontificia Universidad Católica de Chile.

Director del Programa de Derecho Administrativo Económico UC.

En primer lugar, quiero anunciar como criterio general que, desde mi perspectiva, es muy importante que existan sistemas sancionatorios en manos de la Administración respecto de las conductas de los particulares. Nada de lo que ustedes escucharán en mi exposición está dirigido a negar esta importante atribución que se le entrega a los órganos

“Parecía que el Estado o más bien ‘la Administración’ desapareció cuando se privatizaron los servicios públicos o cuando se le entregaron funciones importantes a los particulares; pero no desapareció del todo porque reapareció, como el Ave Fénix, con potestades sancionatorias que no existían antes en el sistema jurídico administrativo”.

todos estamos de acuerdo, y yo mismo he estado siempre de

administrativos, de la que están dotados; que es una contrapartida en muchos casos de las atribuciones o de las posibilidades que se les han entregado hace muchos años en Chile a los particulares para prestar servicios públicos.

Hubo una polémica al inicio, aunque esa polémica podemos decir que fue fugaz, pues ya

acuerdo y conforme con que exista esa potestad sancionatoria. Esto lo

digo de inmediato porque es bien importante para la discusión sobre la sentencia de Tribunal Constitucional (TC). En su sentencia, parecía que impedía un verdadero poder sancionatorio, y en eso ha consistido la polémica.

1. El nudo de la cuestión: los excesos del proyecto de ley

Pero el nudo de la cuestión es otro: es el exceso en el que seguramente de modo involuntario incurrió el legislador – en términos genéricos, pues quiero ser muy delicado porque de seguro alguno de ustedes ha votado a favor del proyecto respectivo–. Quizás la pugna también está dirigida hacia el mensajero –en este caso el TC– quien es el portador de la mala noticia, pero a mi juicio el problema de fondo fue exceder por el legislador el marco permitido para establecer unas potestades sancionatorias dentro de lo que permitía y permite la Constitución y, esto es el argumento que verán, el principio de la separación de poderes. En la exposición voy a cubrir, en primer lugar las modificaciones, creo que es importante ver caso a caso las modificaciones; sólo las que fueron controvertidas, las demás no es necesario.

2. Las cuatro modificaciones controvertidas

Las modificaciones específicas controvertidas por el TC fueron cuatro: en primer lugar, la modificación del art. 129 2 bis del CA que permitía a la DGA la paralización de las obras realizadas por un particular, sin autorización previa de un juez. Entregaba una potestad inusitada, inesperada en nuestro sistema legislativo, a un órgano administrativo, para que paralice directamente las obras que lleva adelante un particular; ello sin mediar autorización de un juez. Eso es lo relevante. Esto no toca en nada la potestad sancionatoria, esto es una atribución adicional, suplementaria a la potestad sancionatoria.

“Lo único que está en cuestionamiento es esta intencionalidad del proyecto de ley, que es la que cuestionó el TC”.

En segundo lugar, el art. 138 establecía, alterando la redacción actual, la posibilidad que la propia DGA, organismo administrativo, produjese el cumplimiento de sus

propias resoluciones, las cuales no habían sido previamente objeto de un juzgamiento ante un tribunal, sino que por una decisión tomada directamente por el organismo administrativo, después del procedimiento sancionatorio. Se le daba la facultad inesperada, ya veremos por qué, de solicitar el auxilio de la fuerza pública directamente, reemplazando un artículo similar anterior.

En tercer lugar, se modifica el art. 175 relacionado con la aplicación de multas de la DGA, potestad que se mantiene, por cierto. Se le entregaba a la DGA, o al acto administrativo de la DGA, una fortaleza tal que no podía ser revisado por el juez. Simplemente la potestad que se le entregaba al juez era casi ridícula, perdonen los términos, pues se dice que lo único que tenía que hacer el juez era cobrar la multa, y por lo tanto ni siquiera analizar lo que había dicho la DGA.

Y, en cuarto lugar, el art. 306 relacionado con las multas y medidas sobre vigilancia y modificación de acuíferos relacionado con los art. 304 y 305, en la actualidad establece una doble instancia en esos procedimientos, en que la DGA establece una multa y luego es el juzgado, el juez, el que la

juzga y aplica. El intento era derogar toda la actividad del juez y dejar todo entregado únicamente al órgano administrativo.

Si se fijan, desde ya, que no he cuestionado en nada la potestad sancionatoria vigorosa, como está y como quedó después de la modificación del CA. Lo único que está en cuestionamiento es esta intencionalidad del proyecto de ley, que es la que cuestionó el TC.

“Lo que estaba en cuestionamiento era el hecho de que un órgano administrativo, sin que se hubiera juzgado la situación previamente, requiriera la fuerza pública directamente (...), y quebrantaba el principio de igual protección en el ejercicio de los derechos de los particulares”.

3. ¿Qué es lo que dijo el fallo del TC

Respecto de estas cuatro potestades que se intentó incorporar al ordenamiento jurídico por el legislador, dijo, en primer lugar, que esa facultad de requerir directamente a la fuerza pública, era inconstitucional. Lo que estaba en cuestionamiento era el hecho de que un órgano administrativo, sin que se hubiera juzgado la situación previamente, requiriera la fuerza pública directamente, porque eso implicaba derogar la facultad judicial de ser ella misma la que autorice la fuerza pública después de un juzgamiento, y quebrantaba el principio de igual protección en el ejercicio de los derechos de los particulares. Voy a ser muy descriptivo del fallo y luego confundiré mi opinión en la tercera lámina.

Por lo tanto el TC, en virtud de esos artículos [de la lámina a la vista] de la propia Constitución, declaró inconstitucional el proyecto por la falta de la mediación de un juez en este caso del llamado a la fuerza pública.

En segundo lugar, en relación con la facultad de requerir el auxilio de la fuerza pública, es similar la modificación del

“La DGA en estos casos podrá, y en los hechos así deberá hacerlo según la propia ley, hacer cumplir sus resoluciones pero deberá hacerlo mediante un previo juzgamiento de un juez, respetando la bilateralidad de la audiencia”

art. 138. El TC señala que la DGA en el caso de poder ordenar directamente el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus propias resoluciones, eliminaba la posibilidad de un juez de verificar la juridicidad de esa resolución y eliminaba al mismo tiempo el derecho de defensa de los particulares. No está en cuestionamiento que después se pueda cumplir esa resolución mediante un juez. La DGA en estos casos podrá, y en los hechos así deberá hacerlo según la propia ley, hacer cumplir sus resoluciones pero deberá hacerlo mediante un previo juzgamiento de un juez, respetando la bilateralidad de la audiencia, que el juez pueda solicitarle al afectado o el interesado que puedan exponer sus derechos antes de ese cumplimiento.

En tercer lugar, en el caso de la fijación de la cuantía de las multas, el TC dice que eso es inconstitucional porque configura a la resolución de la DGA como un título ejecutivo, una vez que se dicta la resolución y se fija un monto; como era la pretensión del proyecto de ley, el juez iba a transformarse casi en un autómata y simplemente iba a cobrar la multa. Señala que eso no permitía al particular recurrir en contra de la decisión administrativa, en términos genéricos, y eliminaba la facultad del juez a aplicar la multa adjudicando el derecho, previo a un proceso legalmente establecido.

El cuarto caso es el del art. 306, similar a los anteriores, en que el TC estima que es inconstitucional dejar al arbitrio de la propia DGA tanto la determinación de la multa, como la sustitución del juzgamiento del juez de policía local de verificar los temas de fondo; esto es, tanto los sustantivos de la multa, como los montos de la misma. Por lo tanto, lo que ha hecho el TC es observar estas facultades o potestades que se querían establecer para la DGA, y en ellas encontrar algo que iba mucho más allá de la potestad sancionatoria propia de los órganos administrativos, como existe en muchos otros casos de la legislación chilena previa. Sino que lo que observó el TC, eran estos suplementos que iban mucho más allá de esa potestad y que significaban cercenar el derecho de defensa y realmente limitar, hasta dejarlo casi inexistente, el control jurisdiccional.

4. La sentencia del TC es jurídicamente correcta

¿Cuáles son las apreciaciones que uno puede hacer de la sentencia del TC? Que es correcta.

¿Cuáles son las apreciaciones que uno puede hacer de la sentencia del TC? Que es correcta. Yo creo que en esto también hay que mirar la parte llena del vaso y no sólo la parte vacía. Hubo aspectos muy relevantes del proyecto de ley sobre sanciones que se aprobaron. Eso va a dotar y va dotando a la DGA de elementos administrativos para ordenar el aprovechamiento de las aguas como debe ser.

Lo que no ocurrió, es dotar a la vez, esto es bien importante, al mismo tiempo, subrayo, a un órgano ya no sólo con las potestades administrativas sino además con unas potestades de revisión de sus propios actos administrativos, que es una potestad jurisdiccional para hetero-componer los conflictos. Y hetero-componer significa que un tercero imparcial observe lo que ha ocurrido dentro de un procedimiento administrativo y dé el pase, por decirlo así, para que se produzca el auxilio de la fuerza pública, una vez que se han comprobado que no hay garantías comprometidas, como ocurre en una democracia, en un Estado de Derecho. Y eso me parece que es muy correcto. Lo que hizo el TC es correcto, y no lo ha hecho con ningún exceso. No ha ido más allá de lo que correspondía al mantener, simplemente, el papel del juez en nuestra democracia.

5. El exceso de la autotutela administrativa

Como resumen, en primer lugar, el TC aprecia la autotutela. El exceso de la autotutela es bien importante. La autotutela es un arcaísmo que existía en un antiguo régimen, en un sistema administrativo con ciertos aires despóticos, en que es el propio órgano administrativo que intenta hacerlo todo; no sólo dictar una resolución sino

“Y esa es la peligrosidad de que se dote a la administración de poder de autotutela, porque está ella misma juzgando a cuál de esas dos partes en conflicto favorecer. Está hetero-componiendo anticipadamente un conflicto, y eso está constitucionalmente entregado en nuestro país a los tribunales”.

hacerla cumplir él mismo. Eso era parte de un sistema que

privaba a los particulares del derecho de defensa y de la posibilidad de que un juez revisara si se habían comprometido las garantías constitucionales. Y en eso consiste la corrección. Y eso significa interpretar bien y correctamente los art. 19 N°3 CPR, que consagra el derecho de defensa y el derecho a un juicio racional y justo; el art. 38 que es base del Estado de derecho, que establece la legitimación de todos los particulares para que puedan recurrir ante un juez cuando un acto administrativo los ha afectado; y, en tercer lugar, el art 76 CPR que establece la potestad exclusiva de los tribunales de juzgar los conflictos y entre esos, los particulares con la administración.

Estos 3 artículos son claves; no los menciona siempre el TC, pero yo lo veo así y agregaría algo más enseguida.

6. Mejores estándares para el *ius puniendi* en materia de aguas

En segundo lugar, hay necesidad de establecer unos estándares para estas manifestaciones del *ius puniendi*. Es bien importante no olvidar que en estos casos de las aguas no es igual a la potestad sancionatoria que en casos de servicios públicos, en que el enfrentamiento es del órgano administrativo con una concesionaria de servicios sanitarios, por ejemplo, o del órgano administrativo con una concesionaria del servicio de distribución de energía eléctrica en que tiene una potestad directa para observar cómo se ha comportado ese particular que tiene a su cargo un importante servicio público que ha sido privatizado, de frente a todos los consumidores.

En materia de aguas, como en otros casos, siempre hay enfrentamiento entre dos particulares. Un enfrentamiento entre un particular que tiene un derecho de aprovechamiento de aguas, y otro cercano que también tiene un derecho de aprovechamiento de aguas, los que están disputándose esas aguas, o dos o tres o más. Y la administración muchas veces, necesariamente tiene que tomar partido en la disputa que es de particulares; y si además se la dota de este exceso de potestades, ello siempre va a beneficiar a una de esas partes en conflicto.

Y esa es la peligrosidad de que se dote a la administración de poder de autotutela, porque está ella misma juzgando a cuál de esas dos partes en conflicto favorecer. Está hetero-comprometiendo anticipadamente un conflicto, y eso está constitucionalmente entregado en nuestro país a los tribunales.

7. La fuerza pública como ultima ratio

Y, en tercer lugar, respecto del principio del uso de la fuerza pública como ultima ratio, es muy relevante; eso está en todos los sistemas persecutorios. Todos conocen el sistema del Ministerio Público que es un órgano autónomo independiente que es una de las pocas autonomías. Pues me alcanzan los dedos de una mano para contar la verdadera autonomía administrativa que hay en la República: El Banco Central, la Contraloría General, el Consejo para la Transparencia, el Servel, el Ministerio Público. Ni aun así, siendo así de autónomo, se le entrega el Ministerio Público la potestad de autotutela, pues el Ministerio Público tiene que contar con la autorización previa de un juez para realizar cualquiera de esas actividades.

La pretensión era entregar una autotutela a la DGA, cuyo Director es de la confianza exclusiva del Presidente de la República, pero el estándar para estos casos en que hay una fuerza pública, es que debe quedar como ultima ratio, para recurrir ante tribunales. Todo lo cual era evidentemente un exceso.

“La pretensión era entregar una autotutela a la DGA, cuyo Director es de la confianza exclusiva del Presidente de la República, pero el estándar para estos casos en que hay una fuerza pública, es que debe quedar como ultima ratio, para recurrir ante tribunales. Todo lo cual era evidentemente un exceso”.

8. ¿Qué es lo que se ha evitado con la sentencia del TC? Quebrantar la separación de poderes

Lo que se ha evitado con esta situación, es quebrantar el principio de la separación de poderes; era lo que estaba en juego, y es la base de la demo-

“Lo que se ha evitado con esta situación, es quebrantar el principio de la separación de poderes; era lo que estaba en juego, y es la base de la democracia.”

cracia. Las funciones tienen que quedar bien delimitadas. Da la impresión de que hay que reaccionar legislativamente para evitar los abusos en el aprovechamiento de las aguas por los particulares, pero muchas veces eso puede ser visto de modo parcial o erróneo por el propio órgano y llegar a incurrir en excesos y hacer cumplir una resolución injusta a un inocente; por eso existen los poderes judiciales. Y por eso existe además la separación de poderes. Si hay algo básico en la República es la separación de poderes, y todos invocamos que los tribunales sean independientes y exclusivos en las funciones que le corresponden.

Entonces que el legislativo haya intentado dotar a un mero órgano administrativo, que no es autónomo y que depende de la exclusiva confianza del Presidente de la República, de potestades que le han de corresponder a un órgano independiente que hetero-componga ese conflicto, obviamente era un exceso, involuntario seguramente, pero lo era. No correspondía quebrantar de ese modo el principio de la separación de poderes.

9. También se ha evitado consagrar un despotismo administrativo

Segundo, se iba a implantar un verdadero despotismo en la Administración. La palabra parece sonar muy antigua, pero son los nuevos despotismos que a veces se incorporan. Basta asomarse un poco a la praxis que se da en alguno de estos órganos y especialmente en la DGA, cuando uno puede apercibirse de lo que puede suceder. Y el despotismo es precisamente de lo que se salvó Occidente hace 200 años para evitar que todo esté concentrado en una sola mano. Y si

hay una base constitucional relevante en nuestra democracia, es precisamente evitar ese despotismo y que sea un tercero imparcial el que resuelva los conflictos.

Ahora, si la DGA estuviese actuando como corresponde, respetando las garantías fundamentales, y que evidentemente se ha cerciorado que es verdaderamente un ejercicio abusivo de los derechos de agua por parte de un particular, ¿cuál es el temor del control jurisdiccional previo? ¿Para qué cercenar a los particulares de la garantía de un justo y racional juicio previo? Y eso es lo que seguramente estuvo en el corazón de la resolución del TC, palabras más palabras menos. Porque eso era lo que iba a ocurrir para el caso de entregarle a la DGA esta posibilidad enorme de no ser revisadas previamente sus resoluciones por un tribunal. Ello fue algo realmente inesperado del legislador:

“Entonces, era claramente un exceso dotar a esas resoluciones de la DGA del efecto de cosa juzgada; porque eso era lo que la ley decía, y lo vimos; no podía ser revisado el fondo de la resolución de la DGA y el juez quedaba como mero autómatas.”

¿que a un acto de la Administración se lo dote de la potestad o del poder de cosa juzgada! Eso es algo muy importante en la República, pues el efecto de cosa juzgada significa la no revisabilidad; es el efecto de la sentencia de última instancia de la Corte Suprema después de todos los recursos.

Entonces, era claramente un exceso dotar a esas resoluciones de la DGA del efecto de cosa juzgada; porque eso era lo que la ley decía, y lo vimos; no podía ser revisado el fondo de la resolución de la DGA y el juez quedaba como mero autómatas; simplemente sólo tenía que cobrar la multa. Y eso era no respetar bases esenciales de la Constitución.

Por lo tanto, desde mi punto de vista, era -y es perfectamente correcta la sentencia del TC en estos aspectos, que son lo único que falla.

10. Los excesos del proyecto eran además innecesarios

Para terminar, por cierto esas eran potestades adicionales, complementarias; incluso más, innecesarias, para dotar al órgano de las posibilidades de ser un persecutor eficaz en materia

“Por lo tanto, desde mi punto de vista, –era y es– perfectamente correcta la sentencia del TC en estos aspectos, que son lo único que falla”.

de aguas. Si revisan como quedó el marco regulatorio en materia de aguas, van a ver que quedó dotada igualmente la DGA de la posibilidad de llevar adelante sus funciones como lo hace cualquier órgano administrativo en una República, en que no quebranta el principio de separación de poderes y se le da la posibilidad de actuación a los tribunales. Y aún más, para agregar más contextos, ustedes bien saben las dificultades para acceder al juez en nuestro país en donde no existen tribunales administrativos con una competencia general, y solo existen esas acciones bien lejanas de la nulidad de derecho público, o un recurso de protección, o de reclamación en la DGA. Pero no tenemos un juez de primera instancia que conozca muy bien cómo es el esquema de actuación de los órganos administrativos.

Esta es toda mi exposición. Les agradezco mucho que me hayan invitado y espero que sea útil para la decisión que tome este órgano.

II. OPINIÓN DEL PROFESOR JUAN CARLOS FERRADA

Análisis del **fallo del Tribunal Constitucional**: básicamente es una discusión de política pública.

Lo primero que quiero decir, aunque suene quizás un poco duro al comienzo de mi exposición, es que la controversia planteada por el TC y que hemos mantenido con el profesor Vergara en El Mercurio Legal, llega, a propósito de la sentencia del caso Sernac, es una discusión de política pública. En este sentido, no es cierto que esto sea una discusión puramente constitucional, ya que la Constitución nada dice expresamente respecto del punto en discusión, lo que no es extraño porque la Constitución chilena, así como otras constituciones, lo que contiene son normas abiertas, cuyo contenido concreto debe determinar el legislador sobre la base del pluralismo político propio de una democracia constitucional. De lo contrario, sería suponer que las regulaciones han quedado petrificadas en una Constitución, dictadas en algún momento, y que por lo tanto todos los demás ciudadanos tenemos que aplicar una forma de ver la vida. Y eso evidentemente no sería democrático, no sería compatible con ese pluralismo político.

Por supuesto la Constitución pone algunos marcos, algunos límites y esos límites son los indispensables para mantener un consenso social entre los ciudadanos. Si exageramos esos límites se produce la ruptura del consenso, transformándose la Constitución en una herramienta para poner límites a la democracia.

Un buen ejemplo de ello, y que podría aclarar el argumento antes expuesto, sería la interpretación y aplicación del principio de igualdad establecido en la Constitución. Si aplicáramos el principio como una regla constitucional

estricta no se podría dictar ninguna norma legal que establezca diferencias entre personas que se encuentren en una distinta situación jurídica, como, por ejemplo, casados y solteros; hombres y mujeres; adultos y niños. Cualquier regla entonces que regulara a las personas en sentido distinto sería contrario a una regla estricta de igualdad, lo que no sucede desde luego. Y ¿cómo se aplica esto? Se explica porque se entiende que ese principio de igualdad no impide la regulación legal diferenciada de las personas, sino simplemente establece un límite a esas diferencias, que no sea discriminatorio, nada más.

Lo contrario es lo que ocurre precisamente en este caso con la sentencia del TC en el caso DGA, ya que aquí el Tribunal construye reglas estrictas, a partir de un enunciado genérico en la Constitución, impidiendo la regulación legislativa de la materia, haciendo ilusorio el pluralismo político y el ejercicio del diseño de la política pública por el legislador democrático.



Juan Carlos Ferrada

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valparaíso.

“(…) aquí el Tribunal construye reglas estrictas, a partir de un enunciado genérico en la Constitución, impidiendo la regulación legislativa de la materia”.

1. El impacto de la sentencia del TC

En este contexto, voy a tratar explicar en estos minutos esta afirmación, analizando 3 puntos específicos relevantes en esta materia y su impacto sobre el sistema institucional.

“El TC tiene ciertas limitaciones para hacer control de constitucionalidad de un proyecto de ley, no pudiendo, por regla general, hacer un control total de todos los proyectos de ley”.

Lo primero, y que pasó desapercibido probablemente para el mundo político o no tan presente en la discusión pública, pero que tuvo fuerte impacto en los abogados, en los profesores de derecho, e incluso en los abogados asesores de este Senado, es la extensión inusitada que hace el TC de su poder de control, transgrediendo todas norma competencial en esta materia. En este sentido, el TC le pegó una patada a los criterios que había sostenido históricamente sobre sus límites en el control preventivo. ¿Y cómo lo hizo? Declaró prácticamente todo el proyecto de ley como de norma orgánica constitucional, sin tener fundamento para ello, auto habilitándose así para el control de todo el proyecto de ley.

En efecto, como sabemos el TC tiene ciertas limitaciones para hacer control de constitucionalidad de un proyecto de ley, no pudiendo, por regla general, hacer un control total de todos los proyectos de ley. La Constitución no se lo permite. Por el contrario, el artículo 93 de la Constitución define atribuciones específicas de control constitucional, no pudiendo hacer el TC un control de la constitucionalidad de las leyes en sentido amplio.

Así, existen solo dos facultades generales de control preventivo de los proyectos de ley por parte del TC: Una, sólo respecto de ciertas normas legales (leyes interpretativas de la Constitución y leyes orgánicas constitucionales); y, en segundo lugar, de leyes ordinarias y de leyes de quórum calificado, pero solo cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad en la discusión parlamentaria. Son los dos supuestos que existen en la Constitución, no hay más. Por supuesto hay otras hipótesis de control posterior cuando la ley ya está vigente, el recurso de inaplicabilidad, el recurso de inconstitucionalidad, pero son otras hipótesis, distintas al control preventivo.

Lo primero, y que pasó desapercibido probablemente para el mundo político o no tan presente en la discusión pública, pero que tuvo fuerte impacto en los abogados, en los profesores de derecho, e incluso en los abogados asesores de este Senado, es la extensión inusitada que hace el

2. Calificación del proyecto como LOC

En este caso concreto, no hubo cuestión de constitucionalidad en la tramitación parlamentaria. Aquí el control de constitucionalidad se planteó como un control de oficio del TC, por lo que debería darse alguno de los supuestos que establece el artículo 93 número 1° de la CPR, es decir, tratarse de una materia de ley interpretativa de la Constitución o de Ley Orgánica de la Constitución. Desde luego la reforma del Código de Agua de que trataba este proyecto de ley no se trataba de una ley interpretativa de la Constitución, por lo que la única alternativa que tenía el TC para controlar el proyecto de ley era calificarlo de norma orgánica constitucional.

El Congreso Nacional, las Cámaras, siendo consistentes con su tradición, su teoría, su propia aplicación, y en esto por favor conversen con los secretarios de comisiones para que no digan que yo estoy haciendo una interpretación abusiva de las normas constitucionales, habían establecido ciertos criterios sobre la calificación de norma orgánica constitucional, que en este caso se expresó en el otorgamiento de este carácter de tres o cuatro preceptos de este proyecto de ley.

“Entonces, el paso que dio fue primero calificar todo como LOC, y en segundo lugar, entró a la discusión”.

¿Qué hizo el TC? Extendió esa clasificación a prácticamente todo el proyecto. Y ¿por qué lo hizo? Porque era la única forma que podía hacer el control constitucional del proyecto de ley. Entonces, el paso lógico y abusivo que dio el TC fue primero calificar todo el proyecto de ley como LOC, y en segundo lugar, entró a la discusión de fondo del proyecto.

¿Qué problema hay con eso? Que para poder hacer esa calificación de Ley Orgánica Constitucional el TC tuvo que entender que lo regulado en esa modificación tenía o era una materia que la Constitución fijaba como LOC. Y eso es complejo porque la materia LOC no las fija el legislador ni el TC, las fija la Constitución. Por tanto, el TC no le quedaba otra que utilizar algún precepto de la Constitución que calificara una materia de LOC para poder entrar a ejercer el control de oficio y obligatorio.

Pero resulta que aquí todas esas potestades de aplicación de multas, de auxilio de la fuerza pública, no están como materia de LOC en la Constitución, por lo que no había, en principio, base normativa en la Constitución para realizar esa calificación jurídica y ejercer el control obligatorio el TC.

“Declaró que el ejercicio de la potestad sancionadora es jurisdiccional, y como es jurisdiccional es una materia que cabe dentro del artículo 77 de la Constitución que fija la organización y atribuciones de los tribunales.”

nea, pero inteligente, pero que tiene un sentido político específico. Declaró que el ejercicio de la potestad sancionadora es jurisdiccional, y como es jurisdiccional es una materia que cabe dentro del artículo 77 de la Constitución que fija la organización y atribuciones de los tribunales.

3. La potestad sancionatoria como potestad jurisdiccional

Es decir, entendió que el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora es potestad jurisdiccional.

Bueno señoras y señores senadores, eso es una tesis en Chile minoritaria, absolutamente minoritaria, de que el ejercicio de la potestad sancionadora es potestad jurisdiccional. La sostienen algunos, sí. ¿Quién la sostiene? Por ejemplo el profesor Eduardo Soto Kloss, por ejemplo. Él sostiene efectivamente que el ejercicio de la potestad sancionatoria es ejercicio de la potestad jurisdiccional.

¿Quién más lo sostiene en nuestro derecho? Curiosamente el profesor Iván Aróstica también lo sostiene en un artículo escrito en el año 1987, y reiterado en el año 1991. Ahora, no sé si el Profesor Vergara también lo sostendrá.

Nadie más sostiene ésto, y la inmensa mayoría de nuestra doctrina lo rechaza. Si ustedes fueran a las jornadas de derecho administrativo, e incluso le puedo enviar un ejemplar, y el único que sostuvo esa tesis fue el profesor Soto Kloss. Todos los demás estamos en la posición contraria.

¿Porque todos estamos en la posición contraria? Porque decimos que no es jurisdiccional, porque esta es la tradición europea continental, con la sola excepción probablemente, y sólo en cierto sentido, de Francia. Pero todos los demás entienden que la potestad sancionatoria es administrativa.

Entonces la pregunta es ¿cómo entró el TC al control obligatorio del proyecto de ley si la materia regulada (reforma al Código de Aguas) está excluida de las materias de LOC? Porque realmente lo que hizo el TC, aplicando una terminología del derecho laboral, es utilizar un subterfugio. Hizo una cosa inteligente, arbitraria y erró-

Esta discusión también se produjo en España en los años 70, es decir, si la potestad administrativa era potestad administrativa o jurisdiccional. Y ello se zanjó claramente en la Constitución española del 78 (artículo 25) y luego en la ley del régimen jurídico de administración pública del año 92', señalando claramente que la potestad sancionadora es administrativa y no jurisdiccional. Ello lo hizo contrariando la tesis del profesor Eduardo García de Entrerría que sostiene o quería sostener que la potestad sancionatoria era jurisdiccional. En este sentido, Alejandro Nieto, profesor español que ha escrito la obra sobre Derecho Administrativo sancionador más relevante y con mayor impacto en habla hispana, recoge esta discusión y señala claramente que la postura de García de Entrerría fue derrotada.

En este mismo sentido, nuestra doctrina y el TC desde el fallo del año 1996 en adelante ha sostenido invariablemente que la potestad sancionadora de la administración es administrativa y no jurisdiccional. ¿Y esto es raro? No, porque es lo que sostiene también la Corte Suprema y la CGR, afirmando al mismo tiempo la existencia de algunas garantías del ciudadano frente a este poder sancionador de la Administración.

De otra manera no se explica todas las leyes que se han aprobado en este Congreso Nacional que han otorgado potestades sancionatorias a órganos administrativos, como por ejemplo la Superintendencia de Medioambiente, la Comisión para el Mercado Financiero, la Superintendencia de Valores, la Dirección del Trabajo, el Servicio Nacional de Pesca, entre otros.

Todas esas leyes que se han aprobado en los últimos años, todas otorgan potestad sancionatoria a un órgano de la Administración del Estado. Por lo tanto sostener lo contrario, como lo sostiene Aróstica expresamente, es una postura absolutamente minoritaria en nuestro derecho y que no es concordante con lo que hoy día está ocurriendo en el derecho chileno, tampoco en el derecho comparado.

Por lo tanto, toda esta entrada del TC por la vía del artículo 77 para ejercer el control obligatorio del proyecto de ley está todo construido sobre un presupuesto normativo falso, que no existe.

“(…) nuestra doctrina y el TC (..) ha sostenido invariablemente que la potestad sancionadora de la Administración es administrativa y no jurisdiccional”.

“Por lo tanto, toda esta entrada del TC por la vía del artículo 77 para ejercer el control obligatorio del proyecto de ley está todo construido sobre un presupuesto normativo falso, que no existe”.

Porque todos los tribunales especiales que se han creado en Chile se han hecho modificando las reglas de organización de los tribunales del capítulo sexto de la Constitución, es decir, los artículos 76 a 82. Ahora bien, siempre se entendió que estas normas no se aplicaban a los tribunales especiales ajamos al Poder Judicial, es decir, que estas normas tenían un ámbito mucho más restringido, que eran para los tribunales ordinarios. Resulta que ahora estas normas se aplican a todos los órganos que resuelven controversias, incluidos los órganos administrativos. Bueno, entonces se han dictado muchas leyes inconstitucionales en el último tiempo. Desde luego eso parece una conclusión un poco absurda, pero a ello nos lleva esta interpretación extrema del TC del artículo 77 de la Constitución.

4. Potestad sancionatoria y auxilio de la fuerza pública

Voy rápidamente al tema de la potestad sancionatoria y del auxilio de la fuerza pública.

Despejado el tema de que esto no era materia de ley orgánica; la pregunta es si esta potestad sancionadora excedía los márgenes que establece la Constitución. La respuesta obviamente es negativa, ya que la Constitución no se refiere a esto.

Entonces ¿de dónde sale la afirmación del TC que la norma legal objeto del control excede la Constitución en la medida que entrega la potestad sancionadora a un órgano administrativo y no a un juez? La verdad no lo sé.

La Constitución no establece que la potestad sancionadora se le entregue a un juez o a la Administración. ¿Se puede entregar a un juez la potestad sancionadora? si se puede, la Constitución no lo limita. De hecho el propio Código de Aguas le otorgaba a los jueces de policía local y de letras esta

Ahora bien, eso tiene un problema adicional, y que yo creo que le puede traer problemas al TC, que quizás no se ha dado cuenta. Si yo entiendo que en el artículo 77 está todo lo relacionado con la resolución de conflictos en general y por eso, precisamente, puedo entrar al control obligatorio de los proyectos de ley, entonces, señores senadores, ustedes han dictado un sinnúmero de leyes inconstitucionales.

potestad. Lo mismo ocurre en materia forestal, se otorga al juez de policía local la posibilidad de sancionar. En materia de pesca también se le otorga al juez de letras esta potestad, aunque actualmente comparte ella, en ciertas materias, con el Servicio Nacional de Pesca.

¿Qué quiero decir con esto? que esta es una opción disponible para el legislador. Son ustedes los que tienen que decidir a quién se le otorga la potestad sancionadora. Pero alguien diría: “bueno significaría que el particular queda desprotegido frente a ese ejercicio? No, no queda desprotegido. Son otros los mecanismos de protección previstos en el ordenamiento para ello.

En primer lugar, se exige que el ejercicio de la potestad sancionadora cumpla ciertas garantías: procedimiento previo, que la norma establezca el ilícito, que la sanción esté establecida en la ley. Son normas que la doctrina ha ido construyendo porque la Constitución no dice nada, pero son garantías para el ciudadano. Algunos han denominado esto, aunque a mí no me gusta esta expresión, garantías penales atenuadas para el ciudadano frente al poder sancionador de la Administración, pero es el término que se utiliza en Chile.

Y ¿cuál es otra garantía fundamental? la revisión judicial. Siempre el ejercicio de una potestad administrativa llevará implícita la revisión judicial de su ejercicio, y si no se establece ninguna específica por la ley, va a operar la revisión judicial general exigida por el artículo 38 de la Constitución, que dice específicamente que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos puede ir a un tribunal que determine la ley.

Y ¿cómo lo va hacer si no hay un procedimiento especial? ¿en Chile cómo se ha hecho? Se ha hecho vía reclamos especiales cuando la ley lo dice, y si no lo dice, vía recurso de protección, y si no le gusta los recursos de protección, vía nulidad de derecho público.

“Pero alguien diría: bueno significaría que el particular queda desprotegido frente a ese ejercicio? No, no queda desprotegido. Son otros los mecanismos de protección previstos en el ordenamiento para ello”.

“Siempre el ejercicio de una potestad administrativa llevará implícita la revisión judicial de su ejercicio”.

Es decir, el ordenamiento jurídico garantiza efectivamente esa revisión judicial del ejercicio de la potestad. ¿Podría, en este caso, pensarse que esas normas que fueron expuestas por el profesor Vergara eliminaban esa revisión judicial? No, no la eliminaban. ¿Lo mencionaban expresamente? no, tampoco. Pero no la eliminaban porque no podrían haberla eliminado, eso sería inconstitucional.

¿Qué hace la ley? le ha entregado la potestad a los órganos administrativos y le ha dicho incluso que la ha dotado con ciertas atribuciones especiales para el ejercicio de esa potestad, pero no ha eliminado la facultad judicial.

Las únicas 2 facultades que se podría decir que están mermaidas, pero que no llegan a su eliminación, son por un lado la referencia que hace que una vez que ha impuesto la multa el juez tendrá como base la resolución administrativa de aplicación de la multa, art. 38. Pero eso no significa, desde luego, que no la podrá revisar judicialmente. De hecho más, si uno mira el artículo 177 del CA lo que habla es de una instancia general de revisión judicial en un procedimiento breve y sumario.

“Simplemente lo que ha dicho es que la resolución administrativa tiene mérito ejecutivo”.

Simplemente lo que ha dicho es que la resolución administrativa tiene mérito ejecutivo. ¿oiga cómo una resolución administrativa tiene mérito ejecutivo? ¡Pero si todas tienen mérito ejecutivo! Es una cuestión elemental, el artículo 3° de la Ley de Bases dice que los actos administrativos son ejecutivos y gozan de presunción de legalidad y de imperio, y de exigibilidad. Por lo tanto, en este sentido, el acto administrativo es como una sentencia judicial, para estos efectos, es decir se pueda imponer a los particulares, quedando siempre a salvo de la posibilidad de impugnar este acto administrativa y judicialmente.

¿Pero eso ocurre en la realidad?, pero fíjense!, en la Dirección del Trabajo: si va a una empresa y encuentra que tiene trabajadores sin contrato de trabajo. Le aplica una multa. ¿Se le puede exigir al particular? ¡por supuesto que sí y la sola resolución tiene mérito ejecutivo!

Otra cosa es que el empleador considere que ha sido injustamente multado y reclame al juez del trabajo, y eso sí es posible, así lo dice el Código del Trabajo, y no hay ningún problema. Y el juez del trabajo decidirá si la multa está bien o mal aplicada. ¿Se vulneró el derecho de empleador al aplicarle una multa? No. Lo que hay es un modelo que se construye en el derecho administrativo, en que la potestad administrativa se ejerce sobre el particular, sin su voluntad,

pero el particular tiene el derecho a impugnar judicialmente ese acto administrativo. Incluso más, el juez puede paralizar, incluso, suspender el acto administrativo.

5. Cambio de paradigma en la potestad sancionatoria

Entonces, ¿por qué el profesor Vergara sostiene que aquí hay normas inconstitucionales? porque lo que está haciendo es cambiando el paradigma.

¿Cuál? de que la acción administrativa se produce directa e inmediatamente y el particular impugna. Ese es el paradigma que hemos construido en la tradición europea continental, y lo que pasa es que a algunas personas no les gusta, porque prefieren que sea el juez el que aplique la sanción.

¿Es respetable esta posición alternativa? Por supuesto que sí, es muy respetable. Pero una cosa es que tengamos diferencias sobre lo que nos parezca mejor y otra cosa es decir que la Constitución nos obliga a establecer un modelo determinado. La Constitución no nos obliga a nada, y el legislador ha establecido estas opciones.

Ahora, que lo que pasa que hoy día el presidente del TC tiene una tesis, tiene una posición, que es su posición doctrinaria podríamos decir, lo que él creía, y la escribió en el fallo. Es su posición y ha logrado concitar una mayoría en el tribunal. Pero no es lo que dice la Constitución; es la posición del presidente del Tribunal Constitucional actual.

Que, por cierto, es la tesis exactamente contraria a la del anterior presidente del TC. No es que hay un problema de discusión constitucional acá, hay un problema ideológico, no en el sentido de un partido político, sino en el sentido de cuál es la construcción jurídico-administrativa que más me gusta.

El problema ideológico es, ¿yo quiero fortalecer los poderes de la Administración para cautelar ciertos bienes? y luego de hecho ese ejercicio de esa potestad, genero la acción judicial que la impugna. O prefiero no correr el riesgo de ejercicio de esa potestad administrativa y radicarla directamente en los tribunales, de modo que el derecho queda suspendido en alguna manera hasta que no se aplique por el tribunal.

“Lo que está haciendo es cambiando el paradigma. ¿Cuál? de que la acción administrativa se produce directa e inmediatamente y el particular impugna”.

Es una opción, es una discusión válida. Perfectamente. La diferencia es quién, qué es lo que hay, cuál es lo más eficiente, para cautelar un bien público determinado.

“¿Consideramos que estos bienes jurídicos como el agua, en este caso, es suficientemente relevante para darle este poder a la Administración, o consideramos que no es tan relevante y, por tanto, no le damos este poder tan intenso y se lo damos a los tribunales? Pero eso es una decisión política, no es una decisión constitucional”.

A mí me parece que es más eficiente, para cautelar las aguas, que la Administración tenga este poder para paralizar, por ejemplo, una obra que se está realizando sobre un cauce de un río sin autorización. En cambio, a otro le parece más eficiente otra cosa.

¿Se ha usado este poder tan intenso de la Administración? Si, les menciono dos ejemplos: ¿cuándo usted tiene un lugar de comida rápida que da comida que puede estar contaminada, la autoridad sanitaria va a pedirle autorización al

juez para suspenderlo? No, actúa de inmediato, paraliza, porque entiende que el bien público comprometido es tan relevante, la salud pública, que actúa de inmediato, sin pedir la autorización judicial. ¿Puede impugnarse esa resolución administrativa ante los tribunales? Si, se impugna. Pero la potestad de autotutela de la Administración es inmediata porque entiende que los bienes jurídicos en conflicto o en peligro son mayores.

Por lo tanto, y con esto terminó, la pregunta, es ¿consideramos que estos bienes jurídicos como el agua, en este caso, es suficientemente relevante para darle este poder a la Administración, o consideramos que no es tan relevante y, por tanto, no le damos este poder tan intenso y se lo damos a los tribunales? Pero eso es una decisión política, no es una decisión constitucional.

IV. PREGUNTAS Y RESPUESTAS



Luego de las exposiciones de los dos especialistas en la materia, en donde quedó plasmada la opinión y mirada jurídica de cada uno, los Senadores miembros de la Comisión procedieron a exponer su visión en relación con el tema tratado –el fallo del TC en materia de fiscalización y sanción en el derecho de aguas- y a realizar ciertas preguntas a los expositores. Se transcriben a continuación tales preguntas, junto con las respectivas respuestas emitidas por cada profesor.

1. Pregunta del Senador Juan Enrique Castro

(...) El órgano administrativo (Dirección General de Aguas) tiene que tener facultades para tomar decisiones rápidas porque estamos hablando de que muchas veces un privado va e interviene un cauce y el primero que va a tener la posibilidad de recibir el reclamo va a ser la DGA, porque si pasa a un Tribunal puede pasar semanas y eso significa un daño ocasionado muy grande. (...) El Tribunal Constitucional se metió en algo más profundo, en un fondo que no le pertenece. (...) ¿Cómo se puede solucionar?, porque el TC objetó estos 4 puntos, ¿cómo senadores de esta Comisión, tenemos la posibilidad de reclamar esta decisión o solamente obedecer?

a. Respuesta del Profesor Ferrada:

Las sentencias del Tribunal Constitucional son inapelables, son definitivas. Lo que el Parlamento puede hacer es plantear un nuevo proyecto de ley y plantear unas exigencias distintas que pudieran ser concordantes con las exigencias del Tribunal Constitucional. Ojo que los criterios del Tribunal Constitucional van cambiando; hoy en día puede haber dicho esto, pero no sabemos lo que dirá en el futuro. Pareciera que hay una cierta línea por lo que ha dicho en estos 2 fallos, en éste y en el Sernac, pero no lo sabemos. Además, el Tribunal va a cambiar su composición prontamente, al menos 2 ministros, dentro de este año. Y por lo tanto pueden cambiar los criterios, como ya han cambiado en

alguna oportunidad. No obstante, el Parlamento sigue teniendo potestad para legislar y puede dictar una nueva norma legal que reponga esto u otras condiciones, y que obligue al Tribunal Constitucional a un nuevo pronunciamiento sobre la materia.

b. Respuesta del Profesor Vergara:

“Si se observa con profundidad el fenómeno de los problemas de aguas, tendría que mirarse también el órgano que interviene. Y el órgano que interviene es un órgano administrativo que normalmente tiene una misión importante que cumplir.

En primer lugar, lo que ha de iniciar es una investigación para llegar a culpabilizar a alguien; ya tiene que haber en un primer control de un procedimiento interno, y quizás eso es algo que merece la pena revisar también por el legislador antes de darle un poder tan grande a la decisión ulterior del órgano administrativo. Ahí ya hay una primera posibilidad del particular de que pueda intervenir.

En segundo lugar hay que observar también lo que yo decía antes; esto es, que normalmente hay disputas de las aguas, entonces cabe observar la necesidad de verificar a través de un juez las garantías constitucionales de cualquier persona, la que puede ser de cualquier nivel social o de cualquier tipo.

La Corte Suprema ha emitido durante los últimos años una infinidad de sentencias que no han sido precisamente favorables para la Dirección General de Aguas, por el quebranto sistemático a las garantías constitucionales de los particulares en esos mismos casos. Se actúa bajo la presunción de que la actuación de la DGA siempre es la que corresponde y que el aprovechamiento de los particulares es siempre casi una acción delictual; yo lo que sugiero es una observación más completa de cómo son esos fenómenos, quizás una revisión de la jurisprudencia, de la casuística que hay. Sino que cabe ampliar la mirada eso es mi sugerencia.”

2. Pregunta de la Senadora Yasna Provoste

“(…) a raíz de sus afirmaciones [profesor Vergara Blanco], en que con este proyecto ha habido un exceso del legislador en el marco permitido, usted señaló que aquí se quebranta el principio de la separación de poderes. Esto nos parece grave, porque tres de los cinco senadores aquí presentes participamos activamente en la aprobación de este proyecto... con apoyo contundente.

Esto da cuenta en que claramente en que esta República moderna, el trabajo del legislador reconoce dificultades ... quisiera preguntarle: ¿cómo interpreta usted lo que también se aprobó en este proyecto de ley, particularmente la modificación al artículo 137, que las resoluciones de término que dicte el Director General de Aguas en conocimiento de un recurso de reconsideración ... y toda otra serán reclamables ante la Corte de Apelaciones de Santiago ... o ante la Corte de Apelación del lugar en que se dictó el acto? Si bien se eliminó la autorización previa del uso de la fuerza pública, puede ser reclamable, lo mismo la paralización de las obras, por lo tanto, a mí me parece que esto es importante, porque para los legisladores ha sido necesario establecer condiciones y garantías para las personas, y por lo tanto, allí tengo una duda respecto de lo que usted ha planteado.

Estoy de acuerdo que es un problema ideológico. (...) Uno puede pensar que ha habido excesos del Ejecutivo cuando aprueba un Decreto con Fuerza de Ley. (...) Lo peor que le puede pasar a un tribunal, es que uno conozca de antemano el fallo sabiendo la composición del tribunal. Eso desprestigia a cualquier tribunal. Y el TC en mi opinión no ha estado exento de ello. Me gustaría saber su opinión en eso Profesor Vergara.”

a. Respuesta del Profesor Vergara

Respuesta al planteamiento del Profesor Ferrada

“(…) Por cierto, que no puedo pasar por alto que en el inicio de su exposición, o como presupuesto de la exposición, el profesor Ferrada reduce la Constitución y su texto casi a aire, porque, según él, el Poder Legislativo puede hacer lo que desee. Yo no puedo estar de acuerdo con esa afirmación; quizás es inadecuado decirlo ante el Poder Legislativo pues la

Constitución tiene contenidos sustantivos, que son los mismos que yo he invocado.

En segundo lugar, ya está claro y creo que es importante decir, aunque parezca majadero, que el problema no es la potestad sancionatoria; es que en eso estamos todos de acuerdo, que se puede otorgar y es legítimo y toda esta doctrina que ha traído el profesor Ferrada es innecesaria en este instante; la verdad ha sido muy útil y entretenida su exposición en ese sentido, pero no es lo que hay que discutir ahora. El tema no era ni siquiera la confusión de la potestad sancionatoria con la jurisdiccional, porque esa confusión no está ni en la sentencia del Tribunal Constitucional.

Es importante que la Comisión lo tenga presente y analice esto porque en ningún momento en la sentencia del TC se sostiene que no es legítima la potestad sancionatoria, ni tampoco se invocan las doctrinas de los sostenedores de esa tesis, ni yo mismo la sostengo, sería realmente dispararse a los pies y quitarle toda la fuerza a los órganos administrativos, por lo tanto yo creo que eso no es lo que está en discusión.

Lo que está en discusión es entregarle, al mismo tiempo, potestades a un órgano administrativo para que sancione y que sus sentencias o sus decisiones tengan efecto de cosa juzgada.

Entonces, como en el caso de la exposición del profesor Ferrada, ha habido demasiada preocupación, desde el punto de vista político, de una sentencia que anula las decisiones del poder legislativo; pero quizás se han olvidado de revisar muy bien y en detalle las disposiciones que realmente anula el Tribunal Constitucional, porque no dice relación con evitar esa potestad sancionatoria; sino que solamente el TC evita es que actúe alguna jurisdicción, cualquiera que sea.

“Lo que está en discusión es entregarle, al mismo tiempo, potestades a un órgano administrativo para que sancione y que sus sentencias o sus decisiones tengan efecto de cosa juzgada”.

Respuesta a la Senadora Provoste

De ahí que no resulta efectiva la afirmación, y así le respondo a la Senadora Provoste, de que se podrá discutir posteriormente en virtud del 137 del Código de Aguas, el que consagra el recurso de reclamación en contra de las decisiones de ese órgano; porque precisamente lo que se dijo en ese proyecto que anuló el Tribunal Constitucional fue que no se deseaba que hubiese control alguno posterior; entonces

es bien importante leer esas dos disposiciones que anuló el Tribunal Constitucional.

Lo que se dijo es que al eliminar la posibilidad del tribunal de revisar la sanción de la Dirección General de Aguas, y que el tribunal solo tendrá que cobrar lo que determinó dicho Organismo, lo que hace el legislador en esa disposición, y de ahí mi argumento de romper el principio de separación de poderes, es decir que una vez que decida un órgano administrativo nadie más va a poder revisar esto, y eso es otorgar efecto de cosa juzgada. Eso significa reducir a la nada la potestad jurisdiccional y significa entonces romper el principio de separación de poderes. Y si lo revisan muy bien se van a dar cuenta que eso dice exactamente la disposición.

A lo mejor ustedes han visto que el Tribunal Constitucional ha eliminado otras potestades o lo han visto en otro tipo de casos, en que ha frustrado la decisión del legislador, pero en ese caso a mí me parecía perfectamente fundado.

Un órgano autónomo para la Administración de las aguas

“Para mí esto es una discusión plenamente jurídica porque la Constitución es una norma jurídica que está llena de contenido”.

del Estado de derecho, se han creado órganos autónomos. Y quizás esa es una clave.

Es hacia donde se han dirigido todas las democracias para perfeccionar los sectores, porque es obvio que los órganos administrativos que están sujetos a cambios de sus directores generales o de sus jefes de servicio, en cada cambio de Gobierno, no es lo más favorables para avanzar en los temas específicos, en los que se requiere una alta racionalidad técnica como es el caso de las aguas. Y todos esos problemas que se invocan aquí, de sectores focalizados, quizás podrían ser mejorados desde ese punto de vista, y mirar el órgano y mejorar la institucionalidad desde dentro y dotarlo de una autonomía, la que hoy en día no tiene; y quizás esa, podría ser una solución que daría respuestas a todos esos inconvenientes que ustedes dicen que existen.

Previsibilidad de Sentencias del TC

En fin, respecto a la pregunta que me hacía la Senadora Provoste de la actuación del Tribunal Constitucional, pienso que es tan previsible como las decisiones de esta Comisión o del Congreso cuando uno sabe los porcentajes de los representantes. Yo no me quejaría de eso nunca porque me parece que es el juego de la democracia, y al revés, desde el punto de vista jurídico, por lo que nosotros

a veces luchamos es por la previsibilidad de esas decisiones. Las democracias buscan la previsibilidad; usted observe en la Corte Suprema de Estados Unidos, son muy previsible los fallos porque se sabe muy bien cómo son sus integrantes y esa es una fortaleza de las democracias. Ahora, si lo que desea la Senadora Provoste es que el Tribunal considere constitucional todos los proyectos de ley que le envía el Congreso Nacional, cualquiera sea su contenido, eso no es correcto. Lo que hace el Tribunal Constitucional, y lo dije yo al inicio de mi exposición, es ser un mensajero de una noticia, que es el marco constitucional y que al mismo tiempo por cierto contiene una interpretación distinta a la del Congreso. Pero mientras eso exista, yo no me extrañaría de la previsibilidad de esas decisiones; lo que sí yo buscaría es racionalidad en la discusión y es lo que hemos intentado ambos profesores aquí, de incorporar, y yo agradezco que ustedes lo hayan reconocido, una racionalidad, una racionalidad jurídica.

Para mí esta es una discusión plenamente jurídica porque la Constitución es una norma jurídica que está llena de contenido y no es “aire” como parecía sugerir el profesor Ferrada; es algo más que eso. Entonces, desde esa perspectiva, el Tribunal Constitucional tiene la misión de considerar un proyecto como inválido, en aquellos aspectos en que es inconstitucional, como lo ha hecho en este último caso.”

b. Respuesta del Profesor Ferrada

“Solo tres cosas. Lo primero es la confusión de potestades y lo que plantea el profesor Vergara a propósito de esta decisión administrativa que produciría en efecto una especie de cosa juzgada desde luego no se deriva del texto de la norma, la norma no dice eso. Lo único que dice que podría mirarse de esa manera es la reforma del artículo 175 cuando agrega en la parte final después de decir:” si la ley no

“Ahora, si lo que desea la Senadora Provoste es que el Tribunal considere constitucional todos los proyectos de ley que le envía el Congreso Nacional, cualquiera sea su contenido, eso no es correcto”.

indicara la autoridad encargada de imponer las multas, esta será aplicada por el juez letrado en el lugar en que hubiere cometido la infracción”, eso dicho en la reforma y agrega: “con el solo mérito de la resolución administrativa fijando el plazo para su pago”. Claro, la lectura que hace el profesor Vergara da a entender que ahí lo que está diciendo es que esa es una resolución que no se puede controvertir, pero esa no es la lectura que uno puede hacer, la lectura que puede hacer uno y sin mayor esfuerzo es decir lo que está diciendo es que la resolución administrativa tiene mérito ejecutivo, como la tienen muchas resoluciones administrativas, no solo esta sino muchas, la resolución del trabajo etc. Muchas, y lo que está diciendo es que eso es lo que el juez tiene como referente.

Ahora, si alguien impugna eso a través del mecanismo del reclamo ante la Corte de Apelaciones o a través del juicio sumario, bueno está en su derecho, y eso evidentemente no significa que no se pueda impugnar.

Lo segundo es que yo creo que la Constitución juega un papel fundamental, la Constitución pone límites efectivamente al poder político. La Constitución como norma, que es básicamente la doctrina, es una doctrina que viene de los años 50 en Alemania, después llegó a los años 70 en España y luego llegó a Chile, y evidentemente significa que hasta el legislador tiene límites. Pero hay que tener cuidado con esos límites, porque los límites constituyen límites a la democracia y por lo tanto la interpretación tiene que ser restrictiva porque ustedes son los representantes de la voluntad popular y por lo tanto, como ustedes son los representantes tienen un gran poder, y ese poder solamente decae cuando efectivamente se decide algo contrario a la Constitución, pero donde es evidente la contrariedad. Aquí no es evidente, y bueno ustedes dirán:” si pero cómo no va a ser evidente si hubo ministros que dijeron que es evidente”. Pero mire que casualidad, 6 dicen que es evidente y 4 dicen que no es evidente. Si hay 119 diputados que aprobaron el proyecto, si hay 26 senadores que también lo hicieron, si pasa por la secretaría técnica de las comisiones legislativas y dicen que no es materia orgánica constitucional, es evidente que hay una lectura distinta de lo sostenido por 6 ministros del TC. Así las cosas o todos los abogados que hay en el Congreso son malos y debieran despedirlos a todos o las cosas no son tan evidentes como lo sostiene la mayoría del TC.

Lo que pasa en realidad es que los abogados que están sentados en el Tribunal Constitucional tienen ciertas posiciones ideológicas y eso es lo que ocurre en la realidad. Si son las posiciones que tienen cada uno, las que se manifiestan en la sentencia, y por eso yo creo que el Tribunal Constitucional tiene que ser extremadamente prudente, y no lo está siendo. Tiene que ser extremadamente prudente, porque jugar con esto es jugar con fuego y entonces el

Tribunal puede ser que hoy día esté imponiendo determinados tipos de concepciones ideológicas de cómo se interpreta la Constitución, porque la Constitución no dice eso. Pero eso es pan para hoy y hambre para mañana, porque con las interpretaciones así de estrictas lo que va poner en juego es la propia existencia del Tribunal Constitucional.

Yo quiero que el Tribunal Constitucional exista, yo soy partidario del Tribunal Constitucional, pero el Tribunal Constitucional tiene que ser cuidadoso, y cuando no es cuidadoso, cuando resuelve cosas por mayoría tan estrechas imponiendo ciertas posiciones, o cuando lo que hace es hacer miradas sesgadas de la Constitución. Porque ¿ahí el problema es el Tribunal Constitucional que interpreta o el problema es la Constitución? Yo no quiero que el problema sea la Constitución, yo quiero que sea el Tribunal. Pero si yo sigo defendiendo al Tribunal y el Tribunal va a seguir teniendo defensores, el problema se va a transformar en la Constitución. Y eso va a ser un problema constitucional y el Tribunal está llevando para allá la discusión y en eso hay que tener cuidado.

“Lo que pasa en realidad es que los abogados que están sentados en el Tribunal Constitucional tienen ciertas posiciones ideológicas y eso es lo que ocurre en la realidad”.

Los alemanes dicen una cosa muy interesante, y con esto termino, dicen que el Tribunal Constitucional cuando interpreta una norma y declara su inconstitucionalidad, lo hace cuando no hay ninguna interpretación posible de la norma legal de conformidad con la Constitución. Cuando hay una sola interpretación posible de armonizar con la Constitución la norma debe ser declarada constitucional; y eso porque se respeta mucho la libertad de configuración normativa que tiene el legislador en un sistema democrático. Hay que tener mucho cuidado con esto.”

BOLETÍN
Mirada Administrativa N°8
Septiembre 2018

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340,
Santiago, Chile.

EDICIÓN GENERAL
**Programa de Derecho
Administrativo Económico UC
(PDAE).**

Cada transcripción es
responsabilidad de su autor
y no refleja necesariamente
la opinión del PDAE.