

Fiscalización y sanción administrativa en materia de aguas. Comentarios a la reforma de la Ley N° 21.064 de 2018

Inspection and administrative sanction in water matters.
Comments to the reform of Act Num. 21,064 of 2018

Iván Mauricio Obando Camino*

Este trabajo consiste en un comentario sobre algunas de las nuevas normas sobre fiscalización y sanción administrativa en el CA, a la luz de la reciente reforma de la Ley N° 21.064. Luego de describir algunas de las principales innovaciones introducidas por esta ley, este artículo analiza críticamente los cambios efectuados en materia de fiscalización y sanción administrativa, identificando algunas de las dificultades que pueden afectar la implementación de esta reforma legal.

Palabras clave: Fiscalización, sanción, agua.

This paper consists of a comment on some of the new legal regulations about administrative inspection and sanction in the Chilean Water Law Code, after the recent reform that went into effect through Act Num. 21,064. After describing some of the main innovations introduced by this reform, this article analyzes critically the amendments that deal with administrative inspection and sanction, identifying thus some difficulties that may impair the implementation of this legal reform.

Keywords: Inspection, sanction, water.

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor Asociado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile. Abogado y Doctor en Ciencia Política por la Universidad Estatal de Nueva York en Albany. Talca, Chile. Correo electrónico: iobandoc@utalca.cl

El presente texto corresponde a una versión corregida y resumida de una ponencia presentada por el autor en las XX Jornadas de Derecho y Gestión de Aguas, celebradas el 5 de septiembre de 2018, en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Recibido el 10 de octubre de 2018 y aprobado el 11 de abril de 2019.

Introducción**

El 17 de enero de 2018, S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, promulgó la ley que "Introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones", tras prácticamente seis años de tramitación legislativa, luego de haber sido propuesto por su antecesor en el cargo, el Presidente Sebastián Piñera¹.

Esta ley fue publicada con el N° 21.064 en el Diario Oficial N° 41.968, de 27 de enero de 2018 y reconoció expresa y ampliamente la potestad sancionadora de la DGA, en otras palabras, su potestad para imponer una sanción en sede administrativa a uno o más administrados como consecuencia del ejercicio de su actividad de policía.

Al respecto, debemos recordar que la sanción se define en general como "el proceder impuesto por la autoridad pública al autor de una infracción a un deber jurídico"², mientras que la sanción administrativa se define, al decir de Parejo, como "la corrección impuesta a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutivos de infracción asimismo administrativa, es decir, tipificado legal y previamente como tal"³. Como bien indica este autor, ella puede consistir, entre otros, "en la obligación de satisfacer una cantidad de dinero, como en la pérdida, total o parcial, temporal o definitiva, de una situación jurídica subjetiva favorable constituida por el Derecho Administrativo [...]"⁴.

Cabe agregar que el proyecto de ley respectivo fue objeto de un control preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, el que dictó la sentencia de 26 de diciembre de 2017, Rol N° 3958-17-CPR, cuyo tenor ha generado diversos comentarios estimulados, además, por el contenido de la sentencia dictada por el mismo Tribunal en el expediente Rol N° 4012-17-CPR (el denominado *fallo SERNAC*)⁵.

Tampoco puede soslayarse el impacto normativo de esta reforma legal, lo que puede apreciarse mediante el examen del texto del CA, tanto antes como después de la reforma, desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo.

Cuantitativamente, el CA mencionaba el sustantivo "multa", en singular y plural, en veintiocho (28) oportunidades antes de la reforma⁶ y ahora lo

** Tabla de abreviaturas: CPR: Constitución Política de la República; CA: Código de Aguas; CADH: Convención Americana de Derechos Humanos; art.: artículo; arts.: artículos; inc.: inciso; N°: número; N°s.: números; DGA: Dirección General de Aguas; OUA: organizaciones de usuarios de aguas; UTA: Unidades Tributarias Anuales; UTM: Unidades Tributarias Mensuales.

¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2018a.

² GARRONE 2000, 674.

³ PAREJO 2016, 855. Ennegrecido en el texto original.

⁴ IDEM.

⁵ GARCÍA 2018; LETELIER 2018; VERGARA 2018 a; VERGARA 2018 b; SOTO 2018, entre otros.

⁶ Arts. 91, 122 bis, 172, 173, 174, 175, 176, 201, 207, 212, 213, 216, 217, 241, 242, 245, 248, 260, 281, 306 y 307 CA.

hace en cuarenta y seis (46) oportunidades⁷. Algo similar sucede con el empleo del sustantivo “sanción”, en singular y plural, y de los adjetivos “sancionatorio” y “sancionado” o “sancionada”, que ahora se mencionan en veintiocho (28) oportunidades⁸, en circunstancias que antes sólo se mencionaban diez (10) veces⁹, debiendo destacarse que el adjetivo “sancionatorio” estaba ausente del texto vigente del CA.

Cualitativamente, la mayoría de los preceptos que decían relación con el ejercicio de potestades sancionatorias se ubicaban en el Título III –“De las Organizaciones de Usuarios”– del Libro Segundo del CA, lo que era consonante con el autogobierno de las aguas por sus usuarios y el empleo de la heterotutela judicial, tanto para fines sancionatorios, como para el cumplimiento forzado de los actos administrativos dictados por la DGA¹⁰, con un discreto efecto disuasivo de su actividad de policía¹¹; en cambio, ellos ahora se dividen casi por igual entre las normas sobre las OUA, las del nuevo procedimiento administrativo fiscalizadorio y aquellas pertinentes al ejercicio de la potestad sancionatoria de la DGA.

Estos hallazgos sugieren que esta reforma legal tuvo un impacto importante en el CA, al punto de reforzar el ejercicio de las atribuciones fiscalizadoras de la DGA y reconocer expresa y ampliamente la potestad sancionatoria de esta última, como indicado *infra*.

Las reflexiones precedentes no constituyen algo baladí, a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Considerando Trigésimocuarto del denominado *fallo SERNAC*, de cuya redacción se deduce un campo no menor, aunque indeterminado, para el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria¹², lo que fue confirmado aparentemente por la publicación posterior de la Ley N° 21.091, sobre Educación Superior¹³. Lo anterior cobra

⁷ Arts. 91, 122 bis, 138, 172, 173, 173 bis, 173 ter, 174, 175, 176, 201, 207, 212, 213, 216, 217, 241, 242, 245, 248, 260, 281, 303, 306 y 307.

⁸ Arts. 41, 92, 122, 122 bis, 129 bis 2, 143, 172 bis, 172 ter, 172 sexies, 173, 173 bis, 173 ter, 216, 226, 248, 299, 303, 306 y 316.

⁹ Arts. 92, 122, 122 bis, 143, 173, 216, 226, 248, 306, 316 CA.

¹⁰ OBANDO 2016, 196.

¹¹ SEEGER 2014, 95.

¹² Al respecto, no huelga recordar que el Considerando referido expresó, en lo pertinente, lo siguiente: “Que, atendida la naturaleza de los contratos que median entre los proveedores comerciantes y los consumidores [...] se encuentra arraigada la concepción de que la investigación y fiscalización de los ilícitos pertinentes se debe encomendar a una entidad administrativa, en tanto que su sanción y corrección ha de confiarse a los tribunales de Justicia./ [...] Y como no ocurre en otros ámbitos del orden público económico, donde se trata de cautelar la observancia de alguna legislación especializada y distinta a la contratación general regida por los códigos (SIC) Civil y de Comercio, a objeto de asegurar la regularidad y continuidad de determinados servicios de utilidad pública, y que –por eso– podrían ameritar una regulación diferenciada;/ [...]” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2018a, 29. Espaciado agregado por el autor.

¹³ Cfr. la potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia de Educación Superior prevista en los arts. 18 a 62 de la ley N° 21.091 y lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el fallo Rol N° 4317-18-CPR. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2018b, 40 ss.

relevancia a la luz del debate generado tras la dictación de las sentencias Rolles N° 3958-17-CPR (*fallo DGA*) y 4012-17-CPR (*fallo SERNAC*) por el citado Tribunal¹⁴.

En las páginas siguientes comentaremos y analizaremos críticamente algunas de las nuevas normas introducidas por esta reforma legal, para lo cual pasaremos revista a las principales innovaciones efectuadas por ella, poniendo de relevancia aquellas que nos parecen novedosas, criticables u oscuras. Por lo expuesto, la estructura de este trabajo tendrá la forma de un comentario jurídico sobre legislación, el que se organizará en forma temática.

Para estos efectos, este trabajo consta de siete secciones, incluidas esta Introducción y las Conclusiones, las que discurren sobre las siguientes materias: la sección I. alude a algunas de las nuevas atribuciones fiscalizatorias de la DGA. La sección II. discurre sobre las nuevas normas relativas al cumplimiento de las resoluciones de la DGA. La sección III. efectúa algunas precisiones sobre el nuevo procedimiento fiscalizatorio y sancionatorio, atendido el tenor de diversos preceptos. La sección IV. se refiere a problemas que se advierten en materia de tipicidad y reiteración de infracciones tras la reforma. Finalmente, la sección V. expone algunos cuestionamientos adicionales que surgen con motivo de la determinación de infracciones y sanciones.

I. Algunas nuevas atribuciones fiscalizatorias de la DGA

La Ley N° 21.064 introdujo diversas modificaciones a las atribuciones de la DGA en materia fiscalizatoria, reforzando esta faz de la actividad de policía de este servicio público.

Así, el nuevo art. 299 letra a) CA indica que la planificación del desarrollo del recurso en fuentes naturales podrá realizarse no sólo con la finalidad de formular recomendaciones para su aprovechamiento, como sucedía hasta ahora, sino también para “arbitrar las medidas necesarias para prevenir y evitar el agotamiento de los acuíferos”.

Igualmente, el art. 299 b) CA precisa ahora que la investigación, medición y monitoreo del recurso, tanto en su cantidad como en su calidad, se realiza “en atención a la protección y conservación de las aguas”.

Una expresión de lo anterior son las nuevas obligaciones de medición e información que se imponen a las OUA, a los propietarios exclusivos de acueductos, a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, definitivos o provisionales, concedidos en zonas de prohibición y en áreas de restricción, y a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, conforme a los arts. 38, 67 y 68 CA, cuya infracción es sancionable por la DGA¹⁵.

¹⁴ GARCÍA 2018; LETELIER 2018; VERGARA 2018 a; VERGARA 2018 b; SOTO 2018, entre otros.

¹⁵ Según el caso, debiera sancionarse con la multa del art. 173 N°s. 1 y 2 CA, sin perjuicio de la multa del art. 173 N° 3 CA, aplicable eventualmente a las hipótesis del art. 173 N° 2 CA.

También lo es la atribución conferida a la DGA en el art. 122 bis inc. 3° CA, con el objeto de sancionar de oficio a las OUA que incumplan la obligación de remitir la información actualizada sobre usuarios que conste en el registro de comuneros, antes del 31 de diciembre de cada año¹⁶.

La reforma clarifica, asimismo, que la actividad de policía administrativa, en relación con las aguas terrestres, se ejerce también respecto de las aguas en los acuíferos e involucra “impedir, denunciar o sancionar la afectación a la cantidad y la calidad de estas aguas [de los cauces naturales de uso público y de los acuíferos], de conformidad al inciso primero del artículo 129 bis 2 y los artículos 171 y siguientes; e impedir que en estos se construyan, modifiquen o destruyen obras sin la autorización previa del servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación;”, como indica el art. 299 letra c) CA, reconociendo de paso –en términos generales y expuestos– la potestad sancionatoria consecuencial de la DGA, lo que anteriormente constituía algo excepcional.

Corresponde, igualmente, a la DGA “impedir que se extraigan aguas de los mismos cauces y en los acuíferos sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda”, independientemente de la presencia en los mismos de juntas de vigilancia, como lo sugiere ahora el art. 299 letra d) CA, además de la tradicional supervigilancia del funcionamiento de las OUA prevista en el art. 299 letra e) CA.

Cabe agregar, además, que una de las nuevas atribuciones de la DGA se encuentra en el nuevo art. 299 ter CA. Este indica que la DGA puede ordenar, por resolución fundada, la paralización de obras en caso de acreditarse “*fehacientemente*” la extracción de aguas en un punto no reconocido o constituido de conformidad a la ley. Asimismo, puede ordenar el cegamiento de un pozo, una vez que la resolución se encuentre ejecutoriada, bajo las mismas hipótesis legales, como se desprende del empleo del adverbio “*asimismo*” por el legislador¹⁷. En cualquier caso, el standard probatorio que parece exigirse a la DGA no es menor, pues deben acreditarse “*fehacientemente*” los hechos constitutivos de la infracción, teniendo presente que el sentido natural y obvio del adjetivo “*fehaciente*” es “que hace fe, fidedigno”, según el Diccionario de la Lengua Española¹⁸.

Otra manifestación de la reforma se advierte en el art. 303 CA, el que atribuía una función de resolución de conflictos a la DGA respecto de dueños

¹⁶ En este caso, la sanción consiste en la imposición de la multa “a que se refieren los artículos 173 y siguientes” del CA; específicamente, de la multa del art. 173 N° 1 CA. Con todo, la determinación de la autoridad encargada de aplicar esta sanción no está bien determinada, dado el tenor literal del art. 175 CA, que exige que la norma legal “indique” dicha autoridad, y el silencio al respecto del art. 122 bis inc. 3° CA, lo que sugiere una técnica legislativa imperfecta.

¹⁷ Según el diccionario electrónico de la lengua española de la RAE, el adverbio “*asimismo*” significa también como indicación de igualdad, semejanza, conformidad o relación. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA s.d.

¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA s.d.

de derechos de aprovechamiento, si con motivo de la construcción de obras hidráulicas se alteraban los caudales en cauces naturales o artificiales y ella debiera realizar el aforo de sus corrientes. Ahora la DGA puede realizar no sólo lo anterior, sino que además puede solicitar antecedentes y establecer las medidas que deberán observar aquéllos para el adecuado ejercicio de sus derechos, las que de ser incumplidas acarrearán para el infractor una multa administrativa sancionatoria de segundo al cuarto grado¹⁹.

II. El cumplimiento de las resoluciones de la DGA en la reforma

Para efectos del cumplimiento de las resoluciones de la DGA, dictadas en los procedimientos del Título I, "De los procedimientos", Libro Segundo del CA, el art. 138 CA reconoce ahora una práctica regular, consistente en el cumplimiento voluntario de las resoluciones del servicio, como se desprende del art. 138 inc. 1° CA, al tiempo que mantiene la norma sobre auxilio de la fuerza pública –con facultades de allanamiento y descerrajamiento– para el cumplimiento forzado de dichas resoluciones, previo requerimiento al Intendente o Gobernador correspondiente²⁰.

No está demás decirlo, pero este precepto no fue objeto de cuestionamiento de parte del Tribunal Constitucional, como lo hizo constar la disidencia estampada por los Ministros Carmona, García y Hernández en el fallo Rol N° 3958-17-CPR²¹.

Relacionado con lo anterior, el art. 300 inc. 2° CA autoriza al Director General de Aguas para solicitar, en los términos del art. 138 CA, el auxilio de la fuerza pública cuando exista oposición para ingresar a lugares cerrados, con facultades de descerrajamiento, si fuere necesario.

Además, este precepto contempla una multa para el caso de incumplimiento, total o parcial, la que debería ser en la mayoría de los casos la del art. 173 N° 6 CA, sin perjuicio de la ejecución subsidiaria prevista en el art. 138 inc. 3° parte final CA.

En cuanto al incremento de multa previsto en el art. 173 bis CA, resulta en principio plausible su procedencia desde un punto de vista dogmático, aunque resulta difícil visualizar una hipótesis concreta para su aplicación.

¹⁹ La reforma de la ley N° 21.064 adecuó las multas previstas en los arts. 306 y 307 CA a la tipología de multas del art. 173 ter CA.

²⁰ Tras la reforma, el art. 138 CA brinda las siguientes posibilidades al servicio: cumplimiento voluntario del administrado; cumplimiento forzado mediante el auxilio de la fuerza pública, si procediere fácticamente, mediante requerimiento dirigido al Intendente o Gobernador respectivo; multa (probablemente, la del art. 172 bis N° 4 o 6 CA, según el caso), en caso de incumplimiento, total o parcial, del administrado, la que admite la posibilidad eventual de incremento; ejecución subsidiaria por el propio servicio, por la Dirección de Obras Hidráulicas o por cualquier otro servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas.

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2018c, 20.

Según el art. 138 CA, el empleo de la fuerza pública no requiere de autorización judicial, sino que se impetra por la vía administrativa a través de las autoridades de gobierno interior mencionadas. Esto constituye una diferencia respecto de la hipótesis del art. 129 bis 2 CA, en que el empleo de la fuerza pública requiere de intervención judicial previa, sin que se divise la razón para la diferencia de tratamiento legislativo entre ambos preceptos legales, ya que en todos ellos estamos en presencia de la actividad fiscalizadora de la administración, en relación con bienes del dominio público.

Con todo, el nuevo art. 299 letra e) CA señala que el director regional puede requerir “directamente” el auxilio de la fuerza pública, con facultades de allanamiento y descerrajamiento, para el ejercicio de tres atribuciones, a saber: la mantención y operación del servicio hidrométrico nacional, acorde al art. 299 b) N° 1 CA²²; el ejercicio de la policía y vigilancia de las aguas en cauces naturales y acuíferos, en los términos que indica el art. 299 letra c) CA, según el caso²³; e impedir que se extraigan aguas de los cauces naturales de uso público y de los acuíferos sin título o en mayor cantidad que la correspondiente.

El empleo del adverbio “directamente”, el que apareció recién en el Segundo Informe de la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado²⁴, sugiere que el requerimiento no requeriría ser efectuado por intermedio de las autoridades de gobierno interior, como sucede en el art. 138 CA, sino que se puede efectuar sin su intermediación por el director regional correspondiente.

Aún más, la diferente redacción empleada en el nuevo art. 299 letra e) CA, comparada con la del art. 90 inc. 3° CA, que habla de “solicitar directamente a la autoridad”, parece confirmar el aserto anterior²⁵.

De esta manera, se advierte la existencia de una yuxtaposición de preceptos legales frente a una misma hipótesis, como consecuencia de la técnica legislativa empleada, dada la ubicación del art. 138 CA y el tenor del art. 299 letra e) CA, por lo que surge la interrogante sobre cuál deberá ser el procedimiento que deberá observar la autoridad administrativa para requerir el auxilio de la fuerza pública en tales supuestos.

Dada la ambigüedad u obscuridad de los antecedentes que surgen de la historia de la ley, nos inclinamos por sostener que debería aplicarse en

²² El art. 299 inc. 2° CA establece que en esta hipótesis legal el auxilio de la fuerza pública sólo podrá requerirse cuando se acredite la negativa a la solicitud de acceso formulada previamente por el personal de la DGA, con el objeto de realizar trabajos de mantención y operación del servicio hidrométrico nacional.

²³ No sería este el caso previsto en el art. 129 bis 2 CA, en que el requerimiento de auxilio de la fuerza pública requiere de autorización judicial previa.

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2018c, 10.

²⁵ El art. 90 inc. 3° CA prescribe que “[e]l inspector o cuidador podrá solicitar directamente a la autoridad el auxilio de la fuerza pública para ejercitar este derecho, exhibiendo el título de su representación”.

todo momento la regla del art. 138 CA, con el objeto de resguardar las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico a las diversas autoridades de gobierno interior, por lo que la redacción del art. 299 letra e) CA sólo puede obedecer a una omisión del legislador.

III. Precisiones sobre algunos aspectos del nuevo procedimiento fiscalizatorio y sancionatorio

El Libro Segundo, Título I, N° 2, letra g. CA se refiere extensamente al procedimiento que debe seguir la DGA para efectos de fiscalizar y, eventualmente, absolver o sancionar al presunto infractor de las normas del CA. Debe destacarse, al respecto, la preocupación del legislador por dotar a la DGA y a los usuarios de un procedimiento administrativo en la materia en los arts. 172 bis ss. CA, el que en general discurre sobre la base de los principios jurídicos que inspiran usualmente este tipo de procedimientos administrativos, especialmente los de inocencia, defensa, contradicción e impugnación de los actos terminales dictados en el mismo, más allá de algunos cuestionamientos puntuales. Pese a lo expuesto, existen algunos aspectos del mismo cuyas implicancias aconsejan mayores precisiones interpretativas.

Así, el art. 172 ter inc. 1° CA prescribe que el presunto infractor no podrá negarse injustificadamente a proporcionar la información que le sea requerida por el servicio. Con todo, esta obligación de colaboración no puede llegar al punto de desconocer la observancia del principio de no auto-incriminación recogido en el art. 19 N° 7 letra f) CPR y en el art. 8.2. letra g) CADH; en otras palabras, el fiscalizado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo y/o a declararse culpable, precisamente para el debido resguardo de sus derechos fundamentales, a pesar de lo sostenido hace un tiempo por el Tribunal Constitucional en el fallo Rol N° 2381-12²⁶.

Del mismo modo, no dudamos que la autorización judicial para el empleo de la fuerza pública, en el caso del art. 172 ter inc. 1° parte final CA, puede efectuarse con conocimiento de causa por el Tribunal, como lo sugiere la redacción del precepto, toda vez que es meramente facultativo que ella se otorgue inmediatamente y sin forma de juicio, resultando aconsejable lo primero por la afectación de derechos fundamentales, como el derecho a la inviolabilidad del hogar asegurado en el art. 19 N° 5 CPR, y debido el ejercicio de las atribuciones conservadoras de los tribunales integrantes del Poder Judicial, acorde al art. 76 CPR.

Igualmente, el art. 172 ter inc. 4° CA establece que el personal fiscalizador de la DGA tendrá el carácter de ministro de fe respecto de los hechos que consigne en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de inspección, agregándose que los hechos establecidos por dicho personal

²⁶ CORDERO 2014, 206-209.

constituirán presunción legal²⁷, lo que tiene importancia para fines probatorios en el procedimiento administrativo.

No obstante, esta presunción de veracidad es de carácter simplemente legal y admite prueba en contrario, sin perjuicio que debe basarse en los hechos constatados y consignados previamente en el acta de fiscalización por los fiscalizadores. Por lo anterior, no puede darse el carácter de tal a las meras apreciaciones e interpretaciones *ad hoc* vertidas en el acta de fiscalización por los fiscalizadores.

Por otra parte, debe realizarse que la reforma estableció un plazo máximo para la conclusión y finalización del procedimiento administrativo sancionatorio, que es de 6 meses, contados desde la apertura del expediente respectivo, como se indica en el art. 172 bis inc. 5° CA. No obstante, constituye una interrogante determinar si la DGA podrá dar cumplimiento a este plazo, atendida la forma como se comportan los plazos en el procedimiento administrativo.

Finalmente, la reforma estableció un plazo de prescripción extintiva para el ejercicio de la acción administrativa sancionatoria, que es de tres años, contados desde la comisión de la infracción, según el art. 173 quáter. Este plazo viene a resolver para este ramo una vieja disputa jurídica existente sobre la materia, en que se debatía sobre la aplicabilidad de los plazos de prescripción de las faltas penales y de las acciones ordinarias civiles, ante la falta de reglas jurídicas, aunque no existe claridad meridiana sobre la razón para la extensión del plazo establecido por la reforma. En cualquier caso, la consagración de este plazo constituye un avance en la materia.

IV. Algunos problemas en materia de tipicidad y reiteración de infracciones administrativas

Estimamos que constituye un avance la pretensión de describir algunas conductas típicas como constitutivas de infracción administrativa en el art. 173 CA, a diferencia de lo que sucedía en el antiguo art. 173 CA.

El nuevo precepto legal dispone que la DGA aplicará una multa a beneficio fiscal y fijará plazo para su pago, a quienes incurran en las infracciones que se "*describen*" en el mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 172 y 307 CA.

Con todo, una revisión de distintos numerales de este precepto sugiere que la intención del legislador se cumplió imperfectamente, debiendo preguntarnos en algunos casos si la descripción legal de las conductas infractoras cumple con el principio constitucional de tipicidad, acorde a lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

²⁷ Art. 299 bis CA.

Así, a vía de ejemplo, el art. 173 N° 1 CA contiene una descripción aproximada de la conducta sancionada, ya que se refiere a infracciones "*relativas*" a la obligación de entregar cierta información, aunque puede sostenerse con buenos argumentos que el "*núcleo esencial*" de la conducta sancionada está presente en este precepto, en los términos señalados por el Tribunal Constitucional.

Con todo, no puede sostenerse lo mismo respecto del art. 173 N° 6 CA, el que vino a sustituir el antiguo art. 173 CA y en el cual no se advierte descripción alguna de la conducta infractora que se pretende sancionar, contrariamente a lo señalado en el enunciado inicial del mismo precepto.

En efecto, resulta difícil determinar con precisión alguna conducta que sea sancionable bajo el art. 173 N° 6 CA, a menos que, por vía interpretativa, se pretenda sostener que este precepto dice relación con las hipótesis legales en que el CA ha hecho punible ciertas conductas infractoras "en conformidad al art. 173 CA" y dichas conductas no resultaren comprendidas en los numerales precedentes del mismo, lo que difícilmente puede estimarse que constituya una "descripción" de conducta punible.

En definitiva, el precepto analizado constituye una verdadera ley en blanco que contraría el principio de legalidad de las sanciones administrativas resguardado por el derecho de igualdad ante la justicia asegurado en el art. 19 N° 3 CPR.

Un tema álgido lo constituye el de la reiteración de la infracción administrativa, dado el tenor del precepto respectivo y la técnica legislativa empleada para su configuración.

Al respecto, debe tenerse presente que el art. 173 bis inc. 2° CA se refiere a la "*reiteración de la infracción*" y no a la "*reincidencia*" en la infracción, como asimismo que ambos institutos se vinculan con el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas. Esto último obedece a que una y otra constituyen agravantes que incidirán, en definitiva, en la graduación de la penalidad que será aplicada al infractor.

A pesar que el tema no es pacífico, en el derecho administrativo sancionador se suele distinguir la reiteración de la reincidencia, según si el infractor ha cometido nuevas infracciones de naturaleza diversa o de naturaleza igual a la infracción original; en el primer caso, estaremos en presencia de la reiteración de infracciones (por no ser de la misma naturaleza) y en el segundo caso de reincidencia en la infracción (por ser todas de la misma naturaleza), aun cuando no se trate del mismo tipo infraccional, debiendo en todo caso encontrarse a firme la infracción original en vía administrativa²⁸⁻²⁹. No obstan-

²⁸ NUÑO 2016, 18; HERRÁEZ 2016.

²⁹ Es dable advertir una tendencia a reemplazar la reiteración por formas más definidas de reincidencia, las que consideran la comisión de más de una infracción de la misma naturaleza en un corto periodo de tiempo, como asimismo la "*continuidad o persistencia en la conducta infractora*". NUÑO 2016, 19.

te, el art. 173 bis inc. 2° CA se refiere a la “reiteración de la infracción”, empleando el artículo definido “la” y el sustantivo singular “infracción”, lo que constituye una impropiedad a la luz de lo expuesto *supra*.

La lectura de los antecedentes que rodearon la aprobación del precepto sugiere que se incurrió en un error de redacción durante el proceso legislativo. Efectivamente, el proyecto despachado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados hacía alusión correctamente a la posibilidad de duplicar las multas en presencia de “infracciones reiteradas y que afecten el caudal ecológico o la sustentabilidad del acuífero”³⁰. A su turno, del Primer Informe de la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado, durante el segundo trámite constitucional, se desprende que tanto las indicaciones promovidas por el Gobierno, por intermedio del Director General de Aguas, como el debate habido al interior de este órgano legislativo, dijeron relación con la duplicación de multas “en caso de reiteración de infracciones”³¹. Sin embargo, la comisión despachó inexplicablemente el precepto en los términos que conocemos actualmente³², cuyo tenor sugiere más bien una suerte de reincidencia (bastante *sui generis*, dicho sea de paso), sin constituir estrictamente este último instituto. La situación descrita sólo puede generar problemas interpretativos para el servicio sancionador, como también para el tribunal ordinario encargado de su control en virtud del art. 137 CA, el que deberá esforzarse por dar al precepto un sentido cercano al establecido por la doctrina, citada *supra*.

Un problema conexo está constituido por la consecuencia que se deriva de la reiteración “de la infracción”, que no es otra que la elevación de la multa al duplo del “monto original”, según el art. 173 bis inc. 2° CA. Surge la duda, entonces, sobre cuál es el denominado “monto original”, esto es, incluye o no el incremento del art. 173 bis inc. 1° CA, en el caso que se hubiere decretado por la DGA en el primer procedimiento sancionatorio, dada la poco feliz oración inicial de este inciso que reza “[s]in perjuicio de los dispuesto en el inciso anterior, [...]”.

Desde luego, debe advertirse que la expresión “monto original” no figura en el resto del Libro Segundo, Título I, N° 3 CA, el que sólo alude al “monto” en los arts. 173, 173 bis inc. 1°, 173 bis inc. 3° y 173 ter inc. 2° CA, sin perjuicio de otras disposiciones dispersas a lo largo del CA³³. Igualmente, que el adjetivo calificativo “original” figura en una serie de otros preceptos del CA, cuya lectura sugiere que se alude a aquello que existía o se presentó primero en el tiempo, como sucede en los arts. 41 inc. 4°, 129 bis 4 N° 4, 129 bis 5 inc. 4°, 129 bis 6 incs. 2° y 3°, 129 bis 16 inc. 4° y 138 inc. 4° CA. Finalmente, que lo anterior coincide con el significado natural y obvio de esta

³⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2018b, 4.

³¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2018c, 12.

³² *IBID*, 57.

³³ Arts. 71 inc. 1°, 129 bis 5 inc. 2°, 129 bis 12, 129 bis 15 inc. 4°, 129 bis 16 inc. 10, 129 bis 19 inc. 2°, 129 bis 20 y 241 N°s. 10 y 13 CA.

palabra, que en una de sus acepciones significa “*perteneciente o relativo al origen*”³⁴, mientras que origen significa “*principio, motivo o causa moral de algo*”³⁵.

De lo expuesto, deducimos que el “*monto original*” a que alude el art. 173 bis inc. 2° CA corresponde a la cuantía de la multa determinada por los arts. 173 y 173 ter CA, esto es, sin el incremento legal del art. 173 bis inc. 1°CA, la que una vez duplicada tampoco podría elevarse por aplicación del incremento legal del inc. 1° de este precepto.

Finalmente, debe hacerse presente que la aplicación práctica del incremento legal referido, comoquiera que se interprete la expresión “*la reiteración de la infracción*”, puede resultar problemático para el propio servicio, si en definitiva se estima que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad de la sanción administrativa, resguardado mediante el derecho de igualdad ante la justicia, previsto en el art. 19 N° 3 CPR, lo que va a depender del grado y monto de las multas con que se sancionen las infracciones sucesivas cometidas por el presunto infractor, acorde al art. 173 ter CA.

V. Cuestionamientos adicionales derivados de la determinación de ciertas infracciones y sanciones

La lectura de la reforma genera otras interrogantes para el intérprete. Así, llama la atención la modificación introducida al art. 41 inc. 3° CA, el que preceptúa que la omisión de la autorización de la DGA, respecto de modificaciones que sea necesario efectuar en cauces naturales o artificiales que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas, será sancionada “de conformidad a lo establecido en los artículos 173 y siguientes” del mismo cuerpo legal. Esta remisión conduce a aplicar –con probabilidad– las multas del art. 173 N° 4 o 6 CA, según el caso.

Con todo, la misma infracción parece ser sancionada en el nuevo art. 172 inc. 1° CA y en términos ligeramente diferentes. En efecto, este precepto discurre sobre la base de las modificaciones que se desearan efectuar en cauces naturales o artificiales, en los términos del art. 41 CA (dada la remisión que efectúa al art. 171 CA) y preceptúa que la realización de tales obras, sin contar con las autorizaciones administrativas pertinentes, será sancionada con una multa del primer al segundo grado, conforme al art. 173 ter CA, pudiendo apercibirse al infractor y fijársele un plazo perentorio para que modifique o destruya, total o parcialmente, las obras. En caso de incumplimiento, el precepto señala que se impondrá al infractor una multa del tercer grado, aunque debe entenderse que estas multas deben aplicarse previo proceso administrativo sancionatorio legalmente tramitado, según los arts. 172 bis ss. CA.

³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA s.d.

³⁵ IBID.

En resumen, las multas previstas para el incumplimiento del art. 41 CA en el art. 171 inc. 1° CA son distintas a aquellas a que puede conducir la remisión del art. 41 inc. 3° CA, por lo que es dable advertir la existencia de un nuevo error de técnica legislativa que infringiría nuevamente el derecho a la igualdad ante la justicia, asegurado en el art. 19 N° 3 CPR, pero esta vez en lo tocante al principio de legalidad aplicable a las sanciones administrativas.

Por otra parte, resulta francamente curioso el tenor del art. 172 inc. 2° CA, porque alude prácticamente a las mismas obras mencionadas por el art. 41 CA, pero establece una multa del segundo al tercer grado, para el caso de la realización de obras sin contar con la autorización administrativa pertinente, la que puede dar origen a una segunda multa de 100 a 1.000 UTA, en caso de mantenerse el incumplimiento por el administrado, pudiendo el servicio adoptar inclusive las medidas para su cumplimiento prevista en el art. 138 CA.

En este orden de ideas, una comparación de la redacción de los arts. 41 y 172 CA sugiere más de una interrogante sobre el alcance real de este último precepto legal, la que proviene en gran medida de la redacción de este último. Así, el art. 172 inc. 1° CA dice relación con la infracción del art. 41 CA, esto es, modificaciones que "*puedan*" causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas; en cambio, el art. 172 inc. 2° CA iría supuestamente un paso más allá porque diría relación con modificaciones que "*entorpecen*" el libre escurrimiento de las aguas o "*signifiquen*" peligro para la vida o salud de los habitantes.

En definitiva, el art. 172 CA se refiere a una suerte de infracciones administrativas de peligro abstracto –de dudosa constitucionalidad– y de peligro concreto en sus distintos incisos, por lo que será la DGA la que determinará cuando se esté en presencia de cada tipo de infracción administrativa, lo que implica un amplio campo para la discrecionalidad administrativa, la que puede terminar conculcando el derecho a la igualdad ante la justicia previsto en el art. 19 N° 3 CPR, en lo concerniente al principio de legalidad y tipicidad aplicable a las sanciones administrativas.

Por lo expuesto, estimamos aconsejable que se clarifique el alcance de las infracciones referidas y sus sanciones por vía legislativa, con el objeto de brindar seguridad jurídica a los administrados.

Asimismo, resulta preocupante que las multas del art. 172 CA experimenten incrementos legales, conforme a las circunstancias agravantes de responsabilidad, acorde al art. 173 bis CA. En tal sentido, cabe preguntarse si la cuantía de las multas establecidas en el art. 172 CA, unida al incremento legal eventual, podría significar bajo ciertos supuestos fácticos una vulneración de principio constitucional de proporcionalidad de las sanciones, dado lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en sus fallos Roles N° 1951-2011, 2045-2011 y 2254-2012, entre otros³⁶.

³⁶ NAVARRO 2014, 25-27.

Adicionalmente, resulta poco clara la referencia a las medidas para el cumplimiento previstas en el art 138 CA, efectuada por el art. 172 inc. 2° CA. Lo anterior debido a que el art. 138 CA contempla, entre otros, una multa para el caso de incumplimiento de las resoluciones de la DGA, la que podría terminar siendo agregada a las multas autorizadas por el art. 172 inc. 2° CA. Esto último implicaría una vulneración de los principios de *non bis in ídem* y de proporcionalidad de la sanción administrativa, resguardados por la garantía del derecho a la igualdad ante la justicia asegurado en el art. 19 N° 3 CPR. Por lo anterior, nos inclinamos por sostener que la referencia a las medidas antedichas, efectuada por el art. 172 inc. 2° CA, debe entenderse efectuada a las restantes medidas previstas en el art. 138 CA.

Conclusión

Una revisión del nuevo régimen jurídico sobre fiscalización y sanción administrativa en materia de aguas terrestres, por parte de la DGA, genera diversas apreciaciones e interrogantes sobre la juridicidad y conducencia de los nuevos preceptos legales para los objetivos previstos por el legislador.

Aunque aún es muy temprano para determinar sus efectos reales y concretos en las rutinas de los operadores jurídicos, no puede negarse que ella ha producido un impacto normativo de consideración en el régimen jurídico sectorial respectivo. Por cierto, la determinación de su impacto real en el largo plazo estará mediada por el efecto de la trayectoria institucional preexistente en esta materia, por la percepción sobre la implementación de este régimen jurídico por los jueces de la República, por la dotación de recursos materiales y humanos de la DGA, y, por qué no decirlo, por las propias aprehensiones y concepciones de rol de los funcionarios de este servicio público.

De momento, corresponde dejar asentado que la reforma implicó un avance dogmático en materia de procedimiento administrativo fiscalizatorio y sancionatorio, pese a las dudas, interrogantes y cuestionamientos que suscitan algunos de sus preceptos. Sin embargo, debe señalarse también que ella introdujo pocas o escasas medidas para incentivar el cumplimiento voluntario del administrado³⁷.

En este orden de ideas, debe indicarse que si bien el régimen jurídico sancionatorio previo tenía una eficacia bastante discreta, no puede sostenerse de antemano que el nuevo régimen sancionatorio vaya a ser más eficaz y eficiente en el logro de los objetivos perseguidos por el legislador, ya que existen defectos de técnica legislativa en la redacción de algunos de sus preceptos que introducen una cuota de incertidumbre jurídica para la etapa de ejecución de los mismos y ello puede afectar no sólo a los administrados, sino también a los funcionarios.

³⁷ Ello excluye, por definición, la autodenuncia contemplada en el art. 173 bis inc. fine CA.

Además, no resulta aventurado afirmar que la eficacia de la reforma analizada dependerá de la eficiencia de la cobranza judicial de las multas impuestas por la DGA, por parte de un servicio público distinto, como es la Tesorería General de la República, lo que no constituye algo recurrente respecto de multas de monto discreto o no elevado.

Por otra parte, llama profundamente la atención la opción recurrente por la multa administrativa, de carácter sancionatorio, para fines fiscalizatorios y sancionatorios por parte de la DGA, muchas veces sin relación con el incumplimiento de actos administrativos dictados previamente por esta última, lo que puede dar origen a prácticas abusivas eventuales que vicien el acto administrativo terminal sancionatorio.

En efecto, como bien indicaron García de Enterría y Fernández, en su clásico *Curso de Derecho Administrativo*, la potestad sancionatoria directa de la Administración, como manifestación de la autotutela reduplicativa o en segunda potencia, puede terminar en verdaderos abusos si el acto terminal sancionatorio es impuesto simplemente por meras infracciones al orden social y no por el incumplimiento de actos administrativos, ya que con ello se afectan bienes jurídicos de los administrados³⁸, la más de las veces sin las garantías del debido proceso y de la igualdad ante la justicia que rodean el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Esto se ve acentuado por la discrecionalidad que involucra la aplicación de varias de las disposiciones legales introducidas por la reforma, así como por la eventual infracción de algunos principios constitucionales que gobiernan el ejercicio del *ius puniendi* estatal, contemplados en el art. 19 CPR, enunciados *supra*.

Pero esta incertidumbre jurídica también puede afectar negativamente a los propios funcionarios fiscalizadores, encargados de la ejecución de estos preceptos, ya que los deja expuestos a las acciones judiciales civiles y penales de los administrados, además de las acciones administrativas correspondientes, porque el ejercicio de las potestades estatales está sujeto a un régimen jurídico de responsabilidades legales, acorde a los arts. 4, 6 y 7 CPR.

Después de todo, no debe olvidarse que “*un gran poder conlleva grandes responsabilidades*”, como sostuvo previsoramente el Presidente Roosevelt en un ya lejano 11 de abril de 1945³⁹.

Bibliografía citada

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018a). *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones*, Mensaje N° 029-359, de 10

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 1997, 503-515.

³⁹ Este parece ser el origen del recordado diálogo entre el Tío Ben y Peter Parker en la primera entrega de la película “El Hombre Araña”.

- de enero de 2012. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7485/> [fecha de consulta: 28 julio 2018].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018b). *Historia de la Ley N° 21.064. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Oficio de Cámara de Origen a Cámara Revisora*. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/7485/HLD_7485_4ee2e09cb298ddf5317042b96fc06691.pdf [fecha de consulta: 29 julio 2018].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018c). *Historia de la Ley N° 21.064. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Segundo Informe Comisión Legislativa*. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/7485/HLD_7485_d4e9f9fc8df4d4241ea-6dbff0cbc8135.pdf [fecha de consulta: 29 julio 2018].
- CORDERO Q., Eduardo (2014). *Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador*. Arancibia M., Jaime; Alarcón J., Pablo [coord.], Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Santiago: Thomson Reuters), 189-215.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1997). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, T I, 766.
- GARCÍA, José (2018). *Sentencia TC Sernac: una lectura minimalista*, El Mercurio Legal, 22 de enero de 2018 Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2018/01/22/Sentencia-TC-Sernac-una-lectura-minimalista.aspx> [fecha de consulta: 10 agosto 2018].
- GARRONE, José (2000). *Diccionario Manual Jurídico AbeledoPerrot*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 782.
- HERRÁEZ, PABLO (2016). *La substitución de la reiteración por la continuidad o persistencia en la conducta infractora como criterio de graduación de las sanciones en el procedimiento sancionador*. Blog sobre el procedimiento administrativo. Disponible en <https://procedimentoadministratiu.blogspot.com/2016/> [fecha de consulta: 28 agosto 2018].
- LETELIER W., Raúl (2018). *Sentencia TC Sernac: una mirada no minimalista*. El Mercurio Legal, 23 de enero de 2018. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/01/23/Sentencia-TC-Sernac-una-sentencia-no-minimalista.aspx> [fecha de consulta: 10 julio 2018].
- NAVARRO B., Enrique (2014). *La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Arancibia M., Jaime; Alarcón J., Pablo [coord.], Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Santiago: Thomson Reuters, 17-38.
- NUÑO J., Irene (2016). Derecho administrativo sancionador. Principios de la potestad sancionatoria. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, N° 5, 34. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5698117> [fecha de consulta: 28 agosto 2018].
- OBANDO C., Iván (2016). Panorama de la autotutela administrativa en el Código de Aguas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 22, Pontificia Universidad Católica de Chile, 195-207.
- PAREJO, Luciano (2016). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1.151.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.d.). *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en <http://dle.rae.es/?w=diccionario> [fecha de consulta: 27-28 julio 2018; 4-5 abril 2019].
- SEEGER C., Carolina (2014). Propuesta legislativa que fortalece la potestad fiscalizadora preventiva y sancionatoria de la DGA y establece exigencias para un mayor control de los aprovechamientos hídricos. *Actas de Derecho de Aguas* N° 4, Pontificia Universidad Católica de Chile, 95-113.
- SOTO D., Pablo (2018). El giro conservador en torno a las sanciones administrativas por obra del Tribunal Constitucional de Chile: transformando a la administración en juez para proteger el interés público. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República* 45, 32 (en prensa).
- VERGARA B., Alejandro (2014). *Potestad sancionadora de la Administración en electricidad, minas y aguas*. Arancibia M., Jaime; Alarcón J., Pablo [coord.], Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Santiago: Thomson Reuters, 701-720.

VERGARA B., Alejandro (2018a). *Sanciones, despotismo e identidad del derecho administrativo*. El Mercurio Legal, 20 de marzo de 2018. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/AnalisisJuridico/2018/03/20/Sanciones-despotismo-e-identidad-del-derecho-administrativo.aspx> [fecha de consulta: 12 julio 2018].

VERGARA B., Alejandro (2018b). *Sanciones, despotismo e identidad del derecho administrativo: respuesta a un crítico (Parte II)*. El Mercurio Legal, 13 de abril de 2018. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/04/13/Sanciones-despotismo-e-identidad-del-derecho-administrativo-respuesta-a-un-critico-Parte-II.aspx> [fecha de consulta: 14 julio 2018].

Normativa citada

LEY N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 mayo 2003.

LEY N° 20.304, sobre Operación de Embalses frente a alertas y emergencias de crecidas y otras medias que indica. Diario Oficial, 13 diciembre 2008.

LEY N° 21.064, que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones. Diario Oficial, 27 enero 2018.

LEY N° 21.091, sobre Educación Superior. Diario Oficial, 29 mayo 2018.

Jurisprudencia citada

Sentencia TC Rol N° N° 4012-17-CPR (2018a): Tribunal Constitucional, 18 enero 2018.

Sentencia TC Rol N° 4317-18-CPR (2018b): Tribunal Constitucional, 26 abril 2018.

Sentencia TC Rol N° N° 3958-17-CPR (2018c): Tribunal Constitucional, 26 diciembre 2017.

