

Panorama de la autotutela administrativa en el Código de Aguas

Overlook of the administrative autonomy in the Water Code

Iván Obando Camino*

Este trabajo sostiene que el Código de Aguas recepciona la institución jurídica de la autotutela administrativa, especialmente en su manifestación declarativa, pero que esta regla sufre alteraciones en lo tocante a su manifestación ejecutiva y reduplicativa o en segunda potencia.

Palabras clave: Código de Aguas, Autotutela, Administración Pública.

This paper argues that the Water Code incorporates the legal institution of administrative autonomy, especially in its declarative statement, but this rule is altered with regard to its executive and reduplicative demonstration or second power.

Keywords: Water Code, autonomy, Public Administration.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

La Administración Pública desempeña diversas funciones y ejerce una serie de privilegios exorbitantes, en razón de la finalidad de tutela del interés general que le ha sido confiada por el ordenamiento jurídico.

Entre estos privilegios se encuentra la autotutela administrativa, el que constituye una construcción doctrinal, elaborada a partir de normas *iusadministrativas* concretas por García de Enterría¹ y que alude a un privilegio posicional de que goza la Administración Pública en relación con los Tribunales de Justicia y que le habilita para imponer en forma obligatoria y unilateral sus decisiones a los administrados, sin tener que recurrir a dichos tribunales para obtener una tutela a sus pretensiones, todo lo cual constituye una excepción a la regla general existente en un Estado de Derecho.

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

Recibido 16 de noviembre de 2015 el y aceptado el 26 de mayo de 2016

¹ DE LA QUADRA-SALCEDO 2014, 7-8

El fundamento normativo de este privilegio se encuentra en la ley, la que lo autoriza, confiere y controla con respecto a la Administración Pública, al punto que el principio de legalidad y el privilegio de autotutela administrativa se enfocan diferentemente sobre el ordenamiento del derecho administrativo pues, según De la Quadra-Salcedo, *el primero lo contempla desde la perspectiva del modo como la Administración se somete al Derecho; el segundo lo contempla desde la perspectiva del modo como la Administración se relaciona con la justicia y con los ciudadanos*².

En nuestro ordenamiento jurídico, los arts. 3° inc. 8° y 50 a 52 de la Ley N° 19.880 se basan en este principio y han sido objeto de análisis pormenorizado por la doctrina *iusadministrativa* desde la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal. En términos generales, esta ley recepciona algunas manifestaciones de este principio, mas es silente respecto de otras, en parte por razones de técnica legislativa. No obstante su denominación de ley de bases, este cuerpo legal constituye una ley ordinaria, la cual no derogó otras leyes administrativas especiales, tanto preexistentes como coetáneas, las que contemplan este privilegio, en grado diverso, en favor de la Administración Pública.

Así planteado, nos interesa discernir la situación existente en el Derecho de Aguas, como expresión sectorial del derecho administrativo, respecto de la recepción de manifestaciones de este privilegio *ius administrativo*. Para estos efectos, hemos adoptado la clasificación de este instituto jurídico propuesta hace largo tiempo por García de Enterría y Fernández, la que distingue entre autotutela declarativa, ejecutiva y reduplicativa o en segunda potencia, la que explicamos sucintamente *infra*, para, acto seguido, aplicarla al análisis de las disposiciones del Código de Aguas (en adelante CA).

Si bien es cierto que la DGA tiene la potestad para afectar o modificar en forma unilateral y obligatoria situaciones jurídicas de terceros, mediante la dictación de actos administrativos revestidos de las presunciones de legalidad, imperio y exigibilidad, no es menos cierto que el CA contempla muy pocos medios jurídicos que se asemejen a la ejecución o acción de oficio, tendientes a obtener el cumplimiento forzado de los actos administrativos de dicho servicio, en caso de negativa o resistencia del administrado. Por lo expuesto, la DGA debe someterse en la inmensa mayoría de los casos a la heterotutela judicial, con el objeto de obtener el cumplimiento forzado de sus actos administrativos, más concretamente cuando estos son desfavorables al administrado. Finalmente, el CA contiene solo dos preceptos legales que autorizan excepcionalmente el ejercicio de la potestad sancionatoria directa en favor de la DGA, la que puede entenderse como una manifestación de la heterotutela reduplicativa o en segunda potencia.

Este trabajo consta de cinco secciones, incluida esta Introducción y la Conclusión. La sección I contiene antecedentes teóricos y conceptuales so-

² DE LA QUADRA-SALCEDO 2014, 3.

bre la institución jurídica de la autotutela administrativa. La sección II analiza la situación de este instituto en el derecho administrativo chileno general. Finalmente, la sección III se refiere a la situación de la autotutela administrativa en el Código de Aguas.

I. Algunos antecedentes sobre la autotutela administrativa

La autotutela administrativa constituye una potestad jurídica atribuida a la Administración Pública por la Constitución Política y las leyes, debido a los fines de interés general que esta última debe servir y tutelar, los que están vinculados para su concreción al derecho administrativo. Ella constituye un poder extraordinario en manos de la Administración Pública, el que rompe con los principios generales que presiden la institución de la paz jurídica en un Estado de Derecho y que conducen, por el contrario, a la institucionalización de la heterotutela judicial³.

La razón de ello estriba en la propensión hacia la plenitud de competencias que hace gravitar funciones extrañas hacia la Administración Pública y persuade a esta última para ejercer su competencia hasta su completa realización, como sostuvo Benvenuti⁴. Esto, sin embargo, no implica asimilar la autotutela administrativa a una forma de actividad jurisdiccional, porque "mientras la tutela jurisdiccional es siempre, por definición, imparcial, neutra o de tercero, la autotutela es siempre parcial y, por tanto, mientras la primera no modifica la posición jurídica del autor de los actos, la segunda obtiene justamente este resultado"⁵.

Como sostuvieron Oëlckers, García de Enterría y Fernández, la autotutela administrativa exceptúa a la Administración Pública de la necesidad de someter sus pretensiones jurídicas a un juicio declarativo y ejecutivo ante los Tribunales de Justicia, en atención, precisamente, al interés general que ella sirve y tutela, razón por la cual ella está exenta –en principio, de la interferencia judicial para el cumplimiento de sus fines⁶–.

Más precisamente, García de Enterría y Fernández dijeron que *[l]a Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas [...] eximiéndose de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial*⁷. En tal sentido, estos autores sostuvieron que la autotutela administrativa define un ámbito de autonomía jurídica para la Administración Pública que el juez no puede interferir, salvo las excepciones legales; por lo anterior, el juez solo puede controlar el

³ Bajo esta última, el conflicto suscitado por las pretensiones jurídicas contrapuestas de las partes se somete a la decisión de un tercero imparcial, que es el órgano judicial, el cual emite una decisión final sobre la base de un proceso previo, legalmente tramitado y en el que las partes ejercieron su derecho a defensa jurídica. OËLCKERS 1978, 122-124.

⁴ Cit. por LÓPEZ 1988, 60.

⁵ LÓPEZ 1988, 60.

⁶ OËLCKERS 1978, 122-124; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 1997, 500-502.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 1997, 499.

acto administrativo, que expresa una declaración de voluntad adoptada unilateralmente por aquella, con posterioridad a su dictación, a diferencia de lo que sucede con los sujetos privados, quienes deben recurrir a los Tribunales de Justicia para obtener una tutela declarativa o ejecutiva, según el caso, a sus pretensiones⁸.

Por cierto, el ejercicio de la autotutela administrativa comporta tanto una carga como un privilegio –otro más, para la Administración Pública–, el que solo se puede justificar por su misión de tutela del interés general. Eso último abona, precisamente, una serie de privilegios exorbitantes con cuenta usualmente la Administración Pública, entre los cuales suelen citarse la presunción de legalidad de los actos administrativos, un conjunto de privilegios procesales y la ejecución inmediata de los actos antedichos⁹.

En todo caso, al decir de Oëlckers, la autotutela administrativa y los privilegios que encuentran en ella su fundamento jurídico tienen un carácter posicional, pues derivan de la posición o situación jurídica especial que tiene la Administración Pública *vis-a-vis* los Tribunales de Justicia, expuesta *supra*, la que encuentra su origen histórico en la comprensión de la doctrina de la separación de poderes hecha por los revolucionarios franceses, luego de la Revolución Francesa de 1789¹⁰.

En tal sentido, el privilegio en comento obedece a una necesidad de eficacia de la acción administrativa, antes que a un capricho institucional o una desviación de la doctrina citada, y persigue, como bien ha señalado De la Quadra-Salcedo, que la Administración Pública pueda actuar sin mediar intervención judicial previa para la salvaguardia del interés general¹¹, pero ello no excluye el control judicial posterior de la legalidad de la actividad de la Administración Pública, porque la autotutela administrativa solo comporta una ventaja temporal y no definitiva en favor de aquella¹².

Aún más, preciso es reconocer que este privilegio debe ejercerse no solo en conformidad a la constitución y la ley, sino también conforme a los principios y valores que informan los derechos, libertades y garantías constitucionales asegurados por la constitución material (importante en la época del neoconstitucionalismo), lo ha llevado a que la tutela cautelar haya adquirido renovada importancia contemporáneamente, especialmente a través de la suspensión del acto administrativo impugnado fundado en el derecho a la tutela judicial efectiva, como ha acontecido en el derecho español¹³.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 1997, 500-501.

⁹ OËLCKERS 1978, 128-135; COSCULLUELA 1998, 335-341; FERRADA 2007, 81-88.

¹⁰ OËLCKERS 1978, 125-127.

¹¹ DE LA QUADRA-SALCEDO 2014, 17.

¹² DE LA QUADRA-SALCEDO 2014, 18.

¹³ LÓPEZ 1988, 95.

Ahora bien, basándonos en la obra de García de Enterría y Fernández, la autotutela administrativa se ha clasificado tradicionalmente en¹⁴:

1. La autotutela declarativa: constituye una potestad que habilita a la Administración Pública para formular unilateralmente decisiones que afectan o modifican la situación jurídica de los administrados, pero sin mediar una declaración judicial previa, razón por la cual los actos administrativos respectivos constituyen decisiones ejecutorias cuya legalidad se presume.

2. La autotutela ejecutiva: constituye una potestad que habilita a la Administración Pública para proceder de oficio en contra de los administrados que se nieguen a cumplir sus decisiones ejecutorias, pudiendo imponer su propia coacción, cuestión que no resulta pacífica en el derecho comparado¹⁵.

3. La autotutela reduplicativa o en segunda potencia: potestad que constituye una esfera de protección jurídica de la Administración Pública y que se traduce en:

a) El agotamiento previo de la vía administrativa, para efectos de la interposición de la acción contencioso-administrativa en contra del acto administrativo impugnado, por parte del administrado recurrente, lo que comporta la imposición forzosa de un retardo en el acceso al juez natural para este último y, por ende, un agravamiento de la carga que supone la autotutela administrativa respecto del administrado.

b) La potestad sancionatoria directa de la Administración Pública, para efectos de sancionar el incumplimiento de los actos administrativos por parte de los administrados, la que agrava el efecto que supone la autotutela ejecutiva, desde el momento que puede traducirse en la imposición de una sanción al administrado.

Como bien indica estos autores, esta manifestación de la tutela reduplicativa o en segunda potencia puede degenerar en un verdadero abuso por parte de la Administración Pública, cuando la sanción es impuesta simplemente por infracciones al orden social, en lugar que por el incumplimiento de un acto administrativo determinado, toda vez que con ello se afectan bienes jurídicos de los administrados (propiedad, libertad, etc.) y sin las garantías que rodean el ejercicio normal del *ius puniendi* estatal en materia penal.

c) La adopción del principio *solve et repete* en materia contencioso-administrativa, el que obliga al administrado recurrente a enterar en arcas fiscales el importe total o parcial de la multa administrativa impuesta, en forma previa a la interposición de la acción impugnatoria dirigida en contra del acto administrativo correspondiente, lo que condiciona el acceso al juez natural y el ejercicio del derecho constitucional a la acción y a la defensa judicial.

¹⁴ En los párrafos siguientes nos hemos basado en la obra de García de Enterría y Fernández, cuyas ideas principales hemos procurado resumir para estos efectos. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 1997, 503-515.

¹⁵ Para una visión en contrario a partir del derecho comparado, Cfr. GORDILLO 2011, 35-36.

II. La situación en el derecho administrativo chileno

En materia de autotutela administrativa, debe distinguirse en el derecho administrativo chileno la situación de la Ley N° 19.880, de 2003, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, respecto de la situación prevista en la abundante legislación sectorial o especial, la que contempla algunas reglas legales especiales.

Al respecto, el art. 3° inc. 8° de la Ley N° 19.880 preceptúa: *Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.*

Como se desprende de lo expuesto por Ferrada, Moraga y Bermúdez, la norma legal contempla las presunciones de legalidad o legitimidad del acto administrativo (de carácter *iuris tantum*), de ejecutividad del mismo (referida mediante la voz "imperio"), y de ejecutoriedad de aquel (aludida a través de la voz "exigibilidad")¹⁶.

Al respecto, acorde a los mismos autores, la ejecutividad del acto administrativo se refiere a la obligatoriedad del acto administrativo con potencialidad jurídica suficiente para afectar, en grado variable, situaciones jurídicas de terceros, aun en contra de su voluntad; mientras que la ejecutoriedad del acto administrativo alude a la posibilidad de una ejecución inmediata y coactiva del acto administrativo, sin interferencia de los Tribunales de Justicia, salvo las excepciones legales, como lo reitera el art. 51 inc. 1° de la ley citada.

Sin embargo, la ley mencionada da un tratamiento peculiar a la ejecución forzosa de los actos administrativos, mediante la denominada ejecución o acción de oficio por la Administración Pública, la que cobra relevancia respecto de los actos administrativos que deben ser ejecutados, ante la negativa o resistencia del administrado a darles cumplimiento, por contener una decisión desfavorable a su respecto¹⁷.

En tal sentido, el art. 3° de esta ley sugiere la existencia de la ejecución o acción de oficio, lo que constituiría una potestad genérica de la Administración Pública según Cordero, aunque preciso es reconocer que el art. 50 de aquella no contempla medios jurídicos para este objeto, a diferencia de la ley española de procedimiento administrativo que le sirvió de modelo¹⁸.

En efecto, los arts. 95 a 100 de la ley española citada, Ley 30/1992, contemplan como diversos medios de ejecución forzosa de los actos administrativos, previo apercibimiento, a favor de las Administraciones Públicas,

¹⁶ FERRADA 2007, 82; MORAGA 2010, 97-104; BERMÚDEZ 2011, 124.

¹⁷ MORAGA 2010, 102-103.

¹⁸ CORDERO 2007, 127; FERRADA 2007, 83-84; ENTEICHE 2014, 151-157.

ninguno de los cuales está contemplado en la Ley N° 19.880, e. g. el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas.

Sobre el particular, el apremio sobre el patrimonio consiste en el cobro ejecutivo y forzoso que efectúa la Administración Pública, para recaudar la cantidad líquida de dinero que debe satisfacerse de acuerdo a un acto administrativo por el administrado, como se desprende del art. 97 de dicha ley. La ejecución subsidiaria consiste en el cumplimiento del acto administrativo por un tercero, distinto al administrado, cuando la decisión administrativa impone una prestación no personalísima, según el art. 98 de la misma. La multa coercitiva consiste en la carga económica progresiva y reiterada que se impone al administrado para obtener el cumplimiento de lo ordenado por el acto administrativo, una vez cumplidos los presupuestos legales (actos personalísimos; actos personalísimos en que se estima inconveniente la compulsión, y actos cuya ejecución puede encargar a un tercero el administrado obligado), de acuerdo al art. 99 de este cuerpo legal. La compulsión sobre las personas consiste en la coerción directa sobre el administrado obligado para el cumplimiento de una obligación personalísima de no hacer o soportar, tal cual se deduce del art. 100 de aquella.

Estas circunstancias condujeron a Ferrada a sostener: [...] *Esto lleva a pensar que en nuestro derecho la ejecución forzosa de los actos administrativos es una potestad o privilegio entregado, por regla general, a los tribunales de justicia, salvo que la ley disponga en un caso particular esta habilitación para la Administración, señalando al mismo tiempo los instrumentos específicos para hacerla efectiva*¹⁹.

Tratándose de la autotutela reduplicativa o en segunda potencia, la Ley N° 19.880 no consagra terminantemente el agotamiento de la vía administrativa para el administrado recurrente en su art. 54, sino más bien los efectos jurídicos que derivan de la opción procesal que ejerza en su momento el administrado recurrente, pues aquel preceptúa: "Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba estimarse desestimada./ Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo. Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, al Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que este interponga sobre la misma pretensión".

Igualmente, la ley citada omite referencia alguna a la potestad sancionatoria directa de la Administración Pública, por no constituir su objeto, y al

¹⁹ FERRADA 2007, 84.

principio *solve et repete*, cuya constitucionalidad ha sido objetada en estrados judiciales²⁰.

Con todo, preciso es reconocer que la situación es distinta en la legislación sectorial o especial, pues las distintas leyes administrativas contemplan normas jurídicas atinentes a los institutos referidos *supra* y en ellas podemos encontrar no solo manifestaciones de la autotutela declarativa, sino también de la ejecutiva y de la reduplicativa o en segunda potencia, como acontece cuando revisamos la frondosa legislación existente en materia tributaria, sanitaria, aduanera, fitosanitaria, municipal, de vialidad, entre otras, sobre lo cual existe evidencia clara hoy en día²¹.

III. La situación en el Código de Aguas

Utilizando la clasificación propuesta por García de Enterría y Fernández, podemos analizar la situación de la autotutela administrativa en el Código de Aguas, para responder la interrogante planteada al inicio de este trabajo.

Tratándose de la autotutela declarativa, constatamos que la DGA puede expedir decisiones administrativas, mediante las cuales expresa declaraciones de voluntad obligatorias y unilaterales que tienen la potencia para afectar la situación jurídica de terceros, en el cumplimiento de las funciones y atribuciones que le han sido confiadas por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, ella no requiere acudir a los Tribunales de Justicia para obtener una tutela declarativa a sus pretensiones, en cuanto se vinculan con unas y otras, por lo que sus actos administrativos gozan de las presunciones de legalidad e imperio, conforme a lo señalado *supra*.

En tal sentido, el art. 299 CA establece una serie de atribuciones y funciones para la DGA, como planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento; investigar y medir el recurso; ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en ellos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin autorización previa de la misma o de la autoridad correspondiente; impedir que se extraigan aguas de dichos cauces sin título o en mayor cantidad que la que corresponda, si no existieren juntas de vigilancia legalmente constituidas; y, supervigilar el funcionamiento de las organizaciones de usuarios de aguas, conforme a lo dispuesto en el CA.

Para estos efectos, el art. 300 CA impone diversos deberes al Director General de Aguas, al tiempo que le confiere un número de atribuciones, entre las cuales podemos destacar –por su atingencia con este trabajo–, las de dictar las normas e instrucciones internas que sean necesarias para la correcta aplicación de las leyes y reglamento de competencia del servicio; dirigir, coordinar y fiscalizar la labor de la DGA y adoptar las medidas conducentes a

²⁰ MORAGA 2010, 104; ENTEICHE 2014, 168.

²¹ VILLAR 2006, 29-35.

su adecuado funcionamiento técnico y administrativo; dictar las resoluciones correspondientes sobre materias que las leyes encomienden a los jefes superiores de servicios; y, delegar total o parcialmente, en funcionarios del servicio, una o más facultades y conferirles poderes especiales por un periodo determinado, entre otras.

El ejercicio de esta autotutela declarativa tiene manifestaciones claras en el cuerpo legal precitado, el que emplea verbos diversos para denotar su concurrencia en la actividad de la DGA, como por ejemplo ordenar (arts. 129 bis 2, 156, 304 y 307 CA), exigir (arts. 68 y 305 CA), resolver (arts. 58 y 285 CA), declarar (arts. 63, 65, 67 y 282 CA), establecer (arts. 61, 62, 129 bis 1, 129 bis 3 y 307 CA), revocar (art. 282 CA), decretar (arts. 65 y 134 CA), entre otros.

En lo que respecta a la autotutela ejecutiva, los actos administrativos dictados por la DGA gozan también de la presunción de exigibilidad; sin embargo, el CA solo contempla algunas normas –muy pocas, sobre algo semejante a la ejecución o acción de oficio–. Por lo tanto, tratándose de aquellos actos administrativos dictados por la DGA que imponen una decisión desfavorable al administrado, lo que motiva que este último se niegue o resista a cumplirlos, este servicio público debe someterse –en la generalidad de los casos–, a la heterotutela judicial y, consecuentemente, acudir a los Tribunales de Justicia para obtener una tutela a sus pretensiones ejecutivas.

Pues bien, el CA solo contempla dos medios jurídicos algo semejantes a la ejecución o acción de oficio, para efectos del cumplimiento forzado de ciertos actos administrativos de la DGA. Estos medios son los siguientes:

1. El auxilio de la fuerza pública: este medio está previsto en los arts. 138 y 299 d) CA y se traduce en el apoyo material y profesional, expresado en la coacción directa que realiza la fuerza pública definida en el art. 101 inc. 2° CPR, con facultades de allanamiento y descerrajamiento, para el cumplimiento de las resoluciones administrativas que dicte la DGA, previo requerimiento del Director General de Aguas o de sus delegados, dirigido al Intendente Regional o Gobernador Provincial respectivo, en el ejercicio de las atribuciones relacionadas con los procedimientos administrativos contemplados en el Título I del Libro Segundo CA (arts. 130 ss. CA), o bien para impedir que se extraigan aguas de los cauces naturales de uso público sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda, en caso que no existan juntas de vigilancia legalmente constituidas en estos últimos.

En ambos casos el CA no exige una autorización judicial previa, a favor de la DGA, para el empleo de la coacción directa por la fuerza pública, lo que constituye una diferencia respecto de la hipótesis legal prevista en el art. 129 bis 2 CA, que sí la requiere y cuyo tenor es el siguiente: *La Dirección General de Aguas podrá ordenar la inmediata paralización de las obras o labores que se ejecuten en los cauces naturales de aguas corrientes o detenidas que no cuenten con la autorización competente y que pudieren ocasionar*

perjuicio a terceros, para lo cual podrá requerir el auxilio de la fuerza pública en los términos establecidos en el art. 138 de este Código, previa autorización del juez de letras competente en el lugar en que se realicen dichas obras.

Con todo, cuando se comparan los tres preceptos legales surge la siguiente interrogante: ¿cuál es la razón para la diferente regulación legal del empleo del auxilio de la fuerza pública; en otras palabras, por qué en algunos casos no se requiere autorización judicial previa y en el otro sí se requiere esta última?

Tratándose de los casos de excepción a la heterotutela judicial contemplados en las leyes sectoriales o especiales, Enteiche advierte que el legislador suele conceder la autotutela ejecutiva mediante el auxilio de la fuerza pública, sin necesidad de autorización judicial previa, sea que se trate o no de obtener el cumplimiento de una decisión administrativa previa desfavorable al administrado, inclusive si con ello se afectan derechos de terceros y sostiene, basado en la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional, que debiera requerirse dicha autorización judicial si la autotutela ejecutiva se vincula con el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de los servicios públicos, circunstancias en las cuales no existe el incumplimiento de un acto administrativo previo, sino de mera una hipótesis legal y una afectación eventual de los derechos de terceros, en la especie los sujetos fiscalizados²².

A la luz de lo expuesto, parece acertada la regulación legal de la autotutela ejecutiva contemplada en el art. 138 CA, pues este se vincula con las funciones de la DGA relacionadas con los procedimientos administrativos referidos *supra*, existiendo una decisión administrativa previa que ha sido incumplida por el administrado; en cambio, resulta difícil fundamentar jurídicamente el precepto del art. 299 d) CA desde este punto de vista, concretamente la omisión de la autorización judicial previa en él, pues constituye manifestación de una potestad fiscalizadora de la DGA y, ciertamente, su ejercicio puede afectar los derechos de los sujetos fiscalizados. En este último caso, no se divisa una diferencia sustancial con la hipótesis legal prevista en el art. 129 bis 2 CA, por lo que la regulación legal diferente que se advierte en ambos casos no parece del todo justificada en términos sistemáticos.

2. La ejecución subsidiaria facultativa: este medio está previsto en el art. 172 CA., para el caso que personas, naturales o jurídicas, realicen obras en cauces naturales o artificiales, sin contar con la autorización previa de la DGA y, en su caso, del Departamento de Obras Fluviales del Ministerio de Obras Públicas²³.

Originalmente, el art. 172 solo contemplaba la ejecución subsidiaria facultativa, para el caso que el administrado no modificare o destruyere las

²² ENTEICHE 2014, 161-162.

²³ Cfr. Art. 129 bis 2 CA.

obras respectivas en el plazo perentorio fijado por la DGA, previo apercibimiento al efecto. Más tarde, la Ley N° 20.304, de 2008, modificó dicho precepto legal y dispuso que, si el infractor no diere cumplimiento a lo anterior, dicho incumplimiento será sancionado con una multa administrativa, de naturaleza sancionatoria, de 100 a 1.000 Unidades Tributarias Anuales, según la magnitud de la infracción, pudiendo el servicio público aludido, además, encomendar la ejecución de las obras necesarias a terceros, por cuenta de aquel.

De acuerdo a lo expuesto, el texto legal vigente expresa la preferencia clara del legislador por la aplicación de una multa sancionatoria para castigar el incumplimiento del administrado, previamente apercibido por la DGA, por lo que la ejecución subsidiaria constituye un medio jurídico meramente eventual, de discutible eficiencia y conducencia para obtener el cumplimiento forzado de aquel. Desde este punto de vista, el cumplimiento forzado del administrado se trata de obtener, en forma indirecta, mediante el empleo de la potestad sancionatoria directa de la DGA²⁴.

Fuera de las hipótesis legales recién expuestas, la institución jurídica de la heterotutela judicial tiene plena aplicación para el cumplimiento forzado de los actos administrativos antedichos de la DGA, por lo que sus pretensiones ejecutivas deben obtener una tutela de los Tribunales de Justicia.

En lo tocante a la tutela reduplicativa o en segunda potencia, el CA solo contempla una de sus manifestaciones, de acuerdo a lo expuesto *supra*. Desde luego, este cuerpo legal no exige el agotamiento previo de la vía administrativa para la interposición de la reclamación judicial en contra de las resoluciones administrativas dictadas por el Director General de Aguas, por funcionarios de su dependencia o por sus delegados, como se puede constatar mediante la lectura de los arts. 136 y 137 CA, y menos adopta el principio *solve et repete* para la interposición de acciones impugnatorias de las multas sancionatorias referidas, como se desprende de los mismos preceptos legales en relación con los arts. 172 y 307 CA.

Por el contrario, el CA contempla excepcionalmente el empleo de la potestad sancionatoria directa en contra del administrado, mediante la imposición de una multa sancionatoria por la DGA y solo para los casos previstos en los arts. 172 y 307 CA.

En el caso del art. 172 CA, referido *supra*, la multa sancionatoria es de carácter obligatoria, mientras que ella tiene un carácter facultativo en el caso del art. 307 CA. Este último precepto legal la hace aplicable en contra de las organizaciones de usuarios de aguas que administraren obras mayores cuyo

²⁴ Interesantemente, la única hipótesis legal de multa coercitiva, prevista en el CA para el caso de incumplimiento de un acto administrativo, requiere de un decreto judicial previo, dictado específicamente por el Juez de Policía Local, conforme al art. 306 CA y, a diferencia de las hipótesis legales de los arts. 172 y 307 CA, el legislador aludió en plural a "multas" en el inc. 1° de este precepto legal, autorizando su reiteración en el inc. 4° del mismo.

deterioro o destrucción eventual pudiere afectar a terceros, sin que se efectúe su reparación ordenada por la DGA y su cuantía puede ir desde 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Al igual que en el caso del art. 172 CA, también puede cuestionarse la eficiencia y conducencia del art. 307 CA para la obtención del objetivo perseguido por el legislador, cual es que los administrados –presuntos infractores–, efectúen las reparaciones ordenadas.

En cualquier caso, cabe preguntarse si existe una clara diferencia en los bienes jurídicos tutelados que justifique que la multa sancionatoria se imponga en Unidades Tributarias Mensuales en el caso del art. 307 CA y en Unidades Tributarias Anuales en el caso del art. 172 CA²⁵.

Conclusión

El CA recoge algunas manifestaciones de la institución jurídica de la autotutela administrativa, en lo referente a la actividad jurídica de relación de la DGA. Este servicio público está exceptuado de recurrir a los Tribunales de Justicia para obtener una tutela a sus pretensiones declarativas, por lo que los actos administrativos dictados por aquel gozan de las presunciones de legalidad, imperio y exigibilidad.

Con todo, el CA contempla muy pocos medios jurídicos para obtener la ejecución forzada de los actos administrativos dictados por la DGA, lo que tiene especial relevancia para aquellos que imponen una decisión desfavorable al administrado y que conduce a que este retarde o resista su cumplimiento.

Al respecto, el CA contempla solo dos medios jurídicos para obtener dicho cumplimiento, cuya aplicación debe efectuarse en forma estricta y circunscribirse a las hipótesis legales descritas expresamente por el legislador, a saber: el auxilio de la fuerza pública (arts. 138 y 299 d) CA) y la ejecución subsidiaria facultativa (art. 172 CA). Esta última parece ser de baja eficiencia y conducencia al objetivo perseguido por el legislador, lo que explica su carácter no obligatorio y el hecho que el legislador la haya complementado más tarde con una multa sancionatoria obligatoria.

Fuera de las hipótesis previstas en los preceptos legales referidos *supra*, la DGA debe someter sus pretensiones ejecutivas a la tutela de los Tribunales de Justicia, siéndole aplicable la institución jurídica de la heterotutela judicial para el cumplimiento forzado de sus actos administrativos.

En cuanto a la tutela reduplicativa o en segunda potencia, el CA se refiere solo a una de sus manifestaciones, como es la potestad sancionatoria directa en favor de la DGA, contemplada excepcionalmente bajo la forma de

²⁵ Para un estudio de la sanción administrativa en el derecho administrativo chileno, Cfr. CORDERO 2013; LETELIER 2015. Para un estudio de las complejidades de la potestad sancionatoria en materia de aguas, entre otros, Cfr. VERGARA 2013, 716-718.

una multa sancionatoria obligatoria en el art. 172 CA y de una multa sancionatoria facultativa en el art. 307 CA.

Bibliografía citada

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2007): "La eficacia, extinción y ejecución de los actos administrativos", en: VV. AA: *Acto y Procedimiento Administrativo, Segundas Jornadas de Derecho Administrativo*, Valparaíso: Ediciones Universitarias, pp. 109-130.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013): "Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilenas", en: *Revista de Derecho* 20, N° 1, Universidad Católica del Norte, pp. 79-103.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (1998): *Manual de Derecho Administrativo* (Madrid, Editorial Civitas) T I, 585 pp.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (2014): "Lección 6: La Autotutela Administrativa", en: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; VIDA, José y PEÑARANDA, José Luis, *Instituciones Básicas de Derecho Administrativo*, Disponible en: ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/leccion6.pdf [Consultado el 1 de junio de 2016]
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2014): "La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile", en: *Revista de Derecho*, Año 21, N° 2, Universidad Católica del Norte, pp. 137-182.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan (2007): "Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno", en: *Revista de Derecho* XX, N° 2, Universidad Austral de Chile, pp. 69-94.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1997): *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas) T I.
- GORDILLO, Agustín (2011): *Tratado de Derecho Administrativo: el acto administrativo* (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo) Vol. 3. Disponible en www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo5.pdf [Consultado el 1 de junio de 2016].
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2015): "La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el Caso Mackenna", en: *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, pp. 316-332.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1988): "Límites constitucionales de la autotutela administrativa", en: *Revista de Administración Pública* 115, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 57-97.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *La actividad formal de la Administración del Estado*, en: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.), *Tratado de Derecho Administrativo* (Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing) T VII.
- OÉLCKERS CAMUS, Osvaldo (1978): "El principio de la autotutela administrativa como privilegio de la Administración Pública", en: *Revista de Derecho* 2, Universidad Católica de Valparaíso, pp. 121-136.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2013): "Potestad sancionadora de la Administración en electricidad, minas y aguas", en: ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ALARCÓN JAÑA, Pablo, *Sanciones Administrativas* (Santiago, LegalPublishing/Thomson Reuters), pp. 701-720.
- VILLAR CÁRDENAS, Hernán (2006): *La ejecución forzosa de los actos de la Administración en el derecho chileno*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

Normativa citada

- Decreto N° 100, Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 septiembre 2005.
- DFL N° 1122 del Ministerio de Justicia, fija el texto del Código de Aguas. Diario Oficial, 29 de octubre de 1981.
- Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.