

Mg

Monografías

Riesgos y Derecho Administrativo

Desde el control a la regulación

Christian Rojas Calderón

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

RIESGOS Y DERECHO ADMINISTRATIVO DESDE EL CONTROL A LA REGULACIÓN

© Christian Rojas Calderón

2019 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 301475

ISBN 978-956-9959-47-9

Primera edición, abril de 2019 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 400 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

Para Santiago, que nunca se rinde.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. PRELIMINAR SOBRE LAS ACTIVIDADES MATERIALMENTE ADMINISTRATIVAS, SU FUNDAMENTO Y CLASIFICACIÓN.....	7
1. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS.....	9
2. EXPLICACIÓN GENERAL SOBRE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.....	11
2.1. Distinción básica entre actividad formal y material.....	11
2.2. El debate acerca de la actividad material.....	13
3. REORIENTACIÓN DESDE UN “ESTADO PRESTADOR” A UN “ESTADO SUPLENTE”, Y LUEGO A UN “ESTADO GARANTE”.....	16
4. PROPUESTAS CLASIFICATORIAS ACERCA DE LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN.....	18
4.1. Primer ámbito: cuando dicha actividad tenga incidencia en la libertad....	20
4.2. Segundo ámbito: cuando dicha actividad tenga incidencia en los bienes	20
5. TÉCNICAS CONSIGUIENTES DE INTERVENCIONES ADMINISTRATIVAS.....	21
5.1. Limitación de actividad de particulares y mantenimiento de orden público (policía general).....	22
5.2. Actividades de estímulo o ayudas públicas (fomento).....	23
5.3. Actividades de garantía (servicio público).....	24
5.4. Actividades de gestión económica directa (empresa pública).....	26
CAPÍTULO II. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA ACTIVIDAD DE POLICÍA ADMINISTRATIVA GENERAL.....	29
1. ESTRUCTURA Y EFECTOS.....	31

2.	LA ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN O LIMITACIÓN	31
2.1.	Aspectos generales sobre la ordenación o limitación (policía administrativa).....	31
2.2.	Su configuración en un Estado liberal de Derecho.....	33
3.	TÉCNICAS DE LA ORDENACIÓN Y LIMITACIÓN	34
3.1.	Prohibiciones y mandatos, en especial la información.....	35
	A) <i>Prohibiciones</i>	35
	B) <i>Mandatos, en especial el de informar</i>	35
3.2.	Autorizaciones.....	36
	A) <i>Concepto y naturaleza</i>	36
	B) <i>Clasificación</i>	37
	C) <i>Comunicaciones previas con reserva de oposición</i>	37
3.3.	Condicionamiento.....	38
3.4.	Ablación	39
	A) <i>Disminución o privación de situaciones activas</i>	39
	B) <i>Creación o ampliación de situaciones pasivas</i>	39
3.5.	Regulación u ordenación de relaciones jurídico-privadas.....	40
	A) <i>La actividad registral</i>	40
	B) <i>La actividad de formalización y control de negocios jurídicos privados</i>	41
	C) <i>La actividad arbitral o de mediación entre derechos e intereses de los particulares</i>	41
4.	LA ACTIVIDAD DE INSPECCIÓN.....	42
5.	LA ACTIVIDAD O POTESTAD SANCIONATORIA	44
5.1.	Fundamento de la sanción administrativa	45
5.2.	Sus manifestaciones.....	46
	A) <i>Autonomía del Derecho administrativo sancionador</i>	49
	B) <i>Dependencia</i>	50
5.3.	Cierre crítico.....	51

CAPÍTULO III. LA INADECUACIÓN DE LA METODOLOGÍA BASADA EN EL CONTROL JUDICIAL A LAS NUEVAS REALIDADES, Y LA NECESIDAD DE UNA METODOLOGÍA DIRECCIONAL, FUNCIONAL O RESPONSIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.	EL PUNTO DE INFLEXIÓN.....	55
2.	FUNDAMENTOS CRÍTICOS	58
3.	ENTONCES, LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA DIRECCIONAL, FUNCIONAL O RESPONSIVA	62

CAPÍTULO IV. LOS RIESGOS. SU CONCEPTUALIZACIÓN, LAS COMPLEJIDADES QUE CONSIDERA Y SUS PROYECCIONES JURÍDICAS	67
1. LOS RIEGOS Y SU IMPACTO EN EL DERECHO DE NUESTRO TIEMPO.....	69
2. LAS TAREAS QUE DEBE CUMPLIR EL DERECHO EN ESTE CONTEXTO	76
3. SU MANIFESTACIÓN EN LOS “SECTORES DE REFERENCIA”.....	78
4. LA NUEVA FORMA DE COMPRESIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA A PARTIR DE LA PERSPECTIVA DIRECCIONAL O FUNCIONAL BASADA EN EL RIESGO	79
5. POR ELLO, LA IRRUPCIÓN DE LA REGULACIÓN BASADA EN EL RIESGO (RBR)	83
6. SU CONEXIÓN DIRECTA CON LA RECOMPOSICIÓN DE RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LA SOCIEDAD Y SU EXPRESIÓN EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES	88
CAPÍTULO V. SISTEMATIZACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LOS RIESGOS EN LA REGULACIÓN MEDIOAMBIENTAL	97
1. EL DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE COMO UN DERECHO DE REGULACIÓN Y GESTIÓN DE LOS RIESGOS	99
2. LOS RIESGOS EN LA LEY DE BASES GENERALES DE MEDIO AMBIENTE (LBGMA)	102
2.1. Conceptualización	102
2.2. Su identificación	103
2.3. Su representación orgánica.....	104
2.4. Su faz funcional en la EAE	104
2.5. Su manifestación específica en el Reglamento del SEIA.....	105
3. LOS RIESGOS EN LA LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (LOSMA)	108
3.1. Fiscalización ambiental.....	110
A) Régimen general	110
B) Los Mecanismos de Incentivo al Cumplimiento (MIC)	112
a. Medidas provisionales	112
b. Programación y Subprogramación de la Fiscalización	114
c. MIC: autodenuncia.....	116
d. MIC: programa de cumplimiento.....	117
e. Plan de reparación.....	118
3.2. Sanción ambiental	118
A) Habilitación sancionatoria general	119
B) Calificación de sanciones	119
3.3. Mirada sancionatoria basada también en riesgos	120
4. SU ÚLTIMA MANIFESTACIÓN EN EL INSTRUCTIVO N° 180.972/2018 DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (SEA).....	120

5. DE ESTA FORMA, CONFIGURACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS HABITUALES DE GESTIÓN DE RIESGOS Y RETRAIMIENTO DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN FAVOR DE OTRAS FÓRMULAS.....	122
5.1. El medio habitual de gestión de riesgos	122
A) <i>Instrumentos normativos</i>	123
B) <i>Actos administrativos autorizatorios</i>	124
C) <i>El control técnico-preventivo por particulares con efectos públicos</i>	125
D) <i>En fin, el control represivo de los riesgos que han derivado en daños</i>	127
5.2. Fórmulas pendientes, en especial la <i>comunicación ambiental</i>	129
A) <i>Antecedentes</i>	129
B) <i>De la autorización a la comunicación ambiental</i>	130
6. CONSECUENCIAS	134

CAPÍTULO VI. MANIFESTACIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS. LAS NUEVAS POTESTADES SANCIONATORIAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS BASADAS EN EL RIESGO

1. LA ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN PÚBLICA (POLICÍA ADMINISTRATIVA GENERAL) REALIZADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS.....	137
1.1. La actividad de gestión ordinaria de las aguas	137
A) <i>Asignación, autorización e información de los bienes públicos</i>	138
B) <i>Policía administrativa (ordenación/inspección/sanción)</i>	138
C) <i>Atribuciones –como competencia genérica– en materia de recursos hídricos</i>	139
1.2. La actividad extraordinaria (y excepcional) de gestión de las aguas por la DGA en caso de <i>extrema sequía</i>	139
2. FUNDAMENTOS DE LAS POTESTADES DE INSPECCIÓN O SUPERVISIÓN DE LA DGA.....	140
2.1. Tipologías de fiscalización	142
A) <i>Inspección preventiva</i>	142
B) <i>Inspección paliativa</i>	142
C) <i>Inspección correctiva. Control administrativo de las organizaciones de usuarios de aguas</i>	143
2.2. Función de la potestad “de fiscalización”	143
3. EL ENCADENAMIENTO CON LAS POTESTADES SANCIONATORIAS DE LA DGA.....	144
3.1. Fundamentos y rol de las sanciones en una estrategia regulatoria responsable.....	144
3.2. La estructura sancionatoria del orden público en la regulación de aguas antes de la reforma de la Ley N° 21.064.....	147
A) <i>Reglas generales</i>	147
B) <i>Casos especiales</i>	148

3.3. Estrategia regulatoria direccional en las sanciones del Código de Aguas después de la reforma de la Ley N° 21.064	149
A) Estructura	150
a. Infracciones calificadas (artículo 173 CAg)	150
b. Infracciones sin calificación.....	151
c. Cuantificación	151
B) Procedimiento	152
C) Juez competente	153
D) Casos de infracciones especiales.....	153
a. Ejecución de obras hidráulicas sin autorización	153
b. Incumplimiento de medidas y obras en cauces naturales y artificiales.....	153
c. Incumplimiento de medidas de reparación de obras mayores	154
4. COROLARIO.....	154
BIBLIOGRAFÍA	157

PRÓLOGO

El esfuerzo de la humanidad desde sus mismos inicios ha tenido como uno de sus principales objetivos el dominio de la naturaleza y sus peligros. Porque por mucho que la idealicemos, la naturaleza en estado puro nos es hostil. No ya solo por sus peligros más espectacularmente amenazantes –tsunamis, terremotos, sequías pertinaces, plagas, inundaciones– sino porque no se muestra generosa en la satisfacción de las necesidades humanas: alimentación, energía, protección ante inclemencias, comunicación. Duraríamos pocos días si nos dejarasen, sin nada, en la más pura e incontaminada naturaleza. Por eso el empeño sostenido de la humanidad desde sus mismos orígenes ha sido el dominio de la naturaleza y la protección frente a sus peligros con la idea de neutralizarlos, sirviéndose para ello –esto es fundamental– de un único instrumento: la técnica. Técnica, decía el filósofo español ORTEGA Y GASSET, es todo aquello que hemos interpuesto entre nosotros y la naturaleza.

Vivimos así inmersos en un tejido tecnológico cada vez más denso que, al expandirse, va derribando las fortalezas e imposiciones de la naturaleza. Una de ellas, la distancia física. Se dice de las nuevas tecnologías de la comunicación que han acabado con la distancia, que la han matado. Entre América y Europa pueden mediar, según las zonas, entre ocho y diez mil kilómetros, una distancia que hace pocos siglos requería de dos meses para superarla y que se ha ido recortando con las tecnologías del transporte. Hoy se ha desvanecido con las tecnologías de la comunicación que nos permiten conversar cara a cara con cualquier persona que las utilice.

Pero toda esa tecnología, que nos libera de peligros naturales y hace más comfortable nuestra vida, no es inocua. Genera sus propios peligros

que son sustancialmente diferentes de los peligros naturales; por ello, a estos peligros que tienen su origen en la tecnología y la acción humana los damos en llamar, convencionalmente si se quiere, riesgos. La gran transformación que se registra en los últimos cuarenta años supone un punto de inflexión en la historia de la humanidad: es la entrada, sin retorno, en la sociedad del riesgo, una sociedad que está mayormente expuesta a los riesgos por ella –y sus tecnologías– generados, que a los peligros naturales que en muy buena medida ha logrado conjurar. Esta completa transformación, esta inflexión irreversible, afecta a todos los sectores. Reparemos en uno de ellos, del todo fundamental: el de la alimentación.

A nuestros abuelos les daba de comer la naturaleza, dependían por ello de sus ritmos y peligros. Si la naturaleza se mostraba inclemente –sequías, plagas, inundaciones, heladas–, la producción se reducía hasta generar hambrunas. Este peligro –que pervive todavía en el tercer mundo y marca una diferencia que hemos de superar– se ha eliminado por completo en las sociedades desarrolladas en las que no nos da de comer la naturaleza, sino un entramado tecnológico, una industria, la industria alimentaria que nos asegura todo tipo de alimentos, en cualquier época del año y a cualquier hora del día, en los supermercados que permanecen abiertos las veinticuatro horas. La mayor parte de la gente desconoce por completo cuál es así la estación propia de cada producto –de los tomates, las habas, las sardinas, los espárragos–, pues de todo hay, en cualquier momento y a cualquier hora, en cualquier supermercado; a diferencia de nuestras madres y abuelas que lo sabían perfectamente, pues en los mercados de entonces solo se encontraba lo de temporada. Pero esa industria alimentaria tiene sus riesgos derivados del uso de las tecnologías desde el mismo origen de los alimentos: pesticidas, tratamientos hormonales de animales, manipulaciones genéticas, conservantes, etc.

Parece que preferimos, con toda evidencia, estar expuestos a los riesgos de una industria tecnológica que nos asegura la alimentación antes que enfrentarnos a los peligros de una alimentación fiada del todo a una naturaleza que puede ser esquiva, hasta dejarnos en la inanición. Pero, para el Derecho, ese cambio del peligro al riesgo tiene una consecuencia capital. El peligro está en la naturaleza, fuera por completo de la capacidad de intervención humana y fuera, por tanto, del Derecho, al menos de ese Derecho en el que seguimos instalados. Nadie decide que llueva o no llueva y nadie es responsable, por cierto, de los daños que derivan de

la pertinaz sequía o de las lluvias torrenciales. En cambio, detrás de las múltiples aplicaciones tecnológicas de la industria alimentaria, está siempre la intervención y la decisión humana sobre conservantes, colorantes o, con mucha mayor trascendencia, sobre manipulaciones genéticas en los productos que la naturaleza ofrece. Los peligros naturales no están así en la órbita de la capacidad de decisión humana, por lo que quedan, en principio, fuera de la regulación jurídica; en cambio, los riesgos, al advertirse siempre en ellos una intervención humana, quedarían de lleno en el espacio de regulación. Así, hasta tiempos muy recientes, la alimentación estaba al margen del Derecho, pues tenía su origen fundamental en la naturaleza misma y quedaba por ello expuesta a sus fuerzas y designios, sin apenas intervención humana. En la actualidad, y en un futuro que se antoja irreversible, la alimentación nos la procura una industria, la industria alimentaria, que es –toda ella– materia de una intrincada, novedosa y pujante regulación jurídica.

Si los riesgos pueden ser, han de ser, objeto de regulación por el Derecho, hemos de preguntarnos de inmediato cuáles han de ser sus objetivos. A qué cuestiones en torno a ellos ha de darse respuesta y tratamiento. Son tres, fundamentalmente, las operaciones que ha de realizar el Derecho respecto a los riesgos.

La primera, decidir sobre los riesgos que se aceptan y los que se rechazan. Si nosotros generamos los riesgos, es que podemos –y debemos– decidir sobre ellos. El riesgo que aceptamos es –concepto fundamental en el sistema jurídico de nuestra sociedad postindustrial– el riesgo permitido. No se trata de una decisión absoluta, radical, en la que podemos optar entre riesgo y ausencia de riesgo. No. En una sociedad que ha fiado su destino a la tecnología, la decisión es, necesariamente, optativa: entre un riesgo u otro. Hemos de convivir con el riesgo, riesgo permitido o residual, si se le quiere llamar así, pero riesgo al fin. Esto es algo que han constatado recientemente los más diversos tribunales –nacionales o internacionales, supremos o de primera instancia, civiles o penales, administrativos o constitucionales– que han lanzado este mensaje: no existe el riesgo cero.

La segunda operación es la gestión del riesgo que se admite. Su control, su seguimiento. Lo que se busca aquí prioritariamente es conocimiento, información de los efectos y de los impactos. También conocimiento de nuevas tecnologías que reduzcan los riesgos. La gestión es exigible también a los peligros naturales. No decidimos, no está en nuestra mano que

se produzcan lluvias torrenciales, pero sí nos corresponde la gestión de las inundaciones u otros peligros asociados.

La tercera operación es la asignación de responsabilidades por las decisiones y por la gestión en los casos en que los riesgos deriven en daños. Se trata de una cuestión que emerge más tarde, que, aunque es ya una realidad en muchos casos, se planteará pronto en todo su alcance, cuando nos adentremos aún más en la sociedad del riesgo. En cualquier caso habrá de construirse un nuevo sistema de responsabilidad acorde con el entorno propio del riesgo que es el de la incertidumbre.

El sistema que se está implantando de manera irreversible en torno a la regulación de riesgos está desplazando al que dominaba hasta tiempos recientes la acción pública en materia de seguridad que se articulaba en torno a la policía administrativa. Entre los aciertos del libro de Christian Rojas se cuenta la contemplación atenta del tradicional régimen de la policía administrativa, para analizar sus profundas transformaciones.

La policía administrativa se asienta y explica en un concepto absoluto: el orden público. Su objetivo es mantener ese orden público y, en caso de que se viese alterado, restablecerlo. La regulación de riesgos gira, como ya sabemos, en torno a un concepto más flexible y realista: el riesgo permitido.

La policía se proyecta fundamentalmente sobre peligros. La dogmática alemana que la sistematizó, la caracterizaba como defensa frente a peligros (*Gefahrenabwehr*). Y los peligros son claramente perceptibles. En cambio, el riesgo está rodeado por la complejidad y la incertidumbre. Las medidas de la policía administrativa pueden estar así muy marcadas y predeterminadas por la legalidad, mientras que, con relación a los riesgos, tiende a imponerse una regulación —en un marco legal, ciertamente— que evoluciona y varía en función de los avances en el conocimiento.

Otro recorrido del libro de Christian ROJAS nos adentra de lleno en la regulación ambiental para entenderla en su verdadero lenguaje, que no es otro que el de la regulación de riesgos. Porque el Derecho Ambiental no se ocupa de otra cosa que de los riesgos que generan nuestras acciones, amplificadas por el poderoso tejido tecnológico del que nos hemos dotado, sobre el medio en el que vivimos. Cualquier autorización ambiental no es otra cosa que la decisión sobre la admisión o rechazo de un riesgo, riesgo permitido, tras procesar debidamente la información y el conocimiento que

sobre él se dispone en el debido procedimiento. Todo el régimen de control, y eventualmente sanción, de actividades con impacto ambiental es el sistema propio de la gestión de riesgos. En modo alguno se ocupa el Derecho medioambiental de los peligros con origen en la naturaleza, sino de los efectos de nuestras acciones sobre ella. Un Derecho que significativamente aparece hace cuarenta o cincuenta años cuando la sociedad industrializada comienza a percibir el lado oscuro –los riesgos– del progreso, cuando se produce su mutación en la sociedad del riesgo.

El libro del profesor Christian ROJAS no solo es una pieza fundamental en la renovación y construcción del moderno Derecho Público en Chile, sino que se presenta también como una aportación muy destacada al debate que en el panorama global se sigue sobre la significación del riesgo en las sociedades postindustriales y sus perspectivas regulatorias. No es ya solo que proyecte novedosamente la teoría del riesgo sobre un sector en el que tiene una reconocida autoridad, como es el Derecho de Aguas, sino que, a lo largo de su análisis, entabla ROJAS un diálogo constante con la gran mayoría de los autores que han tratado estos temas. Algunos conocemos a Christian desde hace ya bastantes años, en los que hemos desarrollado una colaboración muy fructífera de la que ha surgido también, destacadamente, una amistad personal sincera que ha potenciado aún más los resultados. Entre ellos y, como mérito personal de su autor, destaca este libro que no puedo sino recomendar muy vivamente, sobre todo por las nuevas perspectivas que nos abre.

JOSÉ ESTEVE PARDO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona.