

Christián Rojas Calderón

Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación (Der Editores, 2019, 188 páginas)

El año 2018, la Superintendencia del Medio Ambiente aprobó 75 programas de cumplimiento que, según sus cálculos, importaron 157 USD millones de inversión en nuestro país. Con ello suma un total de 372 programas autorizados en toda su historia, por un total de 316 USD millones de inversión¹. A través de este mecanismo legal, un sujeto contra el cual se ha iniciado un procedimiento sancionatorio puede suspenderlo con el fin de ejecutar las acciones de cumplimiento propuestas en dicho programa y así, en definitiva, ponerle término al sancionatorio sin sanción alguna.

Esto, que hace algunos años habrá sido impensado por los administrativistas más clásicos de nuestro país (i.e. la finalización de un procedimiento administrativo sancionatorio "sin la imposición de sanción" alguna) es solo uno de los cambios que en la última década ha experimentado el derecho administrativo y, entre ellos, el Derecho Administrativo sancionatorio. En muchas áreas se han instaurado las *autodenuncias* como mecanismos que permiten a un infractor obtener una rebaja o derechamente una exención de la sanción administrativa². En otras tantas también han comenzado a verse los programas de subsanación de incumplimientos³. En fin, también hay casos de otros instrumentos como la sustitución de sanciones por otras ins-

tancias como capacitaciones o cursos al infractor⁴.

¿Cómo comprender todos estos cambios en el Derecho Administrativo moderno?

Christian Rojas, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Adolfo Ibáñez, emprende en su más reciente libro *–Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación–* una explicación aplicada a los cambios que han venido experimentando dos áreas relevantes en nuestro país: el Derecho Ambiental y el Derecho de Aguas.

El punto de partida del Profesor Rojas es reconocer que las nuevas sociedades han ido experimentando el ascenso de los riesgos como situaciones cotidianas; riesgos, entendidos como contingencias o posibilidades de un daño derivados de la actividad humana. Cada avance tecnológico hace nacer, como correlato, un riesgo: las tecnologías que se usan en temas energéticos, de telecomunicaciones o alimentaria enfrentan la potencialidad de causarnos un daño⁵. Es imposible no reconocer en el autor la influencia de lo que podría llamarse como la "Escuela de Barcelona del Derecho Administrativo" encabezada por el Profesor José Esteve Pardo, quien ha escrito en abundancia sobre la relación entre los riesgos y el Derecho.

En esta nueva sociedad, la actividad de policía y de sus propios instrumentos jurídicos –entendida tradicionalmente–, se hace insuficiente. De hecho, plantea Rojas que

¹ Datos según la Cuenta Pública 2019 de la Superintendencia del Medio Ambiente.

² Por ejemplo, en materia ambiental (art. 41, Ley Orgánica de la SMA), en aguas (art. 173 bis, Código de Aguas), en mercados financieros (art. 58, Ley N° 21.000).

³ Así, en medio ambiente (art. 42, Ley Orgánica de la SMA), en mercados financieros (art. 54, Ley N° 21.000) o en temas laborales (art. 506 bis, Código del Trabajo).

⁴ Por ejemplo, en materia laboral (art. 506 ter, Código del Trabajo).

⁵ Rojas 2019, 72 y ss.

por la complejidad y variabilidad de las tareas administrativas, se va haciendo cada vez más difícil encuadrarla ante los inevitables cambios derivados de los vientos políticos o las nuevas ideas acerca de la gestión pública, que pueden resumirse en el paso del monopolio a la privatización y también desde la mera desregulación a la regulación pública de la economía⁶.

Ello hace que, en definitiva, la actividad material de la administración deba ser revisada (como declara el propio Rojas en la Introducción).

La solución dentro de este caos está dada por la idea de responsabilidad. En este sentido, Rojas sigue la (ya a estas alturas clásica) distinción entre Derecho Administrativo de la *luz roja* y de la *luz verde* que plantearon hace años Harlow y Rawlings⁷. Bajo la lectura del Derecho Administrativo de la *luz roja*, una visión individualista y centrada en una aproximación "ciudadano vs. Estado", la función primaria de esta área del derecho debería ser limitar los excesos del poder estatal y someterlo al control de los tribunales de justicia y el Estado de Derecho. En contraste, la tradición de la "luz verde" mira al Derecho Administrativo como un vehículo para el progreso político, con formas más democráticas de control o escrutinio público (*accountability*), que van más allá de las cortes.

En este contexto, Rojas plantea abiertamente que la regulación de los riesgos solo puede ser entendida en una estructura metodológica "de carácter direccional, responsivo, receptivo o funcional del actuar de los poderes jurídico-administrativos atribuidos"⁸, más propia de un Derecho Administrativo de la "luz verde". Entonces, se hace

necesario mirar la nueva legislación de Derecho Administrativo no desde una actividad de policía, enfocada en el puro control, y con una sanción como única alternativa posible. Es necesario desplazar dicho pensamiento hacia la idea de una actividad de regulación y gestión de riesgos, con instrumentos y herramientas jurídicas flexibles, que sean capaces de adaptarse a las nuevas realidades.

Bajo este paradigma, Rojas hace un análisis de dos sectores de referencia relevantes para su análisis, que además guardan congruencia con sus áreas de investigación académica.

Por una parte, el Derecho Ambiental, con las nuevas herramientas introducidas por la Ley N° 20.417, entre las que destacan los nuevos mecanismos de incentivo al cumplimiento, la introducción del riesgo en la evaluación ambiental, y el ascenso de particulares en relación a funciones de fiscalización en el área⁹. Por la otra, en el Derecho de Aguas, especialmente en la nueva estructura sancionatoria derivada de la Ley N° 20.064 que modificó el Código de Aguas¹⁰, con una graduación de sanciones y con mecanismos de incentivo al cumplimiento como la autodenuncia.

Dado su contenido, resulta evidente que sea el mismo Esteve Pardo quien prologue este nuevo libro de Rojas, declarándolo desde ya como "una pieza fundamental en la renovación y construcción del Derecho Público en Chile"¹¹. Y es que no puede ser de otro modo. Es necesario repensar el Derecho Administrativo con el fin de adecuarlo y comprenderlo a la luz de las nuevas tendencias, y *Riesgos y Derecho Administrativo* de Rojas es precisamente eso: una interesante invitación a mirar esta área del derecho de manera distinta,

⁶ Rojas 2019, 55.

⁷ Harlow y Rawlings 2009, 63 y ss.

⁸ Rojas 2019, 70.

⁹ Rojas 2019, 108-134.

¹⁰ Rojas 2019, 144-154.

¹¹ Rojas 2019, xi.

bajo una mirada responsiva y de manera consistente a las más recientes modificaciones legales.

Pablo Méndez

*Profesor, Escuela de Derecho
Universidad de Valparaíso.*

*Licenciado en Cs. Jurídicas,
Universidad de Valparaíso (Chile).*

LL.M., New York University (EE.UU.).

Bibliografía

Harlow, C. y Rawlings, R. (2009). *Law and Administration* (3ª edición). Cambridge University Press.

