



Revista Derecho del Estado

ISSN: 0122-9893

ISSN: 2346-2051

Universidad Externado de Colombia

ROJAS CALDERÓN, CHRISTIAN

Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional*, **

Revista Derecho del Estado, núm. 45, 2020, Enero-Abril, pp. 275-303

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.10>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337662821010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Revista Derecho del Estado
ISSN: 0122-9893
ISSN: 2346-2051
Universidad Externado de Colombia

Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional*, **

ROJAS CALDERÓN, CHRISTIAN

Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional*, **

Revista Derecho del Estado, núm. 45, 2020

Universidad Externado de Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337662821010>

DOI: 10.18601/01229893.n45.10

Artículos

Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional*, **

Methodological bases for the Environmental Law analysis in its active or directional face

CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN *** christian.rojas@uai.cl
Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

Revista Derecho del Estado, núm. 45,
2020

Universidad Externado de Colombia

Recepción: 08 Agosto 2018

Aprobación: 07 Octubre 2019

DOI: 10.18601/01229893.n45.10

CC BY

RESUMEN: En este trabajo se pretenden sentar las bases o fundamentos de un análisis que supere los estudios meramente orgánicos y procedimentales en el derecho del medio ambiente chileno -necesarios, pero no suficientes- para concentrarse en las consideraciones metodológicas que implican la acción estatal en materia medioambiental. Este estudio sostiene que esencialmente aquella se basa en la determinación, gestión y responsabilidad por los riesgos ambientales, lo que requiere un análisis complementario que encuentra una respuesta en la Regulación Basada en el Riesgo (RBR).

Palabras clave: Medio ambiente, riesgos, metodología, responsividad, funcionalidad.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to set the foundations or reasons for an analysis that goes beyond the merely organic and procedural studies in chilean environmental Law -which are necessary but not enough-, and rather concentrate on the methodological considerations that are implied in the State action in environmental issues. This study essentially sustains that this State action is based on the assessment, management and liability for environmental risks, which requires a complementary analysis that finds an answer in the Risk Based Regulation (RBR).

Keywords: Environmental, risk, methodology, responsive, functionality.

SUMARIO

Introducción. 1. Los riesgos y su impacto en el derecho de nuestro tiempo. 2. El papel que le cabe al derecho -en especial, el derecho del medio ambiente-ante los riesgos. 2.1 Las tareas que debe cumplir en este contexto el derecho. 2.2 Las viejas técnicas de intervención administrativa (y su superación). 2.3 La inadecuación de la metodología basada en el control jurídico-judicial a las nuevas realidades y la necesidad de una metodología direccional o responsiva del derecho administrativo. 3. Manifestación de lo analizado en la opción por el riesgo permitido, la gestión de esos riesgos, y la responsabilidad por daños derivados. 3.1 La nueva forma de comprensión de la acción administrativa basada en el riesgo. 3.2 Irrupción de la Regulación Basada en el Riesgo (RBR). 3.3 Manifestación en el Instructivo N° 180972/2018 del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). 4. Conclusiones. Referencias.



INTRODUCCIÓN

En principio, anima este trabajo una cierta incomodidad derivada de la estrechez dogmática de las explicaciones que, por lo general, se hacen en obras o textos de derecho del medio ambiente -aunque esto es salvado relativamente por contadas excepciones-, y que dice relación especialmente con que los análisis sobre la disciplina se concentran en los aspectos fundacionales históricos y de trayectoria en el derecho nacional e internacional; concentrándose sobre todo en los aspectos institucionales analizando los organismos estatales con distintas competencias: en el caso de Chile, el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) y los Tribunales Ambientales (TA); llegándose a una cierta profundidad con los aspectos procedimentales, principalmente, referidos a la autorización ambiental y al control judicial a través de los procesos judiciales especiales.

De esta forma, se echan de menos los análisis que tienen relación con los aspectos y criterios de operación o decisionales que refieren a la actividad jurídica con respecto al medio ambiente, en especial, para analizar las reglas de racionalidad que se encuentran detrás de las decisiones administrativas¹.

En consecuencia, la pretensión de este trabajo explicar cuál es la problemática central que se encuentra detrás de las complejidades de las actividades estatales en el ámbito de la gestión ambiental, la variante derivada de los riesgos -como concepto clave en este ámbito-, el fundamento metodológico que hace necesario un enfoque complementario, y ver de qué modo se manifiesta aquello en la estructura de la regulación medioambiental.

Para ello, se pasará revista a los riesgos concebido como un fenómeno antropológico, e instrumental a nuestros efectos, y el impacto de ellos en el derecho, en especial en el derecho del medio ambiente, en la medida que le provoca grandes transformaciones, pues en virtud de ello de utilizar las viejas técnicas de intervención administrativa (ordenación, servicio público y fomento) -típico de una metodología basada en el control jurídico-judicial que choca con las nuevas realidades-, debe pasarse a una metodología direccional o responsiva del derecho administrativo con proyección a sus sectores de referencia, entre ellos el derecho del medio ambiente. En fin, se verá de qué modo se concreta esto normativamente, en la opción por el riesgo permitido, la gestión de esos riesgos y la responsabilidad por daños derivados, generando lo que podría denominarse: la irrupción de la Regulación Basada en el Riesgo (RBR).

1. LOS RIEGOS Y SU IMPACTO EN EL DERECHO DE NUESTRO TIEMPO

El riesgo, en cuanto a expresión general de una contingencia o proximidad de un daño, constituye un concepto indisolublemente asociado al



futuro, la probabilidad y la incertidumbre. Por supuesto, es ineludible señalar que su conceptualización y configuración ha sido materia de múltiples estudios a partir de su análisis -e incluso polémica- de dos autores centrales: Ulrich Beck y Niklas Luhmann; quienes a partir de la constatación de la crisis de integración que afecta a las sociedades modernas desarrolladas o a las en vía de desarrollo, sostienen que los procesos sociales ya no se refieren a la distribución de la riqueza o la temática específica de la seguridad de las tecnologías, sino que abarcan aspectos generales de la sociedad moderna, y que tiene que ver ahora con la distribución de los riesgos. La constatación de esto, surge a partir de la diferenciación de sistemas y subsistemas, lo que genera la necesidad de abordar los diversos problemas que emanan del autónomo operar de esos sistemas parciales, a través de una racionalidad global². En consecuencia, si se "concibe la modernización como un proceso autónomo de innovación, debe tener en cuenta su deterioro cuyo reverso es el surgimiento de la sociedad del riesgo"³.

Luego, los riesgos -al menos tal y como están perfilados en su concepto- tienen un origen siempre tecnológico, y justamente en virtud de ello, se traza la diferencia entre riesgo y peligro, lo que se asocia a planteamientos y desarrollos esencialmente constructivistas y sociológicos que suponen un daño en cuanto a factor de resultado colateral se refiere; así, si el daño se atribuye o es consecuencia de una decisión, estamos ante un riesgo; y si este se atribuye al entorno, entonces es consecuencia de un peligro⁴. Esa sociedad del riesgo emerge "en el momento en que los peligros decididos y producidos socialmente sobrepasan los límites de la seguridad"⁵, de manera tal que la sociedad que ha producido y determinado el desarrollo del riesgo, termina superando el límite de protección, generándose un desplazamiento no pretendido de la sociedad industrial a la sociedad del riesgo, en virtud de los peligros artificiales producidos de forma sistemática. Este proceso comprensivo es conocido como *modernidad reflexiva*, que es aquel proceso de superación de la sociedad industrial por una más compleja, por medio de una progresiva conciencia y reflexión de esa situación -que considera los efectos colaterales del proceso de modernización autónomo de la sociedad industrial-, que la lleva a considerarse ahora críticamente como una sociedad del riesgo.

Todo aquello tiene especial relevancia con respecto al medio ambiente, en la medida que los riesgos relacionados con la naturaleza -que se han identificado estrictamente como peligros-, van dejando su lugar central a los riesgos derivados del desarrollo, y que se concretan en los riesgos de carácter ecológico.

Como se ha sostenido, el peligro tiene un origen natural, de manera tal que no hay intervención humana en la generación de los peligros; mientras que en el caso del riesgo, este tiene un origen tecnológico; por lo cual, detrás de un riesgo siempre hay ineludiblemente una tecnología y detrás de una tecnología siempre hay un conjunto de decisiones humanas. No somos, por tanto, responsables frente a los peligros de origen natural, pues no los hemos generado, pero sí que somos responsables frente a los riesgos.

En consecuencia, los peligros no constituyen, en principio, materia para el derecho, pero los riesgos, en cambio, sí, y de manera central. Es más, el hombre primero y luego cualquier sociedad, desde sus inicios, debe hacerle frente a un medio natural que le es hostil, que le ofrece una serie de limitaciones, que presenta una serie de peligros y esos peligros siempre, ineludiblemente, se han venido combatiendo, neutralizando y superando, a través de la tecnología⁶. A partir del desarrollo industrial y tecnológico, los peligros que acosaban antiguamente: frío, hambre, distancias, enfermedades y un largo etcétera -a los cuales ya afortunadamente no se está expuesto-, han ido siendo superados en las sociedades cada vez más avanzadas, producto precisamente del desarrollo tecnológico y de la complejización de la vida en comunidad; pero allí donde se han sucedido esos avances permanentes, mediante el desarrollo y aplicación de alguna tecnología, invariable e inevitablemente, se han ido generando riesgos correlativos⁷.

El problema está en que todas estas tecnologías no son inocuas; pues son unas tecnologías que, en principio, preferimos a los peligros que con ellas se pretenden superar, pero que generan también riesgos -y muy serios en muchos casos-, que derivan de cada una de las dichas industrias. Todo este desarrollo tecnológico e industrial genera una gran variedad de riesgos y muchos de ellos constituyen objeto de atención fundamental del derecho y, en especial, del derecho del medio ambiente por la afección, casi certa, que estas tecnologías generan para el entorno.

También resulta evidente que el consenso social sobre el progreso industrial y el progreso tecnológico se ha roto en tiempos recientes en el mundo y ha entrado en una cierta crisis en la actualidad, generando movimientos sociales que han terminado incidiendo en decisiones de la autoridad pública⁸; y en medio de esa ruptura es donde se sitúa la disciplina del derecho del medio ambiente.

Así, en cualquier caso que se plantee un conflicto medioambiental, que ordinariamente pueda suscitarse en torno a una gran obra de infraestructura, a una instalación industrial, a una operación minera o urbanística, se reproduce esa ruptura social en torno al progreso material y técnico; de tal manera que, en cualquier conflicto hay partidarios de que esa instalación se autorice o esa obra se ejecute, porque eso significa desarrollo económico, generación de puestos de trabajo, progreso industrial y desarrollo; mientras que habrá otro sector que tendrá un planteamiento más crítico y pondrá de manifiesto los aspectos negativos, el lado oscuro de ese progreso tecnológico, de esa actividad industrial o esa transformación del entorno para las personas y su medio ambiente, precisamente por los riesgos creados. Dado que los *riesgos* son aquellos

que no tienen un origen natural ajeno a la intervención humana, sino que se debe precisamente a la acción del hombre que va precedida así de una decisión, de la que se puede ser más o menos consciente en función del conocimiento que se tenga sobre los posibles efectos, pero decisión humana al fin⁹.

Entonces, se trata de situaciones creadas que dependen, en última instancia, de una acción u omisión, que es posible dotarlas de



configuración, y se caracterizan, además, por una escasa probabilidad, aunque también por los elevados daños una vez que estos se producen¹⁰.

Por tanto, no hay duda que los riesgos se adscriben inequívocamente a la técnica y la ciencia, las que constituyen creaciones típicamente humanas¹¹. Para exemplificar lo dicho, la crisis derivada del cambio climático constituye el riesgo global más significativo de nuestro tiempo -y con altas probabilidades de cumplirse-, siendo uno de los desafíos más importantes derivados de la modernización que fue consecuencia de la revolución industrial, la que debe ser afrontada ahora por la segunda modernización o posmodernidad que constituye en sí misma y define a la sociedad global¹², que también ha sido caracterizada certeramente como la sociedad del riesgo¹³.

De este modo, ante cuestiones de orden fundamentalmente tecnológico o industrial, e incluso científico, que se plantean en las sociedades actuales, en general, o en nuestra individual vida cotidiana, las autoridades políticas, sus organizaciones (en especial los gobiernos, la administración pública y el poder Legislativo), así como los particulares y los grupos económicos e industriales, se ven enfrentados regularmente a cuestiones que tienen en su núcleo un marcado componente científico -que debe considerarse variable en esencia- que incide en las decisiones que son tomadas por ellos, y cuya solidez o permanencia depende del tiempo y avances tecnológicos y/o científicos. La consecuencia de ello es que se están produciendo, con una frecuencia creciente y cada vez más preocupante -pues aparentemente no hay conciencia de ello-, decisiones políticas, legislativas, económicas y también jurídicas muy relevantes en materias en las que existe una reconocida y total incertidumbre científica¹⁴, ámbito que se ha caracterizado como esencialmente probabilístico, incierto y provisional, además de fragmentario¹⁵. Entonces, esas decisiones basadas en un conocimiento no cierto ni inmutable, no son capaces por sí mismas de generar la seguridad propia que se requiere en cada ámbito en que operan.

Una respuesta de todos los sectores involucrados ha sido consistente -en los últimos treinta años-, en orden a externalizar las funciones públicas asociadas, que en algunos casos se encontraban normativamente estatalizadas y monopolizadas por medio de la ley; sea como un modo de aminorar la carga económica de mantención de algunos servicios, sea por una precariedad institucional, por desconocimiento o por conocimiento intencionado e ideológicamente contra-estatal. Lo explicado hasta ahora tiene otras implicancias, como son las relativas a quién decide, cuáles son los medios para decidir, entre otras; sin embargo, esta no es oportunidad para tratarlas¹⁶.

Por último, cabe dejar constancia que en lo sostenido hasta ahora hay también una preocupación por presentar un avance, ya no de dogmática jurídico-administrativa característica del Estado liberal de derecho, en cuya virtud se atienden las cuestiones de carácter formal -asociadas fundamentalmente al acto, procedimiento y control administrativos-; sino que del Estado social de derecho, para atender y explicar

adecuadamente la parte sustancial -o material o de fondo o de dirección-, de la actividad administrativa del Estado, perspectiva que guía igualmente este trabajo¹⁷. Esto en la medida que, a través de la perspectiva de riesgos, en la aplicación del derecho, y especialmente en materia medioambiental, a lo que debe prestarse más atención es a lo que la administración debe hacer al decidir, antes que a lo que ella no puede hacer; de manera tal que el acento antes que en el control por los jueces, se coloca en el correcto ejercicio de las potestades¹⁸.

2. EL PAPEL QUE LE CABE AL DERECHO -EN ESPECIAL, EL DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE-, ANTE LOS RIESGOS

2.1 *Las tareas que debe cumplir en este contexto el derecho*

La tarea decisional, derivada de la conciencia de la existencia de riesgos, por su complejidad se tornó en problemática. En efecto, las respuestas provenientes desde el derecho, se han basado primero, y principalmente, en las cuestiones de tipo formal y no material que este considera; de este modo, se produjo un abandono por parte del derecho y sus medios, a la decisión que le correspondía siendo ella entregada -o abandonada si se quiere- a la opinión de los expertos, refugiándose el derecho en los aspectos meramente procedimentales o solo formales, preservándose adecuados sistemas de control, aunque también concentrados en aspectos formales esencialmente.

Pero los resultados han demostrado que esto no es suficiente, poniendo en tensión esas decisiones y las autoridades que las emiten -administrativas y judiciales en su caso-, por las fuerzas sociales o por la ciudadanía organizada o incluso por esfuerzos de individuos específicos¹⁹. Se estima que aquello se debe precisamente a una deslegitimación de los instrumentos del derecho, que no han internalizado todos los aspectos considerados, y quedándose en los meramente formales. La respuesta ante ello ha sido la fuerte presencia e irrupción -especialmente en materia ambiental-, de una tendencia correctiva basada en la entrega de *justicia material* liderada fuertemente por la Corte Suprema chilena, fenómeno estudiado especialmente en materia de responsabilidad por daños²⁰, que da cuenta del síntoma, cuya causa consiste en un déficit regulatorio, en especial en materia ambiental, cuestión sobre la cual se ha trabajado regulatoria y dogmáticamente desde la reforma a la regulación ambiental de la Ley N° 20.417 de 2010.

En el caso del derecho del medio ambiente, en cuanto instrumento normativo que tiene por objeto la protección del patrimonio ambiental, con el fin de asegurar las condiciones que permitan la subsistencia humana, la mejora de calidad de vida presente y de las generaciones futuras. Este orden jurídico desempeña un papel principal en lo manifestado a través de la significativa batería instrumental con que cuenta.



A su vez, este encuentra en el derecho administrativo su centro de gravedad, pues se estructura sobre instituciones que básicamente son de dicha rama matriz, al operar en sus tres fases más marcadas: ejerciendo tareas de policía administrativa general en la emisión de actos administrativos (autorizatorios, normativos o de planeamiento), ejerciendo actividades de fiscalización y de sanción administrativa y estableciendo un sistema de responsabilidad ambiental. A esto cabe agregar una orgánica administrativa pertinente con el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, la Superintendencia de Medio Ambiente y, a modo de cierre, los tribunales ambientales que ejercen la tarea de último control²¹.

Sin embargo, si bien esto es correcto, en la perspectiva que se atiende en este trabajo, se considera como insuficiente.

2.2 Las viejas técnicas de intervención administrativa (y su superación)

En este estado de avance y a los efectos de este trabajo, vale detenerse a describir lo que hace la administración pública, entre las cuales cabe destacar una que nos interesa: otorgar autorizaciones de instalación y funcionamiento con contenido ambiental. Constituye un tópico referirse a la distinción que difundió Jordana de Pozas -básica a este respecto- entre actividad de policía, de servicio público y de fomento; configurando aquellas categorías como fundamentales de todas las distinciones que se hacen hasta el día de hoy²². A ella contribuyeron una serie de autores, como, por ejemplo, Parada, que la sigue aunque agrega dos más: la actividad administrativa sancionatoria, y la actividad arbitral o de mediación entre derechos e intereses de los particulares²³; o Blanquer que agrega la actividad económica²⁴, entre tantos otros.

En Chile, Camacho ha distinguido las modalidades de actuación administrativa así: actividad administrativa de limitación, de servicio público, de regulación, de fomento, y de gestión económica²⁵; y más recientemente Bermúdez Soto identifica las funciones de servicio público, de fomento y de policía²⁶; y Cordero Vega hace otro tanto en idéntico sentido, calificándolas como "canónicas", aunque agregando la actividad empresarial²⁷.

En todo caso, la clasificación que resulta de esto delimita dos ámbitos de incidencia estatal que concluyen en seis grandes áreas agrupadas, dentro de cada una de las cuales es posible identificar tres sectores referenciales, dependiendo del área de cada una.

2.2.1 Primera clase. Cuando dicha actividad tenga incidencia en la libertad

En este campo reconocemos las potestades de mayor intensidad en que es posible ubicar la custodia del orden público; la satisfacción de ciertas necesidades de carácter básico sea por prestación directa o indirecta,

a partir de la conveniencia o necesidades públicas; y la confluencia del interés general y de la voluntad de los interesados por medio del estímulo estatal en la realización de ciertas actividades. A partir de ello, se encuadran las siguientes actividades: policía administrativa (que comprende la ordenación, inspección y sanción), servicio público y fomento.

2.2.2 Segunda clase. Cuando dicha actividad tenga incidencia en los bienes

En este caso, estamos ante la presencia de actividades que dicen tener relación con un patrimonio vinculado a un destino público cualificado, es decir, afectado finalísticamente y que debe ser gestionado por la administración pública; o directamente donde se producen intervenciones administrativas que generan una privación y limitación de la propiedad. Enseguida, es posible encadenar a esta diferenciación las siguientes: gestión de los bienes públicos; limitación de bienes (apropiables) de los particulares; y gestión económica o empresarial.

De todas maneras, cabe señalar que estas actividades materiales o ámbitos de actuación administrativa se ejercen en virtud de las potestades administrativas pertinentes, así: la potestad de ordenación, regulación o supervigilancia de actividades de los particulares; la potestad prestacional o de servicio público; la potestad sancionatoria; la potestad expropiatoria o limitadora de la propiedad; y la potestad de fomento o promoción o ayudas públicas. Y de cada una de estas actividades surge un modo de ser del Estado, así, siguiendo ese orden habría: un Estado policía u ordenador; un Estado prestador; un Estado sancionador; un Estado expropiador; un Estado empresario; y un Estado promocionador²⁸.

Como se sabe, las técnicas de intervención son el conjunto de medios que la administración utiliza para actuar bajo cualquiera de las modalidades admitidas por el ordenamiento jurídico, expresando el contenido de la intervención²⁹. Siguiendo esta idea, las técnicas de intervención encuentran su fundamento en potestades administrativas especificadas, concretándose de este modo los títulos de intervención, que son orientados por las formas o modalidades que esta alcanza. De este modo, las técnicas explican *cómo* intervienen los sujetos titulares de potestades administrativas, a través de sus potestades específicas; de las que emanan en general autorizaciones, inspecciones, sanciones, prohibiciones, subvenciones.

Ahora, esta forma se concreta en la antigua *policía administrativa*, que tradicionalmente es la forma de intervención que más técnicas utiliza, surtiendo al resto de las actividades por medio de las siguientes, sin agotar todas las posibilidades. Ella comprende, en primer lugar, la ordenación *lato sensu* de las actividades de particulares, que tiene esencialmente carácter imperativo, e implica la utilización de la potestad normativa, con la que se ordena la actividad de los particulares estableciendo obligaciones y prohibiciones. En segundo término, también en esta misma, aunque de naturaleza diversa, se comprenden las Inspecciones o fiscalizaciones,

que se basan en la verificación de condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate. Y, en tercer término, como cierre a la policía general se encuentran las sanciones, que atiende al elemento coactivo y represivo de esta actividad ante el incumplimiento de sus condiciones de operación.

Entonces, en cuanto a la intervención de la policía administrativa se refiere, el concepto clave era el de *orden público*: que opera no solo en el ámbito de la seguridad, sino que el orden público también se extendió después al orden económico, al orden sanitario, de orden de la salubridad, de orden para el uso o la protección de recursos naturales, entre varios más. Y este concepto es uno que admite un nivel cero, un nivel de pleno orden público (hay o no hay orden, podría ser la fórmula), siendo ese el objetivo final de la policía administrativa general; y común a ello, la idea y expresión de mantenimiento o, en su caso, restablecimiento -mucho más significativo- del orden público. En efecto, el orden público, sea el que sea, en alguna situación determinada puede verse alterado -derivado de un incendio, de una infección-, y se aspira por medio de sus instrumentos y herramientas a su restablecimiento, es decir, a que esa alteración del orden público se erradique por completo.

2.3 La inadecuación de la metodología basada en el control jurídico-judicial a las nuevas realidades y la necesidad de una metodología direccional o responsiva del derecho administrativo

2.3.1. El punto de inflexión

Ahora bien, desde que Jordana de Pozas formulara su clasificación canónica en 1949, sobre la actividad material de la administración pública -que se ha tomado de base al inicio de este trabajo-, han pasado demasiadas cosas en el mundo, en general, y en la administración pública, el derecho administrativo y el derecho del medio ambiente en particular que ni siquiera estaba configurado.

Pese a las últimas adiciones, muy descriptivas y certeras por lo demás, que pueden haberla perfeccionado por los desarrollos posteriores -en los que se quiere destacar especialmente los aportes de De La Cuétara y de Villar Ezcurra en ello-, estas se quedaban invariablemente en los aspectos formales o positivos. Sin embargo, por la complejidad y variabilidad de las tareas administrativas resulta cada vez más difícil encuadrarlas, de cara a los 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 de la mera desregulación a la regulación pública de la economía.

Y es que los afanes explicativos o encuadradores, no constituyen un ejercicio dogmático con que alimentar discusiones meramente académicas, sino que una condición de su mejor funcionamiento para los poderes públicos justificada, por lo demás, en la necesidad de satisfacer necesidades e intereses generales; como pueden serlo la obtención de la resolución de calificación ambiental para la puesta en marcha de un proyecto industrial, o la protección del patrimonio ambiental, o la defensa



de una comunidad determinada de la contaminación eventual o cierta que genere una industria.

El modelo usado tradicionalmente para ello, bajo los criterios regulares de fórmulas explicativas e instrumentales basados en el control -como ya se ha dicho-, se basaba en una separación fundamental: por un lado, estaba el Estado con la suma de los poderes públicos, y, por el otro, los individuos que, individual o colectivamente -la sociedad-, se defendían de esos poderes ejerciendo sus derechos subjetivos. Buena parte de las instituciones de control se explican a partir de esta perspectiva: la acción de nulidad, de exceso de poder, de responsabilidad, entre otras.

Pero esta perspectiva, sus explicaciones consiguientes y los temas a los que conduce, deja fuera de las explicaciones a aquello que esencialmente hace, pues se concentra en aquello que no debe hacer; a lo más, construye una muy buena teoría sobre el procedimiento, condición *sine qua non* es posible hablar siquiera de actividad material, pues esta lo supone. Adicionalmente, no explica las nuevas relaciones -imbricadas regular e íntimamente-, que se producen entre el Estado y la sociedad, lo que se manifiesta de manera especial en el sector medioambiental. En efecto, como explica Esteve Pardo³⁰, la repercusión de los cambios sociales y tecnológicos, con incidencia en el ordenamiento jurídico, adquieren una especial importancia cuando tocan al interés público y al bien común que debe tutelar en principio el Estado. Ello se ha manifestado en transformaciones sociales que explican una nueva relación entre el Estado y la sociedad, lo que tiene implicancias políticas y, en definitiva, jurídicas³¹.

Esto se conecta, en esencia, con lo desarrollado hasta ahora, toda vez que la configuración del Estado liberal generó un derecho público de su tiempo marcadamente protector de los individuos pertenecientes a esa sociedad que enfrentaba a los excesos estatales -en proceso de juridificación-, de lo cual surge como una consecuencia, una separación radical respecto de ese Estado; para luego, con el Estado social -ya juridificado- se produce un esfuerzo integrador del Estado y la sociedad, así como una nueva y actual correlación manifestada en la continua colaboración privada en el desarrollo de funciones públicas, por medio de varias fórmulas jurídicas.

Precisamente, el Estado social se fraguó como una tercera vía -entre el capitalismo salvaje y el totalitarismo-, a través del cual, manteniendo los derechos y libertades del modelo liberal, hacia suyas las nuevas reivindicaciones de justicia social, pero que hoy, acabados los injustificados dogmas, permite desarrollar un nuevo modelo instrumental que ahora se considera adecuado -realista si se me permite-, y es el que se ha dado en llamar *Estado garante*, cuyo objetivo no es el dispensar o prestar directamente, sino que garantiza, de manera efectiva, unas prestaciones que en muy buena medida estarán a cargo de sujetos privados.

Con ello, el modelo no contradice, en principio, los postulados fundamentales del Estado social que no requiere necesariamente de un monopolio o protagonismo del sector público; tampoco se contradicen normas constitucionales que reiteradamente afirman que los poderes públicos "garantizarán" o "asegurarán" toda una serie de prestaciones -

piénsese en el artículo 19 de la Constitución Política-, sin imponerles la carga de su realización directa; entonces el problema es, sencillamente, de factibilidad de su paradoja o aparente contradicción, y, concretamente, se manifiesta aquello en la realización por particulares de funciones y prestaciones asistenciales en condiciones accesibles para el conjunto de la sociedad³².

En definitiva, la superación de esa paradoja solo puede pasar por una redefinición de las fronteras entre el Estado y la sociedad, entre el sector público y el privado; e implicaría la revisión del carácter "privado" de ciertos sujetos particulares en los que se apoyaría la realización de este, destacadamente, los que ejercen funciones públicas, o los que -de uno u otro modo- son financiados con fondos públicos³³. A estos sujetos privados a los que se trasladan así funciones públicas características del Estado social se les habría de trasladar también, en paralelo, un régimen de derecho público para garantizar que sus prestaciones resulten accesibles al público en condiciones razonables³⁴.

2.3.2 *Fundamentos críticos*

Ahora, dado este proceso de redefiniciones políticas, organizativas y sociales, sumado a los increíbles cambios tecnológicos ocurridos desde inicios de siglo³⁵ -todo ello, por supuesto, con alto impacto en lo jurídico-, el derecho administrativo o un sector de referencia como es el derecho del medio ambiente, no puede quedar naturalmente impasible o inamovible.

Como ha sostenido, Schmidt-Assman, el pensamiento sistémico en el derecho administrativo pretende satisfacer tres funciones jurídicas fundamentales: una práctica, en cuanto auxilio para la práctica judicial como para la administrativa; otra dogmática, para resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, considerando un sistema, las concretas cuestiones que se susciten; y una política, en cuanto guía o apoyo al servicio de la política legislativa y demás centros productores de normas jurídicas³⁶.

Cabe agregar que justamente el pensamiento sistemático se nutre de la parte general del derecho administrativo, claramente más abstracta, y es base en la cual se construye una teoría general. Pero aquello es incompleto, pues deja fuera toda la *parte especial* -de los ámbitos o sectores de referencia-, con la cual hay una recíproca interacción e interrelación, y que constituye la cara más visible y práctica del derecho administrativo, completándolo, proporcionando de este modo una comprensión unitaria del quehacer administrativo, lo cual si es incorporado en una teoría general garantiza que los principios, técnicas y teorías -y por qué no decirlo, también la producción normativa- pueda adaptarse a la constante evolución de la disciplina³⁷.

Esto mismo amerita un *cambio metodológico* que solo una visión tridimensional del derecho administrativo basado en este en cuanto ciencia de dirección, su clara constitucionalización y el aporte de los sectores de referencia de la parte especial, es capaz de proporcionar



una visión panorámica e imprescindible que permite ordenar sistemáticamente la enorme cantidad de material jurídico-administrativo que, al mismo tiempo, permite equilibrar la posición dominante que ocupa el derecho administrativo tradicional, "caracterizado por una marcada insuficiencia para aprehender los nuevos fenómenos"³⁸. Pero esto ocurre -lo que es, al mismo tiempo, una necesidad-, como consecuencia de ser el derecho administrativo una ciencia orientada a la práctica, que se preocupa de las actividades reales que se realizan por el Estado y por todos los titulares de poderes jurídico-administrativos, y que sirve de guía a todos los sujetos vinculados; de tal manera que todas las reflexiones teóricas, deben tener un reflejo en el derecho vivo, el derecho que se aplica³⁹.

Como se sostuvo al inicio de este trabajo, dado que la perspectiva tradicional fijaba su atención en la norma de control, se seguía, en esencia, que el derecho administrativo -o por proyección el derecho del medio ambiente- era un derecho de control del poder, para luego sostenerse, como consecuencia, que a la disciplina le correspondía entonces enfocarse en la protección de las garantías, el control de legalidad y de la discrecionalidad en el ejercicio del poder, por parte de los tribunales. Desde luego, este enfoque metodológico tradicional explicaba tanto la parte general como la parte especial del derecho Administrativo, con claros énfasis en estos aspectos; por ello se afirma, bajo esa perspectiva, que el derecho hace posible la libertad y el derecho administrativo, en tanto, al proveer de técnicas precisas de limitación y control del poder público, de manera más directa y eficaz, es el que lleva adelante ese cometido. En palabras de González Navarro,

[el] derecho administrativo se nos presenta [...] como derecho del poder, de una parte, y como derecho de la libertad, de otra. Porque si, por un lado, dota de privilegios y potestades a los poderes públicos, opera al mismo tiempo como condicionamiento y limitación de las actuaciones de esos mismos poderes, articulando frenos y controles adecuados a esa actuación⁴⁰.

Ahora, es pretensión de esta parte sentar las bases metodológicas para complementar esa visión, perspectiva de análisis, agregándose una que permita sostener ya no solo un derecho administrativo de la luz roja - basado en la autonomía legal los principios fundamentales de legalidad, control y responsabilidad-, sino que también uno "de la luz verde"⁴¹; y ello permita consecuencialmente proyectarse y explicar una metodología adecuada al derecho del medio ambiente chileno.

En este orden de cosas, es pertinente atraer las distinciones que plantean Nonet y Selznick, quienes argumentan que podemos clasificar las instituciones judiciales como las instituciones de un derecho represivo, autónomo o responsivo, que corresponderían a tres tipos ideales que podrían ser utilizados para clasificar los sistemas jurídico-judiciales específicos.

En el caso del *derecho represivo*, las instituciones judiciales se insertarían en un contexto de consolidación de una instancia política, por lo cual, estas instituciones tendrían por objeto imponer y mantener un orden

político deseado por las élites políticas y no por toda la comunidad⁴², y en lo que dice respecto a la dimensión de ser una instancia de legitimación del poder político, el derecho represivo es en gran parte débil.

Una evolución del derecho represivo, es el *derecho autónomo*, que tiene como objetivo proporcionar una base más sólida para la legitimidad del poder político en una sociedad más compleja y diversificada⁴³. Su objetivo, como una evolución del modelo represivo, sería establecer un gobierno de leyes, más que un gobierno de hombres, de tal manera que todos, gobernantes y gobernados, están sujetos al mismo orden jurídico y al sistema judicial; carácter universal de su "modelo de reglas" que proporciona al derecho autónomo las herramientas para el mantenimiento de la legitimidad política en una sociedad compleja. Aun así, su justicia estrictamente formal y procedimental se ha mostrado incapaz de hacer frente a algunas injusticias sustantivas ya fuertemente establecidas, pues al centrarse en sus procedimientos y atado a la estricta obediencia a las reglas prescritas por la legislatura, un sistema judicial autónomo se vuelve insensible a las demandas sociales por justicia sustantiva y su autonomía degenera en aislamiento.

Dentro de este contexto, surge la demanda por un nuevo tipo de derecho, el *derecho responsivo*. Por lo tanto, la transición del derecho autónomo al derecho responsivo implica una apertura de las instituciones judiciales a su medio ambiente, entendido este como una fuente de auto-corrección. En este el modelo de reglas se debilita, la equidad ya no es ciega a las desigualdades sociales y la desobediencia no es siempre considerada una ofensa al orden jurídico. Su consecuencia es un acercamiento modelado -en una línea de profundización cada vez mayor- para reflejar las realidades empíricas, a fin de pasar de una teoría jurídica positivista a una teoría jurídica que intenta ir más allá del positivismo, lo que por lo mismo implica una rearticulación de elementos discursivos bajo nuevas cadenas de sentido, que permitirían hacer frente a la complejidad de las realidades contemporáneas, adecuándose a ellas, generando consistencia en las decisiones lo que hace más visible el carácter hegemónico -y contingente- de la articulación de su contenido⁴⁴.

2.3.3 Construcción de una teoría direccional, funcional o responsiva

Como manifiesta Montt, "la vocación juridificadora del derecho administrativo se manifiesta conforme a dos expresiones distintas pero no contradictorias: la pretensión de *autonomía* del derecho administrativo, que se aprecia en los principios fundamentales de legalidad, control y responsabilidad, entre otros; y en la pretensión de *responsividad* del derecho administrativo que se aprecia en los principios fundamentales de servicialidad, efectividad, eficacia, transparencia, probidad, publicidad y participación, entre otros. Estas dos expresiones y los principios fundamentales que las animan dan lugar a dos paradigmas o concepciones del derecho administrativo: por una parte, el derecho administrativo de



la "luz roja", enfocado en la protección de las garantías individuales y en el rol de los tribunales y del derecho en el control de la legalidad y discrecionalidad del ejercicio del poder; y, por otro lado, el derecho administrativo de la "luz verde", enfocado en el efectivo, apropiado y oportuno diseño y ejecución de las políticas públicas regulatorias y de servicio público⁴⁵.

Ahora, el derecho administrativo "de la luz verde" -y esto es un postulado central del trabajo- permite justificar metodológicamente de mejor manera, la necesidad imperiosa de poder explicar la parte especial del derecho administrativo, especialmente, en materia medioambiental, bajo parámetros que permiten hacerlo hoy conforme a la legislación e instrumentos jurídicos vigentes, y de acuerdo con las actividades materiales que efectivamente se realizan. En consecuencia, pretender explicar esta parte de acuerdo con los parámetros metodológicos tradicionales, nos llevaría a un callejón sin salida o a situaciones de incoherencia normativa, como se tendrá ocasión de apreciar más adelante. Pero también, se hace así para explicar lo que ocurre con respecto a la rearticulación del conjunto de relaciones entre el Estado -la administración del Estado en sentido estricto- y la sociedad.

Siguiendo de nuevo a Montt, la respuesta a las limitaciones del derecho *autónomo* y su obsesión por la integridad institucional del ordenamiento -que se expresa en el énfasis en los aspectos formales del derecho-, es el derecho *responsivo*, en cuya virtud el derecho se concibe como una dogmática abierta, que considera los hechos o impactos sociales sobre los cuales debe proceder y a los cuales debe aplicarse. Acá aparece la vinculación con el derecho administrativo, pues el campo más fértil para esta concepción quizá sea esta disciplina, en tanto su finalidad es precisamente -antes que atender el orden jurídico- dar solución a los problemas y necesidades sociales del presente; y la mejor forma de hacerlo, no es a través de un no hacer, sino que a través de un permanente e incansable hacer u obrar, que permita configurar una teoría de la luz verde⁴⁶.

Aceptada esa perspectiva, la metodología o enfoque propone la teoría de la luz verde para juridificar y racionalizar el poder más allá de la legalidad, se concentra en que el ideal de la teoría de la luz verde es la "buena administración". Este ideal se concretiza mediante el uso de metodologías de *diseño institucional* que pueden clasificarse en dos grandes grupos: primero, aquellas que podemos llamar "negativas" o "antipesimistas", que apuntan a superar las denominadas "fallas de gobierno" o "captura del regulador", y que se sustentan en la optimización de los principios fundamentales de la transparencia, probidad, publicidad y participación; y, segundo, las que podemos llamar "positivas" o de "interés público", que apuntan directamente a optimizar la efectividad y la eficiencia tanto de la actuación administrativa como de los efectos de dicha actuación en la sociedad. Consecuencia de ello, es que las metodologías negativas y positivas de la "buena administración" implican un cambio de foco, pasando de la teoría del acto administrativo a la del procedimiento administrativo⁴⁷; permitiendo complementariamente

que el procedimiento administrativo se configure así, como uno de los instrumentos jurídicos posibilitadores del cumplimiento del deber de buena administración, como un factor, por tanto, de potenciación de las posibilidades de obtención de decisiones administrativas de calidad y, por ello mismo, como un elemento de legitimación de las Administraciones Públicas⁴⁸.

Para ello, es fundamental el uso ya no solo del sometimiento a la ley y reglamentos en materia de procedimientos administrativos, sino que aquello debe ser completado por dos clases diferentes de instrumentos jurídicos: a) el proceso de participación ciudadana en los procesos de regulación, sobre todo a nivel reglamentario, que en el caso de Chile ya se ha usado regularmente (v.gr. Reglamento del SEIA); y b) el establecimiento de un sistema de análisis de calidad o impacto regulatorio (aun pendiente de implementar)⁴⁹.

En particular, esto último implica que las entidades estatales deben explicar y justificar su actuación regulatoria durante el procedimiento administrativo, conforma a diversos instrumentos de control de calidad, lo que en su versión más sofisticada implica realizar un análisis de costo-beneficio, conforme lo cual debe quedar demostrado que el curso de acción concreto elegido es el más efectivo y eficiente de todas las alternativas posibles⁵⁰. En específico, esto último implica la concreción más evidente del giro metodológico señalado, toda vez que el acento se coloca en la gestión administrativa participativa y eficiente, y ya no solo en la legalidad, el control jurídico y la responsabilidad; es decir, en el modo en que razonablemente se justifica la decisión, antes que en el contraste normativo-legal y de acción, en que se produce la actividad administrativa.

3. MANIFESTACIÓN DE LO ANALIZADO EN LA OPCIÓN POR EL RIESGO PERMITIDO, LA GESTIÓN DE ESOS RIESGOS Y LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS⁵¹

3.1 La nueva forma de comprensión de la acción administrativa basada en el riesgo

Según lo explicado, y, en especial, considerando el necesario giro metodológico recién visto, el panorama tradicional descrito en la parte 2 de este artículo ha ido cambiando, pasando de la vieja técnica de policía administrativa y del orden público realizada concretamente por "cuadros" de funcionarios administrativos, a una diferente que basa su operación en la opción o determinación por el riesgo permitido y luego en la gestión de riesgos, con lo cual se alude en realidad a dos tiempos o estadios en esta materia. Esto, claro está, se inserta dentro de un contexto general de actividades originalmente estatales que hoy se realizan por particulares, empero sujetas a un régimen de derecho público.

El mundo tecnológico o industrial -ningún país es ajeno a ello incluido Chile-, está conformado básicamente por empresas o industrias reguladas

o de actividades reguladas en régimen de derecho administrativo, donde el Estado no asoma como prestador, sino que tiene posición de garante⁵². Dado lo anterior, la acción administrativa -en especial, la prestacional, pero también otras- son realizadas materialmente no siempre por cuadros de funcionarios estatales, sino que sea por convenio, sea por atribución directa, sea por cualquier otra vía permitida, son entidades de muy diversa configuración, las que realizan esas funciones.

Ahora y como se ha dicho, constituido el *riesgo* como centro de las preocupaciones del derecho administrativo, en general, así como todas sus especialidades o autonomías -como el derecho del medio ambiente, el derecho de minería, el derecho de la energía-, que antes adscribían a la vieja policía administrativa de acuerdo con un clasificatorio y conceptos de sobra conocidos, y con las técnicas de intervención administrativa propias de la policía general (regulación, autorización, ordenación; inspecciones; y sanciones); ese esquema de conceptos y normas está claramente desajustado a la realidad⁵³, lo que se proyecta a todas las demás relacionadas, entre ellas y de manera central al derecho del medio ambiente.

Entonces, si tradicionalmente, en cuanto a la intervención de la policía administrativa se refiere, el concepto clave era el de orden público, de tal manera que a través de este instrumento y de sus medios se produce un estado donde hay o no hay orden, lo que es determinante en la aplicación de sus instrumentos⁵⁴; en relación al riesgo -especialmente el riesgo ambiental-, la cuestión es diferente, pues respecto de este, la primera decisión está radicada en la opción decisional entre riesgos posibles, aquellos que implican mayores o menores contaminaciones; mayores o menores costos financieros, mayores o menores afecciones a la salud, seguridad, bienes o patrimonio ambiental de una persona; de un colectivo o de toda la población actual y de las generaciones futuras en su caso⁵⁵.

Dicho lo anterior, resulta clave sostener y aclarar que las decisiones que se toman con respecto a los riesgos -incluidas las que se adoptan por las normas jurídicas y/o por las autoridades públicas-, no son decisiones que implican la exclusión de todo riesgo, pues la tecnología o la industria e incluso el mero actuar humano en su entorno, nunca va a ser insípido. Son decisiones que ineludiblemente se plantean como opciones *entre* riesgos, que generan la necesidad de optar por un riesgo u otro, o por determinado nivel de riesgo; entonces, las decisiones jurídicas, mediante normas legales, reglamentarias o de inferior nivel o directamente decisiones administrativas singulares -concretadas en actos administrativos de distinta entidad-, son decisiones cuyo objeto es determinar el riesgo, o el nivel de riesgo por el que se opta; en definitiva, el riesgo que se acepta o riesgo permitido⁵⁶.

Como se ha sostenido, todas las cuestiones planteadas a partir de los riesgos es propia de países desarrollados o en vías de desarrollo, al encontrarse estrechamente vinculada dicha cuestión con una sociedad industrial y tecnológicamente desarrollada, y en constante evolución⁵⁷, lo que supone, además, una autocomprendión muy clara y que genera

un estado de cosas que normalmente desborda al derecho, el que en miras de respuestas eficaces y eficientes. En su virtud, debe dejarse de lado una perspectiva de operatividad regular y tradicional -lenta y segura- para dar pie a una instrumentación jurídica caracterizada por medios ágiles de respuesta que tutelen, al mismo tiempo, los derechos de las personas y la actividad económica y los intereses generales dentro de los cuales está claramente la tutela del medio ambiente, de la salud, y de la legalidad sustantivamente considerada. Una adecuada comprensión de aquello, ya hace tiempo fue descrita entre nosotros al reconocer amenazas, tendencias y desafíos de la globalización frente a la protección ambiental como: contaminación transfronteriza, la exportación de la contaminación, la desigualdad tecnológica, la efectividad y vigencia de la normativa, el desarrollo sostenible y su vinculación con la calidad de vida de las personas⁵⁸.

En este sentido, el primer cometido que corresponde a los poderes públicos en relación con los riesgos, es la determinación y decisión sobre el riesgo que se acepta (*risk assesment*), lo que requiere de su conocimiento y valoración y que genera una referencia normativa.

El segundo cometido es la gestión del riesgo (*risk management*) que antes ha sido aceptado, a través de lo cual se ejerce un control sobre el riesgo, lo que posibilita adoptar las medidas necesarias para su reducción, y que atiende fundamentalmente a las instancias y sujetos que desarrollan esas funciones⁵⁹. De esta manera, los dos ámbitos referidos -el normativo y el de operación- se erigen como centro de la regulación, gestión y control de los riesgos. Luego, la determinación y decisión del riesgo permitido puede realizarse con carácter general o de manera particular, en virtud de la atribución de dosis medidas y competenciales de poder jurídico -concretado en potestades administrativas-, que el ordenamiento atribuye o debe atribuir a los órganos encargados de dicha determinación o gestión en su caso⁶⁰.

No debe perderse de vista un tercer cometido, que opera solo en el supuesto que se produzcan daños, en cuyo caso corresponde determinar y aplicar adecuados mecanismos de atribución o adjudicación, lo que genera un sistema de responsabilidad por el riesgo concretado en daño (*risk liability*)⁶¹.

3.2 Irrupción de la Regulación Basada en el Riesgo (RBR)

En esta misma línea aparece la RBR. Al respecto, contextualmente cabe señalar que la regulación pública anglosajona es menos intensa que la tradicional europeo-continental -típicamente preventiva, limitadora y autorizatoria-, operando los particulares en general sin habilitaciones previas, pero con un régimen de responsabilidad muy férreo, en cuya virtud el sistema de coberturas de responsabilidad se traslada a las compañías aseguradoras, que son aquellas que en definitiva exigen estándares de seguridad que consideran necesarios para que una industria



opere, y, de este modo, contratar los seguros para hacer frente a ese exigente régimen de responsabilidad.

Sin embargo, desde la primera década del siglo XXI ha irrumpido en un importante número de organismos específicos -originalmente vinculados solo al mundo de la regulación financiera⁶²-, iniciativas normativas para promover la gestión por riesgos⁶³, trasladando ahora al ámbito de la regulación y al ámbito orgánico públicos los desarrollos y conceptualizaciones propias de la industria aseguradora.

En su virtud, todos los esfuerzos se han concentrado en una triple estrategia: identificación, gestión y evaluación⁶⁴, muy cercano a lo que hace la industria sobre todo de seguros -con la cual hay una clara conexión- para evaluar regulaciones y proyectos; de tal manera que asumida esa metodología de regulación, basada en el riesgo, se genera el efecto de hacer que las decisiones clave sean mucho más claras, respondiendo a las cuestiones fundamentales de cómo operativizar los objetivos que se persiguen en cada regulación, dónde concentrar la atención y los recursos, y qué curso de acción tomar ante la incertidumbre en cuanto a qué riesgos se materializarán y cuáles no⁶⁵.

En este mismo orden contribuye a la correcta y transparente gestión de las autoridades públicas el establecimiento de objetivos regulatorios claros -todos tendientes al cumplimiento de la regulación-, para lo cual es necesaria la detección y recopilación de información que permita dar respuestas eficaces a partir de estrategias predeterminadas, que se puedan efectivamente cumplir, permitan la evaluación de desempeño, modificando el enfoque y, en su caso, hacer frente al reto del cambio cuando sea necesario⁶⁶.

Esto se ha proyectado en el caso de Chile en la supervisión financiera, aunque todavía en etapas iniciales o de desarrollo⁶⁷.

Ya con algo más de desarrollo, precisamente ocurre en materias ambientales.

En efecto, a partir del último informe completo de la OCDE en esta materia: *"Evaluación de desempeño ambiental"*, se recomienda en general adoptar un enfoque basado en los riesgos que sirva de guía para la adopción de decisiones medioambientales en Chile. En este sentido, tanto de manera general como en sectores o áreas específicas, se propone el desarrollo de análisis económicos de políticas relacionadas con el medio ambiente, evaluación de riesgos y análisis costo-beneficio de los proyectos y la legislación relacionada con el medio ambiente; para esto, instrumentalmente, se recomienda identificar los riesgos, evaluarlos transversalmente, mitigar sus efectos negativos y vigilarlos, determinando por ese medio las prioridades que deben adoptarse en las políticas públicas⁶⁸.

Y esta perspectiva se expresa o manifiesta tanto en la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, en sus artículos 2, 10, 11, 12 y 70; como en la Ley N° 20.417 de la Superintendencia del Medio Ambiente, en sus artículos 2, 3, 35, 36, 40, 41, 42, y 43.



3.3 Última manifestación en el Instructivo N° 180972/2018 del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA)69

Todo lo dicho en general y en concreto con respecto al derecho del medio ambiente chileno, recientemente encuentra un nuevo reconocimiento normativo.

Se ha dictado por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) el Oficio Ordinario N° 180972, de 05 de julio de 2018, de acuerdo a lo establecido en el artículo 81 letra d) de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) -que le atribuye potestades normativas a fin de uniformar criterios, requisitos, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental-, en cuya virtud se han impartido instrucciones en relación al concepto de "impacto ambiental" y de "riesgo" en el marco de las evaluaciones que deben hacerse por el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

En este se sostiene que el impacto ambiental y los riesgos deben ser abordados en el marco del SEIA, aunque de manera diferente, dada su distinta naturaleza jurídica. Por un lado, identificando los impactos ambientales que, directa o indirectamente, pudieran generar un proyecto, y, por el otro, identificar los riesgos a que el medio ambiente o la población se exponen durante la ejecución del proyecto (sean de origen natural o humano), considerando sus partes, obras o acciones, así como las caracterísiticas del lugar de emplazamiento.

De ello se deriva que los impactos ambientales se relacionen con un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación, conforme el artículo 11 de la LBGMA -al presentar efectos, caracterísiticas o circunstancias que produzcan ese impacto-, o bien con compromisos ambientales voluntarios correspondientes a impactos ambientales no comprendidos en dicho artículo, sin perjuicio de las condiciones o exigencias que pueda establecer la autoridad ambiental en los instrumentos autorizatorios en especial en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Por otro lado, se deriva que las situaciones de riesgos y contingencias se relacionan con los Planes de Prevención de Contingencias y de Emergencias del artículo 12 letra d) de la LBGMA, conforme el cual todo estudio de impacto ambiental debe incluir una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo.

Por consiguiente, en la calificación ambiental que realiza el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), así como en las instancias decisorias de la Comisión de Evaluación o el director ejecutivo del sea, según sea el caso, deberán exigir que los proponentes de proyectos hayan entregado la información indispensable para identificar los riesgos del proyecto o actividad y, además, velar por la idoneidad de las acciones o medidas que contengan dichos planes.

De esta manera, tanto de manera preventiva como de manera paliativa, los riesgos explican y justifican esa clase de evaluaciones, y las resoluciones que sirven para hacer lo ya señalado: determinación, gestión

y prevención ambiental; y en su caso, justificarán las medidas que haya que tomar cuando se produzcan los eventos que acarrean la responsabilidad ambiental correspondiente.

Por lo mismo, las viejas estructuras, explicaciones y fórmulas jurídicas ya no se adecuan a estos nuevos términos, los que se ajustan mucho mejor a fórmulas direccionales, funcionales o responsivas, mucho más complejas y completas, capaces, por lo mismo, de dar efectiva cuenta -razonada- en la decisión medioambiental.

4. CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo, es posible llegar a las siguientes afirmaciones:

1. Dados los enormes avances que han ocurrido en el ámbito de las ciencias, se hace necesario o imprescindible explicar la actividad administrativa basándose en un análisis metodológico que centra su atención en lo que se debe hacer antes que en lo que no debe hacerse, pues de este modo se podrán obtener mejores decisiones al haber una mayor exigencia de argumentos, y no esperar a que se diga qué no debe hacerse por medio del control judicial.

2. Los riesgos -antropológicos, derivados de la actividad humana-, que constituyen un concepto "pivote" que sirve de instrumento para una nueva orientación del derecho público, constituyen hoy centro de discusión y desarrollo para el derecho al que han impactado profundamente en sus instituciones, y especialmente al derecho del medio ambiente a través de su ley matriz (Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente) y sus normas complementarias.

3. El papel que le cabe al derecho ante los riesgos ambientales, en especial al derecho del medio ambiente -conectado íntimamente con el derecho administrativo a partir de sus instituciones y medios-, encuentra dificultades dado que las técnicas tradicionales de intervención estatal no son capaces de abarcar toda la complejidad y desafíos que implica la gestión ambiental. Por lo mismo, una metodología de análisis basado en controles formales, jurídicos y judiciales de legalidad, no dan cuenta ni alcanzan a explicar la realidad normativa y operacional del sistema medioambiental en Chile.

4. Por ello, se explica una metodología funcional, responsiva o direccional, que pone su acento antes que en el control, en la decisión administrativa, para racionalizarla, adecuándola a las realidades empíricas que plantea la regulación ambiental -el caso analizado-, en miras de una buena o correcta administración.

5. La manifestación más concreta de aquello, se encuentra en la opción por el riesgo permitido a partir de la determinación y decisión sobre ellos (*risk assessment*), la gestión en torno a esos riesgos a partir de distintos instrumentos (*risk management*), y un adecuado sistema de responsabilidad ambiental (*risk liability*) no patrimonial sino que reparador.

Para ello hay metodologías específicas: simplificación administrativa en el marco de una mejora regulatoria, y regulación basada en riesgo;

y expresiones normativas concretas, como el Instructivo N° 180.972 de 2018 del Servicio de Evaluación Ambiental.

REFERENCIAS

- ARANCIBIA MATTAR, J., "La supervisión basada en riesgo. Notas sobre su aplicación en Chile". FERRADA, J.C.; BERMÚDEZ, J.; URRUTIA, O. *Doctrina y enseñanza del derecho*
- BALDWIN, R.; BLACK, J., "Driving priorities in risk-based regulation: What's the problem?" *Journal of Law and Society*, Vol. 43, No. 4, 2016.
- BECK, U., "Teoría de la sociedad del riesgo". BERIAIN, J. Compilador. *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Trad. C. Sánchez. Barcelona: Anthropos, 1996.
- BLACK, J., "The emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom". *Public Law*. Autumn, 2005.
- BLANQUER, D., *Curso de Derecho Administrativo I. Los sujetos y la actividad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- BERMÚDEZ SOTO, J., "Globalización y protección ambiental. Amenazas, tendencias y desafíos del Derecho Internacional del Medio Ambiente". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (RDPUCV)*, XXV, 2004.
- BERMÚDEZ SOTO, J., "Elementos y principios de la Justicia Ambiental". BERMÚDEZ SOTO, J.; HERVE ESPEJO, D. Eds. *Justicia Ambiental. Derecho e instrumentos de gestión del espacio marino costero*. Santiago: Lom, 2013.
- BERMÚDEZ SOTO, J., *Fundamentos de Derecho ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014.
- BERMÚDEZ SOTO, J., *Derecho administrativo general*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- CAMACHO CEPEDA, G., *Tratado de derecho administrativo. Tomo IV. La actividad sustancial de la administración del Estado*. Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.
- CANALS AMETLLER, D. "La simplificación administrativa en Cataluña en el marco de la política de mejora regulatoria". Gamero Casado, E. Coord. *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- CEPAL / OCDE, *Evaluaciones de desempeño ambiental. Chile 2016*. Santiago: autoeditado. Disponible en Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40308/S1600413_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y [12 de enero de 2017],
- CORDERO VEGA, L., "Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?" *Anuario de Derecho Público 2012 (Universidad Diego Portales)*, 2012.
- CORDERO VEGA, L., "Las vacas Locas y la responsabilidad del estado por acto lícito". *El Mercurio Legal*. 2012. Disponible en Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/11/22/Las-Vacas-Locas-y-la-responsabilidad-del-Estado-por-acto-licito.aspx> [21 de diciembre de 2016].



- CORDERO VEGA, L., *Lecciones de derecho administrativo general*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la administración*. Madrid: Tecnos, 1983.
- EMBID IRUJO, A., *El derecho de la crisis económica*. Zaragoza: PUZ. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009.
- EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*. Madrid: Iustel, 2012.
- EMBID TELLO, A., *Precaución y derecho. El caso de los campos electromagnéticos*. Madrid: Iustel, 2010.
- ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y derecho*. Barcelona: Ariel, 1999.
- ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- ESTEVE PARDO, J., "El derecho del medio ambiente como derecho de decisión y gestión de riesgos". *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDOR)* N° 4, 2012.
- ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre el Estado y sociedad. Aproximaciones al tras-fondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- ESTEVE PARDO, J., *El Estado garante. Idea y realidad*. Madrid: INAP, 2015.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*. Tomo i. Barañáin (España): EUNSA, 1995.
- HERVE ESPEJO, D., "Noción y elementos de la Justicia Ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica". BERMÚDEZ SOTO, J.; HERVE ESPEJO, D. Eds. *Justicia Ambiental. Derecho e instrumentos de gestión del espacio marino costero*. Santiago: Lom, 2013.
- Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC ., "Informe de síntesis. Resumen para responsables de políticas", 2014. disponible en https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM_es.pdf.
- JORDANA DE POZAS, L., "Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo". *Revista de Estudios Políticos* N° 48, 1949.
- JORDANA DE POZAS, L., "El problema de los fines de la actividad administrativa". *RAP* N° 4, 1951.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., "Pensar el riesgo. En diálogo con Luhman". PÉREZ ALONSO, E. y otros. Editores. *Derecho. Globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- MAY, S. "Nuevos riesgos, seguridad y prevención: sobre la transformación del Estado moderno y su forma de actuación jurídica". PÉREZ ALONSO, E. y otros. Edits. *Derecho. Globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch , 2012.
- MONTT OYARZÚN, S., "Autonomía y responsividad. Dos expresiones de la vocación juridificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales". DE LA CUÉTARA, J. M.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L.; VILLAR ROJAS, F. Coords. *Derecho administrativo y*



- regulación económica. *Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Traducción de M. Bacigalupo y otros. Madrid: Marcial Pons , 2003.
- NONET, P.; SELZNICK, P., *Law & Society in Transition. Toward responsive Law*. New Brunswick: Transaction publishers, 2009.
- OCDE, *Recomendación del Consejo sobre la Gobernanza de Riesgos Críticos*. 2014. Disponible en Disponible en <https://www.oecd.org/gov/risk/Critical-Risks-Recommendation-Spanish.pdf> [12 de enero de 2017]
- PARADA, R., *Derecho administrativo i. Parte general*. Madrid: Marcial Pons , 2004.
- PAREJO ALFONSO, L., "Cambio climático, riesgo global, innovación y derecho". PAREJO ALFONSO, L. Director. *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*. Valencia: Tirant lo Blanch , 2016.
- PONCE SOLÉ, J. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons , 2007.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons , 2016.
- ROJAS CALDERÓN, C., *Las potestades administrativas en el derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters , 2014.
- ROJAS CALDERÓN, C., "Los riesgos, las funciones del derecho ambiental ante estos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental". *Revista de Derecho de la P. U. Católica de Valparaíso* Vol. XLIII, 2014.
- ROJAS CALDERÓN, C., "Responsabilidad de la Administración Pública en materia ambiental, por daños causados por entidades privadas autorizadas". FERRADA, J.; BERMÚDEZ, J.; URRUTIA, O. Eds. *Doctrina y enseñanza del derecho administrativo chileno. Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso-Pucv, 2016.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., "Cuestiones importantes sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos". Trad. J. Barnés y S. DIEZ. BARNÉS, J. Coord. *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2006.
- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (en línea), *Instructivos para la evaluación del impacto ambiental*. Disponible en Disponible en <http://www.sea.gob.cl/documentacion/instructivos-para-evaluacion-impacto-ambiental> [30 de julio de 2018]
- VAQUER CABALLERÍA, M., "La formación de conceptos en el derecho público: un comentario". *RVAP* N° 99-100, 2014.
- VILLAR EZCURRA, J. L., *Derecho administrativo especial*. Madrid: Civitas, 1999.

Notas

- 1 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 19-32.
- 2 ROJAS CALDERÓN, C., Los riesgos, las funciones del derecho ambiental ante éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental. *Revista de Derecho de la P. U. Católica de Valparaíso* vol. XLIII, 2014, pp. 549-566.
- 3 BECK, U., Teoría de la sociedad del riesgo. BERIAIN, J. Compilador. *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Trad. C. Sánchez. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 201.
- 4 MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., Pensar el riesgo. En diálogo con Luhman. PÉREZ ALONSO, E. y otros. Editores. *Derecho. Globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 331.
- 5 BECK. Teoría de la sociedad, cit., 209.
- 6 ESTEVE PARDO, J., El derecho del medio ambiente como derecho de decisión y gestión de riesgos. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDOR)* N° 4, 2012, pp. 8-9.
- 7 En efecto, los peligros derivados de la falta de alimentación han sido superados mediante el desarrollo de una industria: la alimentaria; los peligros derivados de la falta de energía, o los problemas que podíamos encontrar frente a heladas o fríos, es decir, las necesidades de energía han sido también superadas mediante una industria: la energética; lo mismo puede decirse en el plano sanitario, en el plano de las telecomunicaciones, en el farmacológico o en el del transporte en sus distintas modalidades.
- 8 Se recuerda especialmente el episodio en el que una vez aprobada la central de generación termoeléctrica Barrancones -en el norte de Chile-, se retiró dicho proyecto de manera voluntaria, pese a tener una resolución de calificación ambiental calificada favorablemente en primera fase.
- 9 ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y derecho*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 29.
- 10 MAY, S. Nuevos riesgos, seguridad y prevención: sobre la transformación del Estado moderno y su forma de actuación jurídica. PÉREZ ALONSO, E. y otros. Edits. *Derecho. Globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 306-309.
- 11 ROJAS CALDERÓN, C., Responsabilidad de la administración pública en materia ambiental, por daños causados por entidades privadas autorizadas. FERRADA, J.; BERMÚDEZ, J.; URRUTIA, O. Eds. *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno. Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso-Pucv, 2016, pp. 590-591.
- 12 PAREJO ALFONSO, L., Cambio climático, riesgo global, innovación y derecho. PAREJO ALFONSO, L. Director. *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 16.
- 13 ESTEVE PARDO. *Técnica, riesgo*, cit., p. 28.
- 14 ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 11-20.
- 15 EMBID TELLO, A., *Precaución y derecho. El caso de los campos electromagnéticos*. Madrid: Iustel, 2010, pp. 45-55.
- 16 ROJAS CALDERÓN. Los riesgos, las funciones, cit., 549-582.
- 17 Se sigue en esto, de cerca, las inquietudes planteadas por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 60-62. También a VAQUER CABALLERÍA, M., La formación de conceptos en el derecho público: un comentario. *RVAF* N° 99-100, 2014, p. 3018.
- 18 En el mismo sentido que la nota anterior, pero ahora en perspectiva metodológica, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *Metodología del*, cit., 12-14.

- 19 Por lo emblemático se destaca el caso Barrancones (planta termoeléctrica), pero también pueden agregarse Los Choros (planta termoeléctrica), HidroAysén (proyecto hidroeléctrico) y Dominga (minería de hierro y cobre).
- 20 CORDERO VEGA, L., corte suprema y medio ambiente ¿por qué la corte está revolucionando la regulación ambiental? anuario de derecho público 2012 (universidaddiego portales), 2012, pp. 359-375. CORDERO VEGA, L., Las vacas locas y la responsabilidad del estado por acto lícito. el mercurio legal. 2012. disponible en <http://www.elmercurio.com/legal/noticias/ analisis-juridico/2012/11/22/las-vacas-locas-y-la-responsabilidad-del-e- stado-por-acto-llicito.aspx> [21 de diciembre de 2016]. Igualmente, HERVE ESPEJO, D., Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. BERMÚDEZ SOTO, J.; HERVE ESPEJO, D. EDS. justicia ambiental. derecho e instrumentos de gestión del espacio marino costero. SANTIAGO: LOM, 2013, pp. 19-20; y bermúdez soto, j., elementos y principios de la justicia ambiental. BERMÚDEZ SOTO, J.; HERVE ESPEJO, D. EDS. justicia ambiental. derecho e instrumentos de gestión del espacio marino costero. SANTIAGO: LOM, 2013, p. 51.
- 21 BERMÚDEZ SOTO, J., *Fundamentos de derecho ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso (PUCV), 2014, pp. 35-36.
- 22 JORDANA DE POZAS, L., Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos* N° 48, 1949, p. 42; y JORDANA DE POZAS, L., El problema de los fines de la actividad administrativa. *RAP* N° 4, 1951, p. 27.
- 23 PARADA, R., *Derecho administrativo r. Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 368-376.
- 24 BLANQUER, D., *Curso de derecho administrativo I. Los sujetos y la actividad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 250.
- 25 CAMACHO CEPEDA, G., *Tratado de derecho administrativo. Tomo rv La actividad sustancial de la administración del Estado*. Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, pp. 87-88.
- 26 BERMÚDEZ SOTO, J., *Derecho administrativo general*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 295.
- 27 CORDERO VEGA, L., *Lecciones de derecho administrativo general*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 459.
- 28 No obstante, los ámbitos presentados si bien pretenden ofrecer una visión ajustada o ideal, lo cierto es que existen áreas difusas en situaciones concretas, de tal manera que en algunos casos se produce *una intercambiabilidad de técnicas de intervención*, ocurriendo lo mismo con respecto a las formas que asumen dichas actividades, siendo el legislador el que configura en cada caso ese entrecruzamiento a partir de los modelos "puros" de actividad indicados.
- 29 VILLAR EZCURRA. *Derecho administrativo*, cit. 38.
- 30 ESTEVE PARDO, J., *El Estado garante. Idea y realidad*. Madrid: inap, 2015, pp. 29-40.
- 31 Otra reflexión en torno a ello, más concentrado eso sí en el análisis normativo de la intervención estatal en materia económica y especialmente financiera - con inevitables reflexiones sociológicas a lo menos- puede verse en EMBID IRUJO, A., *El derecho de la crisis económica*. Zaragoza: PUZ. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009, p. 125 y más recientemente en la fase constitucional de la reacción jurídica contra la crisis económica a EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*. Madrid: Iustel, 2012, 151 p.
- 32 ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre el Estado y sociedad. Aproximaciones al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 85-113.
- 33 Como ya se puso de manifiesto, en el Dictamen de la Contraloría General de la República N° 11.718-2018, que permite sostener concretamente la existencia



de servicios privados de interés público, en el ámbito de las prestaciones de salud.

- 34 Varias fórmulas jurídicas se abren para operar esta extensión. Una *primera*, se proyectaría sobre la actividad de estos sujetos privados, introduciendo reglas que garanticen la atención de los intereses generales en juego; y como experiencia desde luego se pueden destacar las llamadas cargas u obligaciones de servicio público que se imponen a operadores privados de servicios liberalizados (o privatizados en la terminología anglo, asumida en Chile) - aguas, telecomunicaciones, energía, transporte, entre otras-, para cubrir los espacios territoriales y sociales que no serían rentables y atendibles según la lógica del mercado. Una *segunda* sería la atribución a ciertos particulares de un estatuto de derecho público, con su régimen de control característico, en aquellos sectores de su actividad que realizan funciones o prestaciones públicas. Una *tercera*, la asociada a un área específica y que constituye una especificación del Estado garante, como es el Estado regulador de actividades económicas reguladas precisamente; fórmula que se sustenta muy bien en este Estado de garantías, sobre todo en su configuración de operación en competencia. La última es el sistema de habilitación y de autorregulación regulada, destacadamente desarrollado en Alemania, con desarrollos y análisis también en España y últimamente en Chile, especialmente en materia medioambiental. ESTEVE PARDO. *La nueva relación*, cit., 47-57.
- 35 Cuyas manifestaciones más radicales se han manifestado en el proceso de cambio climático, con sus consecuencias en todos los ordenes de la vida: política, social, tecnológica, etc. Al efecto, un completo estudio en *Intergovernmental Panel on Climate Change*. ipcc, Informe de síntesis. Resumen para responsables de políticas, 2014, disponible en https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_sPM_es.pdf. El próximo informe se dará a conocer el 2022.
- 36 SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Traducción de M. Bacigalupo y otros. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 1-8.
- 37 SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría*, cit., 10-11.
- 38 SCHMIDT-ASSMANN, E., Cuestiones importantes sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. Trad. J. Barnés y S. DIEZ. BARNÉS, J. Coord. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2006, p. 77.
- 39 SCHMIDT-ASSMANN. Cuestiones sobre..., cit., 77.
- 40 GONZÁLEZ NAVARRO, E, *Derecho administrativo español*. Tomo i. Barañáin (España): EUNSA, 1995, p. 423.
- 41 MONTT OYARZÚN, S., Autonomía y responsividad. Dos expresiones de la vocación juridificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales. DE LA CUÉTARA, J. M.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L.; VILLAR ROJAS, E Coords. *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011, p. 65.
- 42 NONET, P.; SELZNICK, P., *Law & Society in Transition. Toward responsive Law*. New Brunswick: Transaction publishers, 2009, p. 29.
- 43 NONET; SELZNICK, *Law & Society*, cit., 54.
- 44 NONET; SELZNICK. *Law & Society*, cit., p. 78.
- 45 MONTT OYARZÚN. Autonomía y responsividad, cit., pp. 57-58.
- 46 MONTT OYARZÚN. Autonomía y responsividad..., cit., pp. 65-68.
- 47 MONTT OYARZÚN. Autonomía y responsividad..., cit., 69-70.
- 48 PONCE SOLÉ, J. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 127.
- 49 En inglés se conoce como RIA, *regulatory impact assessment*.
- 50 CANALS AMETLLER, D. La simplificación administrativa en Cataluña en el marco de la política de mejora regulatoria. GAMERO CASADO, E. Coord.

- Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 343-386.
- 51 ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 361-362.
- 52 ESTEVE PARDO, J. La nueva relación..., cit., pp. 42-45.
- 53 Descritas por ROJAS CALDERÓN, c., *Las potestades administrativas en el derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, pp. 139-144.
- 54 Sin embargo, esta aspiración, con relación a los riesgos, es una aspiración absolutamente irreal, toda vez que no es posible aspirar a un riesgo cero, pues no existe, es inalcanzable. El riesgo cero sería posible alcanzarlo sólo y en la medida que volviéramos a un estado de naturaleza en el cual, no estaríamos afectados por los riesgos de la tecnología que nosotros desarrollamos, pero estaríamos expuestos entonces a todos los peligros naturales posibles, de mucha mayor entidad sin duda.
- 55 A mayor abundamiento -y por eso se impone la perspectiva de riesgos en este análisis-, que los principales problemas que se plantean en la industria no son problemas que se planteen con relación a actuaciones anti o extrajurídicas; sino que fundamentalmente sus problemas surgen de situaciones que ajustadas plenamente a la legalidad -o sea son intrajurídicos-, igualmente producen riesgos y pueden generar significativos daños de diverso orden.
- 56 ESTEVE PARDO. *Lecciones de derecho administrativo*, cit., p. 362.
- 57 ESTEVE PARDO. *Técnica, riesgo*, cit., p. 107.
- 58 BERMÚDEZ SOTO, J., Globalización y protección ambiental. Amenazas, tendencias y desafíos del Derecho Internacional del Medio Ambiente. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (RDPUCV)*, XXV, 2004, pp. 55-63.
- 59 ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 2014, pp. 53-62.
- 60 ROJAS CALDERÓN. *Las potestades administrativas*, cit., pp. 41-63.
- 61 Es posible identificar como ejemplos de esto los siguientes casos en Chile, *todos* de responsabilidad ambiental por daños derivados de la negligencia de la Administración Pública: Corte Suprema, rol N° 8.895-2009, caso "Copeva II"; Corte Suprema, rol N° 9.924-2010, caso "Vacas Locas"; Corte Suprema, rol N° 10.156-2010, caso "Bajos de Mena"; y Corte Suprema, rol N° 11.857-2014, caso "Plomo de Arica II". Aquellos fueron tratados en ROJAS CALDERÓN, Responsabilidad de la administración..., cit., pp. 612-615.
- 62 Principalmente, en la National Audit Office (NAO), Cabinet Office; en HM Treasury, en Strategy Unit, en Office of Goverment Commerce, y en Risk Support Team; todas del Reino Unido.
- 63 BLACK, J., The emergence of Risk Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom. *Public Law*. Autumn, 2005, p. 510.
- 64 BLACK. The emergence..., cit., 513.
- 65 BLACK. The emergence, cit., 545.
- 66 BALDWIN, R., BLACK, J., Driving priorities in risk-based regulation: What's the problem? *Journal of Law and Society*, Vol. 43, No. 4, 2016, pp. 586-591.
- 67 Sobre ello, ARANCIBIA MATTAR, J., La supervisión basada en riesgo. Notas sobre su aplicación en Chile. FERRADA, J.c.; BERMÚDEZ, J.; URRUTIA, O. *Doctrina y enseñanza del derecho administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso-PUCV, pp. 267-283.
- 68 CEPAL / OCDE, Evaluaciones de desempeño ambiental. chile 2016. santiago: autoe-ditado. disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40308/s1600413_es.pdf?sequence=1&isallowed=y [12 de enero de 2018], pp. 28, 56, 88 y 124 especialmente. en este mismo sentido, aunque aplicable a todos los casos, OCDE, recomendación del consejo sobre la gobernanza de riesgos críticos. 2014, disponible en <https://www.oecd.org>

/gov/risk/ critical-risks-recommendation-spanish.pdf [12 de enero de 2017]
pp. 7-11 especialmente.

- 69 Servicio de Evaluación Ambiental (en línea) Instructivos para la evaluación del impacto ambiental. Disponible en <http://www.sea.gob.cl/documentacion/instructivos-para-evaluacion-impacto-ambiental> [30 de julio de 2018]
- * Este trabajo forma parte del proyecto MEC "El Estado garante. Un modelo para afrontar los retos económicos y sociales del Estado del bienestar" (DER2015-65223-C3-1-R), desarrollado por el Grupo de Regulación de Riesgos y Sectores Estratégicos (GRRISE) de la Universidad de Barcelona, del cual el autor es parte del equipo investigador.
- ** Para citar el artículo: ROJAS CALDERÓN C. *Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional*, Universidad Externado de Colombia. N.º 45, enero-abril de 2020, pp. 275-303. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.10>

Notas de autor

- ** Se agradece y deja constancia de la colaboración prestada por la profesora, Dra. Sophía Romero Rodríguez, y de la Ayudante de Derecho Administrativo, Josefa Asalgado Wilkendorf.

