



METODOLOGÍA DE GESTIÓN DE RIESGOS EN MATERIA DE AGUAS. ANÁLISIS EN GENERAL Y A PARTIR DE LA LEY N° 21.064 DE 2018

Dr. Christian Rojas Calderón - Profesor de la Facultad de Derecho UAI

XX Jornadas de Derecho de Aguas / 05 de septiembre de 2018



PROPUESTA:

En este trabajo, se analiza en modo en que tradicionalmente se explicó la actividad administrativa material, para luego analizar y proponer críticamente una nueva fórmula de análisis, basada en la metodología direccional o responsiva.

En fin, analizar esto en un sector novedoso de la regulación de aguas, como es la actividad sancionatoria desarrollada por la Dirección General de Aguas, a partir sobre todo de la Ley 21.064 de 2018 .

I.- EXPLICACIÓN GENERAL SOBRE LA ACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

- 1) La discusión inicial y básicas (Jordana de Pozas y los que siguieron)
- 2) Distinción entre actividad formal y material
- 3) Propuesta clasificatoria acerca de las formas de intervención
 - (3.1.) Primera: Cuando dicha actividad tenga incidencia en la libertad
 - (3.2.) Segunda: Cuando dicha actividad tenga incidencia en los bienes

El cuadro explicativo de estos criterios es el siguiente:

Ámbito de incidencia sobre la libertad	Ámbito de incidencia sobre los bienes
SERVICIOS PÚBLICOS Título o fundamento en la necesidad colectiva	GESTIÓN DE BIENES PÚBLICOS Título o fundamento en la destinación o afectación a un fin público
ORDENACIÓN, LIMITACIÓN O POLICÍA Título o fundamento en el orden público	LIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN A LA PROPIEDAD Título o fundamento en la ordenación de la propiedad
FOMENTO Título o fundamento en la conveniencia social	GESTIÓN PATRIMONIAL Y EMPRESA PÚBLICA Título o fundamento en el beneficio colectivo

II.- LA INADECUACIÓN DE LA METODOLOGÍA DE CONTROL A LAS NUEVAS REALIDADES Y COMPLEJIDADES, Y LA NECESIDAD DE UNA METODOLOGÍA APLICATIVA, FUNCIONAL O RESPONSIVA DEL DERECHO

1) Fundamentos críticos

- Premisa: Schmidt-Assman

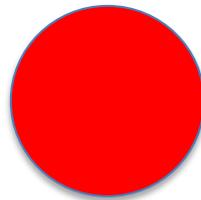
“el pensamiento sistemático se nutre de la parte general del Derecho Administrativo claramente más abstracta, en base a la cual se construye una teoría general. Pero aquello es incompleto, pues deja fuera toda la parte especial -de ámbitos, ramas o sectores de referencia-, con la cual hay una recíproca 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”

- La consecuencia: es necesario un cambio metodológico.

2) La construcción de una teoría funcional o direccional

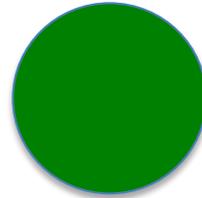
DIAGNÓSTICO: La perspectiva tradicional fija su atención en la “norma de control”, de lo que sigue, que el Derecho Administrativo sea un Derecho de control del poder.

El efecto, a la disciplina le correspondía 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. Es el Derecho “de la luz roja”.



Esto es incompleto:

Es necesario un Derecho “de la luz verde”, que centre su atención en la “norma de conducta”.



Uno que atienda ya no, a lo que no puede hacerse, sino que a lo que se hace; y buscar las reglas de racionalidad de la decisión administrativa, para de esta manera poder controlarla adecuadamente.

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. Atiende por tanto al efectivo cumplimiento de las normas.

La *responsividad* en materia regulatoria implica que las acciones que adopta la Administración, dependen de la estructura y motivaciones del sector regulado, y dependiendo de ello se deben diseñar estructuras y utilizar instrumentos de mayor o menor intervención. Esta regulación responsiva no proporciona un programa definido, sino que es una actitud en base a una perspectiva, con la finalidad de hacer efectivo el cumplimiento de las normas.

De ese modo, esta forma puede mejorar las prácticas y robustecer las instituciones, lo cual trae aparejado una eventual mejor o mayor capacidad del Derecho, concebido como instrumento para dar respuesta a las expectativas y necesidades de la sociedad.

III.- LA IRRUPCIÓN DEL *RIESGO*, COMO CONCEPTO CLAVE PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO, EN ESPECIAL PARA LA REGULACIÓN DE LOS SECTORES DE REFERENCIA

1) Una distinción básica:

- Peligros (naturaleza): respuesta es la tecnología.

Consecuencia: No podemos preveerlos ni gestionarlos.

- Riesgos (humanos): creados por la tecnología, apalancados (desastres naturales: incendios, maremotos, terremotos)

Consecuencia: Sí podemos preveerlos ni gestionarlos.

2) Las proyecciones jurídicas de los riesgos.

(2.1) El papel que le cabe al Derecho ante los riesgos, presentes y contenciosos.

(2.2) La nueva forma de comprensión de la acción administrativa basada en el Riesgo

(2.3) Por lo anterior, la irrupción de la Regulación Basada en el Riesgo (RBR)

3) En consecuencia, el instrumentalario de la RBR

(3.1) Determinación del riesgo

(a) Instrumentos normativos (CAg)

(b) Actos administrativos autorizatorios (concesión de aguas o derecho de aprovechamiento de aguas)

(3.2) Gestión de riesgos.

(a) Fiscalización (DGA): medidas provisionales; programación y subprogramación de fiscalización; MIC: autodenuncia, programas de cumplimiento, y planes de reparación.

(b) También control técnico-preventivo por particulares con efectos públicos (certificación y verificación ambiental)

(3.3) Responsabilidad o control represivo

(a) Sanciones administrativas.

(b) Responsabilidad (administrativa-reparatoria y civil-indemnizatoria).

IV.- SU MANIFESTACIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS. LAS NUEVAS POTESTADES SANCIONATORIAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS

1) ESQUEMA DE LA ACTIVIDAD MATERIAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS

(1.1.) La actividad de gestión ordinaria de las aguas por la DGA

(a) Asignación, autorización e información de los bienes públicos

(a.a.) Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas (técnica concesional)

(a.b.) Limitaciones para el otorgamiento de nuevos derechos

(b) Policía administrativa (ordenación/inspección/sanción)

(b.a.) Autorización en materia de cambios por traslado, por fuente de abastecimiento relativos a los derechos ya otorgados (técnica autorizacional)

(b.b.) Autorización en materia de obras hidráulicas (técnica autorizacional)

(b.c.) Autorización en materia de uso de cauces (técnica autorizacional)

(b.d.) Ordenación por información

(b.e.) Ordenación de relaciones jurídicas (actividad registral)

(b.f.) Ablación, como ampliación de situaciones pasivas

(b.g.) Ablación, como creación de nuevas situaciones pasivas

(1.2.) La actividad extraordinaria y excepcional de gestión de las aguas por la DGA, en caso de *extrema sequía*

2) FUNDAMENTOS DE LAS POTESTADES DE SUPERVISIÓN DE LA DGA

(2.1.) Tipologías de fiscalización

a) Inspección preventiva

b) Inspección paliativa

c) Inspección correctiva. Control administrativo de las organizaciones de usuarios de aguas

(2.2.) Función de la potestad “de fiscalización”

Originalmente se la concibe como un modo de velar por el cumplimiento de los requisitos legales a que están sujetas las actividades de los sujetos privados, sea en el establecimiento *ex ante* o *ex post* de la realización de aquellas.

Hoy más bien es una compleja función pública, que pretende asegurar por diversos medios, la fidelidad al criterio de referencia, medida o estándar que en nuestro caso está determinado por la norma jurídica; de tal manera que la relación jurídica que se produzca entre controlador y controlado, por medio del procedimiento determinará las consecuencias jurídicas.

En unos casos será una sanción, y en otros será una medida diferente, ambas persiguiendo lo mismo: el cumplimiento de la norma.

3) EL ENCADENAMIENTO CON LAS POTESTADES SANCIONATORIAS

(3.1.) Fundamentos y rol de las sanciones en una estrategia regulatoria responsiva

En materia de aguas, el sistema sancionatorio puede configurarse sobre el castigo por medio de sanciones ante cualquier incumplimiento a la legalidad; o sobre la base del incentivo a la no realización de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico y las finalidades de una correcta utilización de los recursos hídricos, hoy complejizado a partir de la reforma de la Ley 21.064 de 2018.

Con la perspectiva “de la luz verde”, la responsabilidad de los entes administrativos de hacer cumplir la ley no se limita al ejercicio de potestades sancionatorias. Deben proceder conforme a estrategias complejas, que incluyan, además de la sanción, el uso de la persuasión, la negociación y lo que se denomina “conversación regulatoria”.

El modelo responsivo indica que los órganos reguladores con mejores resultados en la obtención de sus objetivos son aquellos que logran un balance entre el modelo basado en sanciones rigurosas (disuasión), y el modelo basado en el incentivo al cumplimiento (persuasión). Ello permite adoptar acciones de indulgentes a confrontacionales, dependiendo de la conducta de cooperación o no del regulado.

Este modelo de *enforcement*, se basa en que de un modelo adversarial y acusatorio propio de los procedimientos sancionadores, debe pasarse a un modelo de negociación basado en la persuasión, fundamentalmente dialógico, con la finalidad de encontrar soluciones flexibles, adaptables al cumplimiento; y cuyo rasgo esencial es un modelo escalonado o piramidal de intervención.



(3.2.) La estructura sancionatoria del orden público en la regulación de aguas antes de la reforma de la Ley 21.064

La disposición básica y general a este respecto era el artículo 173, en cuya virtud toda contravención a Código que no esté especialmente sancionada, será penada con multa que no podrá exceder de veinte unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las otras responsabilidades civiles y penales que procedan.

EN CONSECUENCIA, conforme el **MODELO TRADICIONAL** ante cualquier rompimiento al orden público de las cosas, se imponía la sanción como único camino.

(3.2.) Estrategia regulatoria direccional, en el Código de Aguas después de la reforma de la Ley 21.064

(a) Estructura

Se ha sustituido un régimen sumamente precario en materia sancionatoria, agregando dos acápite nuevos distribuido entre los artículos 172 bis a 172 sexies; y artículos 173 a 173 quáter; lo que es completado por los modificados artículos 174 a 176.

Pero se ha hecho algo más.

Se ha reemplazado el modo en que se comprende la tarea que debe hacer la DGA en este campo; ello pues centra su atención antes en la eficacia de sus tareas y en el *cumplimiento* por parte de los sujetos regulados, antes que en el ejercicio puro y simple de la actividad sancionatoria ante las infracciones comprobadas.

Aparte de ello, reconoce la Autodenuncia, lo que genera una rebaja o incluso una exención de sanción.

(b) Infracciones calificadas (art. 173)

1er. Grado: por incumplimiento de obligación de entregar información, negativa al ingreso de personal fiscalizador de la DGA.

2do. Grado: por incumplimiento de obligación de instalación y mantención de sistemas de medición de caudales, volúmenes, niveles freáticos y entrega de esa información. En este orden se destaca una “sanción” (medida de cumplimiento) de otorgar un plazo entre 1 y 6 meses para la instalación e dispositivos.

3er. Grado: por incumplimiento a la medida de cumplimiento anterior.

4to. Grado: por realización de actos u obras sin permiso de la autoridad, que afecten la disponibilidad de las aguas.

5to. Grado: por obtención de doble inscripción del derecho, para beneficio personal o en perjuicio de terceros. En este caso, se impone una sanción adicional, cancelación del título duplicado.

(c) Infracciones sin calificación

En caso que se haya producido alguna infracción que no esté especialmente descrita, se deberá imponer una multa entre 1 y 3 grados.

(d) Cuantificación

i.- Normales

1er. Grado. 10 a 50 UTM

2do. Grado: 51 a 100 UTM

3er. Grado: 101 a 500 UTM

4to. Grado. 501 a 1000 UTM

5to. Grado: 1000 a 2000 UTM

ii.- Incrementadas

HASTA EL 100% DE INCREMENTO: infracción afecta la disponibilidad de aguas para consumo humano, doméstico de subsistencia o saneamiento.

HASTA EL 75%: infracción se comete en zonas de prohibición o áreas de restricción, declaradas agotadas o declaradas zonas de escasez hídrica; cuando se perjudique gravemente el cauce o lecho; y cuando se realicen actos u obras sin permiso que menoscaben o deterioren la calidad el agua.

HASTA EL 50%: infracción refiera a modificación o destrucción de obras autorizadas destinadas al ejercicio del DAA; cuando la captación afecte el caudal ecológico mínimo.

iii.- Situación especial. Rebaja

Procederá en caso de Autodenuncia, la que puede hacerse por cualquier medio por el infractor.

EN CONSECUENCIA, el **NUEVO MODELO** es uno de tipo claramente responsivo o direccional para la conducta de la DGA.

Así pues, dependiendo de la conducta y/o colaboración del regulado, ésta podrá:

- imponer multas de entre 10 a 2000 UTM, pasando por 5 grados de determinación.
- Aumentarlas entre un 50 hasta un 100% en los infractores contumaces
- O...
- Rebajar y hasta eximir del pago de multa ante la Autodenuncia

Se concreta por medio de este instrumentario jurídico, una serie de posibilidades para tener un *diálogo o conversación regulatoria*, pues lo que se pretende al fin es el cumplimiento de la normativa.

Muchas gracias!

christian.rojas@uai.cl

<https://uai.academia.edu/ChristianRojasCalderón>