

RECENSIONES

CANALS i AMETLLER, DOLORS. *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Ed. Comares, Granada, 2003. 384 págs.

La relevancia que el factor técnico está cobrando en el mundo del Derecho ha convulsionado las clásicas relaciones entre Ciencia y Derecho. Dejando en un segundo plano su originaria misión de servir al fomento del progreso científico y tecnológico, el papel del Derecho en relación a la técnica se reorienta hoy a proporcionar un criterio de racionalidad y de control de los riesgos que genera el progreso científico y tecnológico. El conocimiento del riesgo, su gestión y la valoración jurídica del mismo son, por ello, los hilos conductores de algunas de las más sugerentes aportaciones doctrinales de los últimos años. En este sentido, debe destacarse de antemano que la excelente monografía de Dolors CANALS, centrada en el ejercicio por sujetos privados de funciones administrativas de control y gestión de los riesgos, se inserta en una meritoria línea de investigación promovida por el Prof. ESTEVE PARDO, quién, desde su paso por la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Girona, ha alentado a sus discípulos a investigar los distintos problemas jurídicos que presentan las relaciones entre técnica y Derecho. Ha de reconocerse el mérito, por la visión de conjunto que proporciona, de un esfuerzo investigador colectivo tan ambicioso y que tan buenos frutos está dando, aparte de lo saludable que resulta reencontrar en la Universidad de hoy una metodología investigadora, la de la coordinación de líneas complementarias de investigación a la manera de las viejas escuelas del Derecho Público, que parecía vencida en los últimos tiempos por el individualismo y por la especialización extrema, pero que tan fructífera resultó en el pasado.

El interés de la doctrina por los distintos fenómenos y consecuencias jurídicas que provoca la actual interpenetración del mundo de la técnica y el mundo del Derecho se justifica sobre todo por la importante dimensión técnica que han adquirido muchas actuaciones administrativas, donde se ha verificado un cambio cualitativo en las tareas de control y prevención del riesgo, cada vez más necesitadas del auxilio y de la colaboración de los sujetos privados especializados en el mundo de la técnica. Desde finales del siglo XIX, las distintas manifestaciones de la intervención administrativa en la industria se han apoyado, en mayor o menor medida, en la experiencia técnica del sector privado. En efecto, tanto las actuaciones públicas encaminadas a garantizar la seguridad de los productos e instalaciones industriales, como aquellas

otras dirigidas a fomentar la compatibilidad y estandarización de la producción y la competitividad de la industria nacional (la calidad industrial, en suma), han necesitado acudir a la pericia y al acervo de conocimientos técnicos que han ido acumulando los sujetos privados directamente afectados. La forma y el grado en que dicha colaboración se instrumentaba originariamente no significaba, sin embargo, el ejercicio directo de las funciones jurídico-administrativas desarrolladas en los mencionados ámbitos. Ciertamente, la colaboración privada en estos ámbitos no ha pasado de constituir, durante largo tiempo, un mero auxilio técnico para el ulterior ejercicio de la potestad por el órgano administrativo investido de competencias para ello. No obstante, la creciente complejidad técnica que encierra la acción preventiva y correctiva frente al riesgo ha motivado una intensa penetración de la colaboración privada en el núcleo mismo de la función jurídico-administrativa; de tal forma que, en la inmensa mayoría de los casos, son entidades mercantiles o asociaciones puramente privadas las que ejercitan las funciones públicas que se despliegan en los ámbitos de la seguridad y la calidad industrial: típicamente, la inspección, certificación y autorización de productos e instalaciones industriales y la normalización industrial.

En consecuencia, el objeto de la colaboración privada en la industria no se limita actualmente al auxilio técnico en el ejercicio de funciones y potestades, sino que concierne el desempeño directo de las mismas. Además, la colaboración funcional en la industria no sólo abarca tareas ejecutivas o resolutorias, tales como la inspección y el control -con efectos autorizatorios- del cumplimiento de las especificaciones técnicas aplicables, sino que alcanza una función de mayor magnitud si cabe, cual es el establecimiento mismo de dichas condiciones y requisitos técnicos que, fijados por los operadores del mercado para atender sus propias necesidades, son asumidos, por vía remisiva, por los titulares de la potestad normativa.

Es necesario aclarar de antemano que estos fenómenos de colaboración se emplazan fuera de la actuación vicarial de sujetos y entidades privadas que obran por delegación o mandato de la Administración o de los supuestos de gestión a título contractual. Estamos, por el contrario, en presencia de entidades privadas que reciben del ordenamiento un poder de decisión, un ámbito de capacidad jurídico-pública destinada a satisfacer determinadas exigencias del interés general, para cuya consecución gozan de prerrogativas y potestades exorbitantes. Se trata, en definitiva, de atribuciones de poder público que recaen sobre sujetos no administrativos; sin perjuicio, eso sí, del arbitrio normativo de técnicas más o menos intensas de tutela y control que, obviamente, corresponden a la Administración.

Este es el vasto y complejo contexto dogmático en el que se desarrolla la monografía de Dolors CANALS. En ella, la autora expone a lo largo de cinco Capítulos las causas y los efectos que produce sobre el tratamiento jurídico del riesgo este fenómeno de traslación a particulares de funciones públicas de autoridad relativas al control, inspección y certificación. Puede afirmarse, con carácter general, que la obra de Dolors CANALS traza de forma nítida las razones y las consecuencias que se derivan del trascendental paso que media entre las tradicionales formas policiales de actuación defensiva frente a los peligros del desarrollo al nuevo concepto jurídico del tratamiento o la gestión integral de riesgos. Como sobradamente demuestra la autora, la insuficiencia de las clásicas medidas correctivas de la Administración y la pérdida del conocimiento pericial que antaño caracterizaba al aparato administrativo ha determinado el alumbramiento de nuevas soluciones que rompen el esquema tradicional de actuación en el triple plano subjetivo, funcional e instrumental. El plano subjetivo está marcado por la retirada de la Administración y la correlativa traslación del sistema de gestión y control del riesgo al sector privado. El plano funcional muestra una evolución de la acción correctiva puntual a una acción integral que pone el acento en la dimensión preventiva. En el plano instrumental, por último, se advierte el afloramiento de técnicas jurídicas novedosas que fuerzan la reconstrucción de categorías jurídicas seculares como la dación de fe pública, la autorización administrativa, el sistema de fuentes o la responsabilidad.

El primer Capítulo relata la génesis de las funciones administrativas de control de la técnica en el modelo tradicional de intervención administrativa en materia de seguridad industrial. Haciendo gala de un conocimiento exhaustivo de las fuentes históricas, la autora demuestra cómo las tareas administrativas de inspección y control se van conformando en función del propio avance tecnológico. Así, la inicial tarea de fomento de la innovación técnica queda pronto relegada, a impulsos del desarrollo tecnológico, por una creciente reglamentación administrativa de las condiciones técnicas que disciplinan la producción industrial que se ve complementada por un complejo sistema de control del cumplimiento de dicha reglamentación. Este modelo de control se articula en España en torno a los Cuerpos Especiales de ingenieros industriales que, a imagen de lo que sucedía en Francia, se insertan en la Administración para ejercer desde el propio aparato administrativo –en la clásica expresión de Weber– “la dominación gracias al saber”. No es este, sin embargo, el modelo de países como Alemania o Inglaterra en los que el control de la técnica y sus riesgos se ha encomendado siempre a entidades privadas especializadas.

Es justamente ese otro modelo que confía el tratamiento jurídico de los riesgos al sector privado el que definitivamente se ha impuesto en Europa a partir del llamado “nuevo enfoque” con el que las instancias comunitarias quisieron remediar las deficiencias que presentaba el sistema clásico, en el que las funciones de reglamentación y control de la seguridad y calidad de los productos dependían de la acción de los poderes públicos. En el Capítulo segundo de la obra, Dolors CANALS explica las causas que has determinado la implantación de este nuevo sistema de control de la técnica y sus riesgos. Entre las razones de esta evolución la principal es, sin duda, la incapacidad de la Administración para dominar el conocimiento técnico preciso, lo que determina la obsolescencia y la insuficiencia de las estructuras materiales y personales de la Administración Pública para ejercer las funciones públicas de las que es titular. El recurso al sector privado por la incapacidad del aparato público ha determinado, así, una modulación de las relaciones Estado-sociedad en el ámbito de la técnica que ha dado entrada a fórmulas de colaboración privada de una intensidad hasta ahora desconocidas. Se produce, con ello, una nueva correlación en el ejercicio de poder público entre el Estado y la sociedad en la que la legitimación jurídica del ejercicio de autoridad parece fundarse en el conocimiento técnico del que es depositario el sector privado, configurado como un “para-Estado” autorregulado del conocimiento experto.

Como consecuencia de ello, se ha producido una redefinición de la órbita de actuación de la Administración pública, que ahora se ve reducida a proporcionar garantías de objetividad a un sistema que ha cambiado sus presupuestos de legalidad y legitimidad, al tiempo que se aprecia una notable modulación de las instituciones jurídicas que afloran en el sistema de control del riesgo, poniéndose de manifiesto que la técnica es un constante factor de ajuste del Derecho. Así lo prueba, entre otros datos, el hecho de que, frente a la complejidad técnica, el Derecho haya reforzado la dimensión colectiva de los bienes jurídicos afectados, como la salud o el medio ambiente, dando carta de naturaleza, incluso, a un incipiente Derecho penal de los riesgos. La creciente relevancia del componente técnico de muchas de las resoluciones administrativas es también un importante factor de modulación de señeras instituciones como el procedimiento administrativo o la autorización. Y también se explican en este contexto las tendencias de “objetivización” del sistema de responsabilidad civil frente a los riesgos, o el hecho de que en el sistema de responsabilidad de la Administración el factor técnico se conecte a una especie de “cláusula de progreso” en la que el “estado de los conocimientos” aparece como una factor exonerante, como justificación la no anti-juridicidad del daño.

En el Capítulo tercero se estudian pormenorizadamente la tipología y el régimen jurídico de las entidades privadas que actúan en los sectores afectados por el elemento de la técnica. El origen aislado y sectorial de estas entidades y la distinta naturaleza de las funciones públicas que realizan justifica su estudio diferenciado. En concreto, la autora analiza las Entidades colaboradoras en materia de seguridad industrial; las Entidades de inspección y control reglamentario; los organismos de control; las Estaciones de inspección técnica de vehículos; las Entidades de inspección técnica de embarcaciones de recreo; las Entidades de clasificación, inspección y control en materia de seguridad y contaminación marítima; y, finalmente, las Entidades colaboradoras en la protección del medio ambiente industrial. El rastreo de la legislación sectorial es verdaderamente exhaustivo, y ninguna obra aparecida hasta ahora daba tan cumplida cuenta de todos los sectores en los que se desarrolla la actividad de colaboración técnica de particulares en el ejercicio de funciones de control de riesgos.

Como señala la autora, las características más sobresalientes en los ámbitos en que se presenta este nuevo modelo de control de los riesgos pueden resumirse en dos: de una parte, el tránsito de responsabilidades hacia la esfera privada en el ejercicio de funciones públicas de naturaleza jurídico-administrativas; auténticas funciones de autoridad; y, de otra, la articulación de mecanismos de supervisión y fiscalización pública del ejercicio privado de dichas funciones. Estas características son los hilos conductores de los dos últimos Capítulos de la obra, en los que al abordar los esenciales temas de la naturaleza jurídica de la traslación de funciones a los particulares y del correlativo papel que le corresponde a la Administración como garante del sistema, la autora eleva el tono de la reflexión analizando de lleno todas las implicaciones del fenómeno para la dogmática del Derecho público, lo que permite situar cabalmente la comprensión del problema.

El Capítulo cuarto constituye una sugerente y luminosa relectura de la teoría de la autoridad administrativa en la que, partiendo de conceptos clásicos bien asentados en la legislación y en la jurisprudencia, la autora analiza las nociones de “condición de autoridad”, “agente de la autoridad”, o “ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos” a la luz del fenómeno de traslación del ejercicio de las funciones de inspección, certificación y control de los riesgos de la técnica al sector privado, para concluir que es la *auctoritas*, entendida en su sentido originario de poder de decisión vinculante, lo que se cede a los particulares en un fenómeno que toca de lleno los pilares centrales que sostienen el mecanismo de atribución de potestad del Estado de Derecho. El ejercicio de autoridad se erige así, como señala con toda razón la autora, en una

línea divisoria clara entre el Derecho Público y el Derecho privado, con independencia de la naturaleza –pública o privada- del sujeto que desarrolle la esfera de poder. De esta forma, puede afirmarse con la autora que el criterio funcional y material del ejercicio de potestades administrativas es un criterio clave –más que otros de mayor arraigo doctrinal- para la aplicación del Derecho Administrativo. Criterio que, por lo demás, reclama cada vez con mayor insistencia la reformulación de los conceptos de Administración pública y de Derecho Administrativo en torno a los conceptos de autoridad y ejercicio de funciones públicas, pues hoy ya no cabe duda que el movimiento colaborador y los fenómenos de ejercicio privado de funciones públicas que éste conlleva reafirman la disolución actual de la presunta correlación existente entre órganos públicos y funciones públicas, e, incluso, entre actos administrativos y sujetos públicos.

En el Capítulo quinto y final de la obra se analizan los mecanismos de atribución de autoridad a sujetos privados, el sistema de control y fiscalización de su actividad por parte de la Administración y el régimen de la responsabilidad resultante. A lo largo de su lectura se comprueba que la compleja relación entre técnica y Derecho coadyuva significativamente al proceso de concentración de recursos y de remodelación de estructuras de gestión que nos aboca hacia un nuevo orden corporativo en el que el sector privado aparece estrechamente ligado a la esfera de lo público. En esta redefinición del papel de la sociedad y del Estado, la retirada de la Administración no debe suponer una disminución del protagonismo público en la gestión y la valoración jurídica de los riesgos tecnológicos, sino una mutación del papel que tradicionalmente desempeñaba aquélla como protagonista absoluto del eje prevención-corrección del riesgo. Se trata, en suma, de desandar parte del camino que media entre la gestión directa del servicio y la mera la policía de limitación. Ahora bien, la actividad de valoración y gestión de los riesgos que genera el progreso tecnológico se ve ahora necesitada de un nuevo arsenal de técnicas jurídicas que permitan una efectiva reconducción del proceso a la esfera de los intereses públicos. Técnicas que reflejen que el abandono del monopolio estatal en la satisfacción de las necesidades públicas puede quedar sustituido y compensado eficazmente por un papel de dirección, de necesaria armonización para reducir a la unidad la compleja gama de actuaciones procedentes de la pluralidad de entes de distinta naturaleza que hoy reciben el encargo de atender necesidades de interés general. Este es el reto (nada menos) al que se enfrenta la “escuela catalana” que lidera ESTEVE PARDO, y en la que se inscribe de forma muy destacada Dolors CANALS, cuyas aportaciones habrá que seguir muy de cerca en el futuro.

J. ANTONIO CARRILLO DONAIRE