

Mg

Monografías

Riesgos y Derecho Administrativo

Desde el control a la regulación

Christian Rojas Calderón

ediciones
DER

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

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

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

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

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

RIESGOS Y DERECHO ADMINISTRATIVO DESDE EL CONTROL A LA REGULACIÓN

© Christian Rojas Calderón

2019 DER EDICIONES LIMITADA

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

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 301475

ISBN 978-956-9959-47-9

Primera edición, abril de 2019 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 400 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

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

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

Para Santiago, que nunca se rinde.

ÍNDICE

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

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

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

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

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

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

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

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

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