



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

KARINA DEL PILAR MARTÍNEZ MAULÉN

Profesor guía: Cristian Román Cordero

Santiago de Chile
2019

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente a la académica española Belén Marina Jalvo, por su generosidad y excelente disposición. También le doy gracias al profesor Cristian Román por acompañarme de manera incondicional en este largo camino.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: MEDIDAS PROVISIONALES.....	14
1. Medidas Provisionales. Aspectos Generales.....	14
1.1. Concepto de Medida Provisional	14
1.2. Características	18
1.3. Presupuestos.....	22
1.3.1. Fumus boni iuris.....	23
1.3.2. Periculum in mora.....	25
1.4. Principios	27
1.4.1. Legalidad y Tipicidad.....	29
1.4.2. El Principio de Proporcionalidad: Un límite a las medidas provisionales	33
a) El Principio de Proporcionalidad en general	33
b) El Principio de Proporcionalidad en las Medidas Provisionales	36
2. Procedimiento de Adopción de las medidas provisionales bajo la Ley N° 19.880.....	39
2.1. Descripción	40
2.1.1. Elementos comunes a toda medida provisional	41
a) Órgano competente.....	41
b) Impulso procesal.....	43
c) Discrecionalidad	43
2.1.2. Medidas adoptadas durante el proceso administrativo.....	45
2.1.3. Medidas adoptadas antes del inicio del proceso administrativo.....	48
2.2. Análisis Crítico. Vacíos en la reglamentación	50
CAPÍTULO II: LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES	58
1. Medidas provisionales en los procedimientos sancionadores	58
1.1. Consagración normativa.....	60
a) Ámbito sanitario. Farmacéutico.....	60
a.1) Competencia para adoptarlas.....	61

a.2)	Presupuestos habilitantes. El caso justificado y el riesgo inminente	64
a.3)	Medidas que pueden adoptarse.....	67
b)	Ámbito medioambiental.....	71
b.1)	Medidas urgentes y transitorias.....	72
b.2)	Medidas provisionales ambientales.....	73
b.2.1)	Presupuestos habilitantes (Art. 48 inc.1 y 2).....	73
b.2.2)	Medidas que pueden adoptarse (Art. 48 inc.1).....	76
b.2.3)	Principio de proporcionalidad (Art. 48 inc. 2)	78
b.2.4)	Provisionalidad. (Art. 48 inc. 3).....	80
b.2.5)	Autorización del Tribunal Ambiental (Art. 48 inc. 4)	82
c)	Ámbito eléctrico	84
1.2.	Presupuestos.....	88
1.3.	Principios. Su particular aplicación a las medidas decretadas en el ámbito sancionador	95
1.3.1.	Legalidad y Tipicidad	96
1.3.2.	Proporcionalidad	101
a)	El Principio de Proporcionalidad y la Sanción Administrativa ...	102
b)	El Principio de Proporcionalidad en las Medidas Provisionales adoptadas en un procedimiento administrativo sancionador	106
1.3.3.	Presunción de Inocencia.....	109
2.	Aplicación supletoria de la ley N°19.880 a los procedimientos administrativos.....	114
2.1.	La Supletoriedad de la Ley	114
2.2.	La aplicación supletoria de la LBPA a los procedimientos administrativos.....	116
3.	Aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 a los procedimientos administrativo sancionadores en cuanto a medidas provisionales.....	119
3.1.	Planteamiento.....	119
3.2.	Aplicación frente a los vacíos de la legislación sectorial que contempla medidas provisionales	121
a)	Ámbito Medioambiental	122
b)	Ámbito Sanitario.....	124
c)	Ámbito Eléctrico.....	125

3.3. Aplicación en los procedimientos sancionadores en que la legislación sectorial no contempla medidas provisionales127

CONCLUSIONES.....134

BIBLIOGRAFÍA.....142

RESUMEN

El tiempo que transcurre desde el inicio del proceso administrativo hasta su terminación con la dictación de una resolución final, puede ir en detrimento de los derechos involucrados en el caso concreto, e incluso hacer peligrar la eficacia de la potencial resolución final. La herramienta de que dispone la Administración para responder con celeridad a la necesidad de proteger los intereses en riesgo, durante la tramitación del proceso administrativo e incluso antes de que éste inicie, son las medidas provisionales, contempladas de manera general en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. Desprovistas de una regulación exhaustiva en la mayoría de las áreas del Derecho Administrativo, el desafío principal es dilucidar si la Ley de Bases habilita de manera general a los órganos de la Administración para la adopción de las medidas provisionales; considerando además, que las autoridades competentes han venido decretando medidas provisionales guiadas por su discrecionalidad, en un terreno donde conceptos tan indeterminados como el riesgo, la proporcionalidad, y la proyección del eventual contenido de la resolución final, son los parámetros de su decisión, resulta fundamental el establecimiento de los aspectos centrales de las medidas provisionales, y avanzar hacia la generación de una norma de aplicación general que se baste a sí misma, eliminando todo atisbo de arbitrariedad.

ABSTRACT

The time that passes between the start of the administrative process up to its termination with the pronouncement of a final resolution, can be detrimental to the rights involved in the actual case, as well as endangering the final resolution's efficacy. Provisional measures are the tools available to administration that are used as a rapid response to the necessity of protecting the interests at risk during the administrative process – including before its commencement. These are taken into account in a general manner in the Basis of Administrative Procedures Law (*Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos*). As the majority of areas of the Administrative Law are devoid of any exhaustive regulation, the main challenge is to determine if the Basis Law authorizes in a general way the organs of the Administration for the adoption of the provisional measures. Considering, moreover, that the competent authorities have acted by decreeing provisional measures guided by their own discretion in a terrain where concepts so indeterminate such as risk, proportionality and the effect of the potential contents of the final resolution are the parameters of their decision, is essential the establishment of the

central aspects of the provisional measures, and advance towards the generation of a general applicable standard that is sufficient in itself, eliminating all shadow of arbitrariness.

INTRODUCCIÓN

El procedimiento administrativo es la forma de la función administrativa, el conducto por el cual se manifiesta la voluntad del administrador exteriorizada en el acto administrativo. La Ley N° 19.880 que “Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”, conocida bajo la sigla LBPA, define en su artículo 18 este procedimiento como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tenga por finalidad producir un acto administrativo terminal.”

Como todo procedimiento, el procedimiento administrativo necesariamente conlleva tiempo, que varía dependiendo de la duración de su tramitación. Las medidas provisionales pretenden mitigar los efectos negativos que pueda generar el transcurso del tiempo que tarda la tramitación del proceso, desde su incoación hasta su terminación con la resolución final, puesto que, “asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer” al término del proceso, es el fin que subyace a la adopción de toda medida provisional.

El artículo 32 de la LBPA regula las medidas provisionales en los términos más amplios, y acorde con el ámbito de aplicación de la propia ley, establece las bases de estas medidas para todo procedimiento administrativo. Nuestra disposición se encuentra inspirada en la legislación española, específicamente en el artículo 72 de la Ley 30/1992, actualmente derogada, y reemplazada por la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que en su artículo 56 regula las medidas provisionales y, aunque sin estar exenta de críticas, salva algunas de las críticas que recibía la norma que la precedía, todas las cuales son aplicables a nuestra normativa vigente.

Entre las principales objeciones que es posible formular a nuestro artículo 32 están las siguientes: en primer lugar, la disposición se encuentra redactada en términos excesivamente genéricos, dando amplia cabida a la discrecionalidad, limitada exclusivamente por el principio de proporcionalidad; en segundo lugar, no existe un catálogo de medidas que ejemplifique cuáles podrían decretarse en determinadas situaciones, quedando entregada su determinación a la legislación sectorial, o en su defecto, a la exclusiva discrecionalidad de la autoridad administrativa competente; en tercer lugar, respecto de las medidas adoptadas antes del inicio del proceso no se exige que los supuestos que habilitan su adopción estén contemplados en una norma con rango de ley, lo que es bastante llamativo, pues la normativa española que inspira a nuestra disposición, el artículo 72 de la Ley 30/1992, sí lo

consideraba; y en cuarto lugar, finalizando con esta enunciación no taxativa, de las palabras de la norma se desprende que es facultativo para la autoridad administrativa levantar o modificar las medidas decretadas frente a la alteración de las circunstancias que motivaron su adopción, en circunstancias en que, la lógica indica, que la adecuación a las circunstancias sobrevinientes resulte forzosa.

Si la normativa sectorial regulase detalladamente las medidas provisionales, los vacíos que presenta el artículo 32, así como las críticas que se le formulan, podrían ser salvadas. Sin embargo la realidad es que en la mayoría de los ámbitos de competencia de la Administración no existe siquiera alusión a la adopción de este tipo de medidas. Así, en materia de Derechos del Consumidor, la Ley N° 19.496 que “Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, no contempla entre las facultades del Servicio Nacional del Consumidor la adopción de medidas provisionales; también en el ámbito de Educación, la Ley N° 20.529 que crea la Superintendencia de Educación, no considera entre las potestades de este organismo, la posibilidad de adoptar las medidas en cuestión. En otros ámbitos se faculta a la autoridad competente para la adopción de estas medidas, aunque sin complementar la regulación del artículo 32 de la LBPA; esto ocurre en materia de Telecomunicaciones, donde el artículo 24 del Decreto 194 de 2013, que “Aprueba el Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones”, considera entre las facultades de la Subsecretaría de Telecomunicaciones la adopción de medidas provisionales “en virtud de lo previsto en el artículo 32° de la Ley N° 19.880”.

No obstante lo anterior, existen ámbitos que regulan las medidas provisionales, desarrollando, de alguna manera, lo preceptuado en el artículo 32. Así por ejemplo en materia eléctrica el artículo 3 N° 22 de la Ley N° 18.410 que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles reconoce la facultad del Superintendente de adoptar “medidas transitorias” y define la finalidad de estas medidas. En tanto que en materia sanitaria, el artículo 178 del Código respectivo (D.F.L N° 725) faculta a la autoridad competente para decretar “medidas sanitarias”, y enuncia brevemente el procedimiento de adopción, entregando un listado de posibles medidas.

Por su parte, el ámbito medioambiental destaca por su regulación de las medidas provisionales, contenida en el artículo 48 de la Ley Orgánica que Crea la Superintendencia de Medio Ambiente (Ley N° 20.417), que contempla una regulación acabada de las medidas provisionales, estableciendo un listado de posibles medidas, las bases del procedimiento de su adopción, con remisión expresa al artículo 32, así como las circunstancias que deben ser ponderadas para decretar una medida de este

tipo, e incorpora además, la necesidad de contar con autorización previa del Tribunal Ambiental para decretar las medidas más intensas del catálogo de medidas que el mismo artículo dispone.

Sin embargo el caso de la ley de Medio Ambiente es excepcional y la realidad es que la mayoría de las áreas del Derecho Administrativo no contemplan la existencia de las medidas provisionales, en tanto que aquellas escasas materias que se refieren a estas medidas, no las regulan de manera completa y acabada.

Con una norma como el artículo 32 de la LBPA, redactado en términos amplios y ubicado en una ley de aplicación general, cabe cuestionarse si es posible que reciba aplicación supletoria. Este cuestionamiento se concretiza en dos interrogantes centrales para este trabajo: la primera de ellas relativa a aquellas materias que regulan las medidas provisionales, y también a aquellas que simplemente contemplan la facultad de la autoridad competente de disponerlas, en todas estas materias ¿aplica supletoriamente el artículo 32, llenando las lagunas de la normativa sectorial?; y la segunda interrogante se remite a aquellas materias que no mencionan siquiera la posibilidad de adoptar una medida provisional, en ellas, ¿se encuentra facultada la autoridad administrativa para disponer medidas provisionales?, lo que en definitiva pretende dilucidar si el artículo 32 es una norma que otorgue competencia general para la adopción de estas medidas.

En orden a resolver estas interrogantes, el presente estudio se estructura en dos capítulos.

Un Primer Capítulo denominado Teoría General de las Medidas Provisionales, estudia las medidas provisionales desde su perspectiva más general, teniendo aplicación respecto de toda medida, independiente del procedimiento en el que sea adoptada. Este capítulo contempla aspectos básicos de la materia, tales como el concepto de medida provisional, sus características, los presupuestos que deben concurrir para decretar una medida de este tipo, los principios que orientan su adopción y el procedimiento que se sigue para disponerlas, distinguiendo entre aquellas medidas que son decretadas antes del inicio del proceso y aquellas que lo son durante la vigencia del proceso.

El Capítulo II está dedicado exclusivamente a las medidas decretadas en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador, y se divide en tres partes. En la primera parte analizan algunos de los aspectos revisados en el Capítulo I, ahora desde la óptica de esta rama del derecho administrativo, considerando el análisis de resoluciones y casos prácticos, así como la diversa regulación sectorial aplicable, desarrollando, particularmente los ámbitos sanitarios, medioambiental y eléctrico. La segunda parte sirve de base para el desarrollo de la tercera parte, y se preocupa de la aplicación supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, considerando también el estudio del principio de supletoriedad. Finalmente, la tercera parte se refiere a la aplicación

supletoria del artículo 32 de la LBPA respecto a toda medida provisional, e intenta resolver las interrogantes centrales de este trabajo.

A partir del análisis normativo, de la jurisprudencia (principalmente administrativa), y del estudio de la doctrina existente en los distintos aspectos del presente ensayo, se pretende lograr establecer las bases de las medidas provisionales. Finalmente se tendrá a la vista lo señalado desde el derecho español, tanto por su normativa, como por su doctrina y jurisprudencia, que por su profuso desarrollo y similitudes con nuestra legislación, configura un obligado referente en la materia.

CAPÍTULO I: MEDIDAS PROVISIONALES

El Capítulo I comprende la revisión de los aspectos centrales de las medidas provisionales que podrían, inicialmente, ser decretadas en cualquier procedimiento administrativo. Para ello, el capítulo se divide en dos títulos: el primero de ellos denominado “Medidas Provisionales. Aspectos Generales” establece el marco teórico de estas medidas, incluyendo su conceptualización, y el establecimiento de los elementos que las definen y determinan su dictación; el segundo título, denominado “Procedimiento de Adopción de las medidas provisionales bajo la Ley N° 19.880”, considera el estudio de este procedimiento desde la perspectiva de las medidas decretadas durante la vigencia de un proceso administrativo, como de aquellas adoptadas antes de que éste inicie, siempre con una visión crítica.

1. Medidas Provisionales. Aspectos Generales.

En este título se desarrollan los aspectos centrales de las medidas provisionales desde una perspectiva general, en su aplicación a cualquier procedimiento administrativo, sin distinción. Si bien, comúnmente su adopción se encuentra vinculada a un procedimiento administrativo sancionador, la Ley N° 19.880, que consagra las medidas provisionales en el Derecho Administrativo nacional -a partir de su regulación en el artículo 32- rige respecto de todo procedimiento administrativo¹, lo cual sumado a los términos generales en que se encuentra redactado el mencionado artículo 32, permite comprender que las medidas provisionales pueden ser decretadas en todo procedimiento administrativo.

El presente acápite inicia con la definición de las medidas provisionales, para luego pasar a revisar sus características, los presupuestos de su adopción, y terminar por analizar ciertos principios que se ven involucrados al momento de decretar una de estas medidas. Las líneas que se siguen, pretenden servir de base para la comprensión de las aristas más complejas que rodean la adopción de una medida provisional.

1.1. Concepto de Medida Provisional

Las medidas provisionales, de acuerdo al artículo 32 de la Ley N° 19.880 que “Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del

¹La Ley N° 19.880 podría tener aplicación incluso respecto de aquellos procedimientos especiales regulados por sus propias leyes, donde regiría de manera supletoria. Esto será determinado en el Capítulo II, Aplicación frente a los vacíos de la legislación sectorial que contempla medidas provisionales, p. 120.

Estado”, en adelante LBPA, son aquellas medidas que adopta el órgano administrativo competente, iniciado o no el procedimiento administrativo, con la finalidad de, respectivamente, proteger la eficacia de la resolución, o ciertos intereses que requieren de protección urgente, y que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

A partir de la definición entregada, es posible desprender que las medidas provisionales se encuentran indefectiblemente vinculadas al procedimiento administrativo, ya que pueden ser adoptadas una vez que se ha iniciado éste, o antes de que ello ocurra, pero, en ese caso, con la obligación de que el procedimiento administrativo sea iniciado en un plazo máximo de 15 días, según dispone el mismo artículo 32 en su inciso segundo. Veremos más adelante que los presupuestos de adopción de una medida provisional varían dependiendo del momento en que sean decretadas, no obstante ello, es importante desde ya, destacar que las decretadas antes del inicio del procedimiento administrativo, envuelven una mayor urgencia en su adopción.

A nivel nacional, es escaso el tratamiento doctrinario que se les ha brindado a las medidas provisionales, sin embargo, existe jurisprudencia administrativa respecto a la materia, aunque muy apegada a la definición legal. En este sentido, el Tribunal Constitucional, definió las medidas provisionales en su sentencia Rol 2731 de 26 de Noviembre de 2014, como aquellas medidas adoptadas por la Administración “para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer en el procedimiento administrativo”².

Por su parte, la Contraloría General de la República (CGR) se ha pronunciado en múltiples dictámenes respecto a las medidas provisionales. En dictamen N° 42.373 de 2012, se pronunció en términos amplios, expresando que “(...) no se advierte impedimento para que la correspondiente autoridad adopte las medidas provisionales que estime oportunas, siempre que ello se haga con sujeción a lo estatuido en el artículo 32 del referido texto legal y no altere la naturaleza del procedimiento especial de que se trate.”

En lo relativo a las medidas provisionales dictadas una vez iniciado el procedimiento, la CGR señaló que “aquellas han de adoptarse por el órgano administrativo, en el ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 32, inciso primero, de la ley N° 19.880, de oficio o a petición de parte, para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer y siempre que existan elementos de juicio suficientes para ello”. Así el dictamen N° 101.183 de 2015 y en términos idénticos el dictamen N° 67.939 de 2016. De igual manera, los dictámenes N° 16.766 y 30.077, ambos de 2013, indicaron que “en conformidad al inciso primero del artículo 32 de la ley N° 19.880, -corresponde que el órgano administrativo- pondere la aplicación de medidas provisionales a partir del inicio del procedimiento

²STC, Rol 2731-14, 26.11.2014, 62 (43)

administrativo en comento, las que pueden adoptarse solo si ellas son oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que se adopte y si existen elementos de juicio suficientes para ello”. A su vez, los dictámenes N° 82.040 de 2014, y 047.314 de 2015, han mantenido la misma línea conceptual.

Por otro lado, la Contraloría también se ha pronunciado respecto a las medidas provisionales adoptadas antes del inicio del procedimiento, expresando: “que el artículo 32 de la ley N° 19.880 regula el establecimiento de medidas provisionales, las que, excepcionalmente, pueden adoptarse previo al inicio del procedimiento administrativo respectivo, “en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados”, exigiéndose para ello que éstas sean confirmadas, modificadas o levantadas al iniciarse el procedimiento, lo que debe efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción (...)” , dictamen N° 34.598 de 2015, y en iguales términos el dictamen N° 78.967 de 2016.

Desde el Derecho Administrativo Hispano, se han desarrollado de manera significativa estas medidas, recogiendo en numerosas disposiciones legales³, así como, en su doctrina y jurisprudencia. En este punto es pertinente acotar que en España, la “denominación de las medidas que son objeto de análisis no es una cuestión unánime, ya que tanto en la normativa como en la doctrina suelen utilizarse indistintamente las expresiones ‘medidas provisionales’ y ‘medidas cautelares’”⁴⁵.

Nuestro artículo 32 se encuentra inspirado en el artículo 72 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)⁶,

³A modo de ejemplo, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (1398/1993), así también las recogen leyes de las Comunidades Autónomas, y leyes sectoriales como: Ley de Funcionarios Civiles del Estado, y el respectivo Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios Civiles del Estado; Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana, Ley Orgánica de Seguridad Privada; Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley General de Sanidad; Ley de Bases sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; entre otras.

⁴Agrega el autor que: “Los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo utilizan mayoritariamente la denominación ‘medidas cautelares’ (...) (r)eciben la misma denominación, por tanto que las ‘medidas cautelares’ que pueden acordarse en el proceso contencioso-administrativo”. PONS C. F. 2001. Las medidas provisionales en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Monografías Jurídicas. Madrid. Marcial Pons. p. 19.

⁵En el mismo sentido la académica española Belén Marina Jalvo, ha expresado respecto a disposiciones de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), que las medidas cautelares reguladas en los artículos 90.3 y 117.4, comparten la misma naturaleza de las medidas provisionales contempladas en el artículo 56, de esta forma: “el art. 56 no es el único precepto de la LPAC relativo a las medidas provisionales (...) la LPAC denomina «cautelares» a las medidas referidas en los mencionados artículos 90.3 y 117.4, por ser adoptadas cuando ya se ha dictado la resolución que pone fin al procedimiento, si bien ésta no es ejecutiva o su ejecución permanece suspendida. En realidad, estas medidas participan de la misma naturaleza de las medidas contempladas por el art. 56, puesto que, en ambos casos, concurre la nota de provisionalidad, y unas y otras tienen la finalidad cautelar de asegurar los fines pretendidos con la resolución.” MARINA J., B. 2017. Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Revista Vasca de Administración Pública. I (109). p. 165.

⁶**Artículo 72. Medidas provisionales. 1.** Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello. **2.** Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de

contando ambas disposiciones -nacional e hispana- con una redacción prácticamente idéntica⁷. Al igual que la norma chilena, el artículo 72, establece una necesaria vinculación de las medidas provisionales con el procedimiento, por lo cual “en los casos en que una medida provisional sea adoptada antes de la iniciación del procedimiento, tal como establece el apartado segundo del artículo 72 de la LRJPAC, la incoación del procedimiento en breve plazo es condición imprescindible para el mantenimiento de la medida en cuestión”⁸. Esta vinculación de las medidas provisionales a un procedimiento principal se relaciona con la provisionalidad de las mismas, como veremos más adelante (*vid. Infra*, Características, p.16).

Sin embargo, el artículo 72 presenta una diferencia con la disposición chilena, y es que precepto hispano exige que las medidas adoptadas antes del inicio del procedimiento estén expresamente previstas por una norma con rango de ley, lo cual configura una limitación a la discrecionalidad de la autoridad administrativa a la hora de decretar medidas de este tipo. En el ámbito nacional no existe una limitante similar en la imposición de medidas provisionales decretadas previo al inicio del procedimiento.

Ahora bien, la Ley 30/1992, fue derogada el año 2015 por la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), que otorga una completa regulación a las medidas provisionales en su artículo 56, desde donde es posible desprender, a modo de definición, que este tipo de medidas corresponden a una decisión administrativa motivada, emanada de oficio o a petición de parte, que puede ser adoptada dentro del procedimiento administrativo, con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, o bien antes de la iniciación del procedimiento, con el objetivo de proteger provisionalmente los intereses involucrados cuando una urgencia inaplazable así lo requiera. “Pese a que la LPAC refiera la protección provisional de los intereses

Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas. **3.** No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes. **4.** Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

⁷Al respecto, LARA, J. y HELFMANN, C., han expresado, conforme a la historia de la Ley, que “fue a partir de una indicación formulada por el Senador señor Enrique Silva Cima, que se agregó el articulado actual de la ley. De esta manera, el referido Senador propuso en el artículo 22 la procedencia de las medidas provisionales, consagrando un texto idéntico al de la Ley de Procedimiento Administrativo Español (...)”. Si bien los Senadores Zaldívar y Cariola sugirieron eliminar el artículo, la propuesta fue rechazada de manera unánime por los miembros presentes de la Comisión, que consideraron pertinente incorporar las medidas provisionales a la referida ley. Es así como “este nuevo articulado de la Ley N° 19.880 fue extraído casi íntegramente de la Ley de Procedimiento Administrativo Español (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), específicamente en el caso de las medidas provisionales del artículo 72 (...)”. LARA, J. y HELFMANN, C. 2010. Las medidas provisionales y la Ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo: Reflexiones acerca de su sentido y alcance. *Ius Publicum* (25). p. 62, 63.

⁸MARINA J., B. 2007. Medidas provisionales en la actividad administrativa. Valladolid, Lex Nova. p. 33

implicados a las medidas provisionales de posible adopción antes de la iniciación del procedimiento, es obvio que esta misma finalidad puede ser atendida por las medidas provisionales acordadas al inicio o durante la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo”⁹.

1.2. Características

Las medidas provisionales, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional de Chile, “reúnen las características típicas de las medidas cautelares: **instrumentalidad** (protección provisional de los intereses implicados), **temporalidad** (pueden ser confirmadas, modificadas o levantadas), **urgencia** (buscan asegurar la eficacia de la decisión) y **homogeneidad** (vinculación entre la medida y la decisión final)”¹⁰.

La instrumentalidad, es definida por el TC como la orientación hacia una finalidad específica, finalidad que consiste, en la protección provisional de los intereses implicados. Sin embargo, no podemos omitir que el artículo 32 de la Ley N° 19.880, considera como finalidad trascendente de las medidas provisionales el resguardo de la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, este objeto es identificado por el TC con el concepto de urgencia. En otras palabras, la instrumentalidad de las medidas provisionales consiste en que éstas se orientan hacia una finalidad, que siempre será la protección de la eficacia de la potencial resolución final, y de un modo más específico, en ocasiones podrá ser la protección provisional de los intereses implicados. Esta materia será analizada con más detalle al referirnos a la finalidad de las medidas en cuestión, y veremos en el Segundo Capítulo, que las medidas pueden tener ambas finalidades independiente del momento de su adopción (*vid. Infra*, Análisis crítico. Vacíos en la reglamentación, p. 48).

No obstante lo anterior, la instrumentalidad, puede ser analizada desde otra arista, como sinónimo de accesoriedad. Bajo esta perspectiva, la instrumentalidad se traduce, en que la adopción de una medida provisional se efectúa en el seno de un procedimiento, y sigue la misma suerte que el procedimiento, puesto que es accesoria a él. Esta característica también está presente en aquellas medidas que son adoptadas antes del inicio del procedimiento, ya que si bien nacen separadas de éste, no alcanzan a ser autónomas, toda vez que su supervivencia depende de lo que se determine al inicio del procedimiento (donde se definirá si se mantienen, modifican o levantan las medidas adoptadas), y es tal la instrumentalidad o accesoriedad, que entre la adopción de la medida y el inicio del

⁹MARINA J., B. 2017. Op. cit. p. 169.

¹⁰STC, 2731-14, 26.11.2014, p. 62 (C-43).

procedimiento no pueden mediar más de 15 días, ya que de lo contrario, la medida se extingue de pleno derecho¹¹.

La académica española Belén Marina se refiere a esta accesoriedad en su libro “Medidas provisionales en la actividad administrativa”, sosteniendo que “la vinculación de las medidas cautelares a un procedimiento es, hoy por hoy, una exigencia legal”, y agrega que esta vinculación de las medidas al procedimiento “está ligada a la nota de provisionalidad de éstas -en el sentido de suplir temporalmente a la resolución que pondrá fin a dicho procedimiento-, por lo que, si desaparece el nexo procedimental, se cuestiona también el carácter provisional de dichas medidas”¹².

La segunda característica que menciona el Tribunal Constitucional, es la temporalidad, también denominada provisionalidad, que consiste en que estas medidas no tienen una duración indefinida en el tiempo, así como tampoco un plazo fijo; ellas son adoptadas con el objeto de responder con la mayor celeridad posible a la necesidad de resguardar la eficacia de la resolución final, sin esperar -por lo adversa que puede resultar la espera para los derechos e intereses implicados en el caso- a la dictación de dicha resolución, y se mantienen, por lo tanto, mientras lo hagan las circunstancias que motivaron su adopción. Ahora bien, con el fin del procedimiento termina la vigencia de la medida, así lo consigna el inciso final del artículo 32 al indicar que “se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.”.

La relación existente entre la medida provisional y la decisión final del procedimiento, es lo que el TC denomina homogeneidad. Esta última característica, consiste en que la medida provisional, posee la misma naturaleza que la resolución adoptada al término del procedimiento administrativo, así por ejemplo, en el ámbito sanitario sancionador, la clausura provisional de un establecimiento, es homogénea a la clausura que se impone como sanción, ya que ambas poseen la misma naturaleza.

Sin embargo, no resulta apropiado sostener que la homogeneidad sea una característica de las medidas provisionales. En primer lugar, porque es una característica que se encuentra limitada al ámbito administrativo sancionador. En segundo lugar, porque en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador puede ocurrir que no sea posible establecer la responsabilidad del fiscalizado, y en consecuencia ese proceso no finalice con la imposición de una sanción; de este modo, solo en los casos en que la resolución final se pronuncia estableciendo una sanción, se podría establecer

¹¹ Así lo establece el ya mencionado artículo 32 de la Ley N° 19.880, que en sus incisos 2 y 3 señala: “ Sin embargo, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes. Estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, las medidas a que se refiere el inciso anterior, quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo, o cuando la decisión de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.”

¹²MARINA J., B. 2007. Op. cit., p. 33.

una relación entre dicha sanción y la medida provisional. Y por otra parte, aún en los casos en que el procedimiento finalice con la imposición de una sanción, es perfectamente posible que la medida provisional sea de naturaleza diversa a la sanción que se establece al final del proceso, porque en definitiva el contenido de la medida, en palabras del Tribunal Constitucional Español, “no tiene por qué ser idéntico al de la resolución cuya operatividad se pretende preservar”¹³. En síntesis, la medida provisional que adopte el órgano administrativo, debe ser aquella que estime, al momento de su adopción, como la más adecuada para resguardar la eficacia de la resolución o proteger provisionalmente los intereses implicados, no existiendo una necesaria relación de homogeneidad con la sanción que dicho órgano imponga al final de un procedimiento administrativo sancionador.

Además de las características señaladas por nuestro Tribunal Constitucional, a partir del estudio de las medidas provisionales, es posible desprender otras, como son, la excepcionalidad, la mutabilidad y la discrecionalidad. A continuación se procede al análisis de cada una de ellas.

La adopción de las medidas provisionales debe ser excepcional, en primer lugar porque los elementos que justifican su adopción (*vid. Infra*, Presupuestos, p. 20) son inciertos, en el sentido de que no son capaces de brindar certeza absoluta, tanto respecto a la verosimilitud de la pretensión como respecto al peligro de ineficacia de la resolución final; solo una vez que finaliza el procedimiento, es posible contar con seguridad respecto a ellos; y en segundo lugar, pero no menos importante, por lo gravosas que pueden resultar para su destinatario o sujeto pasivo, y en un espacio tan incierto como el de las medidas provisionales, la Administración debe ser especialmente cautelosa con su adopción.

La mutabilidad, por su parte, se refiere a que “las medidas deben adoptarse atendiendo a las circunstancias presentes en el momento de su adopción y durante el desarrollo del procedimiento, de modo que si aquéllas varían o desaparecen, las medidas deberían modificarse o suprimirse”¹⁴. En términos similares el artículo 32 de la LBPA consigna en su inciso 5º: “Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a petición de parte, en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción”.

Finalmente, la discrecionalidad¹⁵, “es una facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, para que este órgano frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda optar libremente y dentro de los márgenes que fija el ordenamiento jurídico, la decisión

¹³ATCE 82/2002, 20.05.2002, (Fundamento jurídico 2).

¹⁴PONS C., F. Op. cit. p. 48.

¹⁵Para más información respecto a la discrecionalidad, véase: GUZMÁN S., L. 2001. El Control de la Discrecionalidad Administrativa en Chile. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada, de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitraria”¹⁶.

Esta característica, se encuentra presente en dos momentos de la adopción de una medida provisional.

El primero, cuando el órgano administrativo decide libremente si disponer o no la medida, respecto a lo cual, se ha pronunciado la Contraloría en su dictamen N° 91.604 de 2016, sosteniendo que las medidas provisionales “pueden adoptarse por el órgano administrativo, en el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 32, inciso primero, del reseñado texto legal- Ley N° 19.880- (...) siendo útil anotar que la adopción de alguna de esas medidas es una atribución de la respectiva autoridad administrativa -lo que se colige de la expresión podrá empleada en ese precepto-, de modo que cualesquiera sean las razones planteadas para requerir su ejercicio, ésta no está obligada a acceder a tal petición”.

En el caso de que la Administración decida adoptar una medida provisional, se verifica el segundo momento del ejercicio discrecional de esta facultad, donde el órgano administrativo es libre para adoptar la medida que estime más “razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada”, considerando las circunstancias de la situación, y los fines que se pretenden alcanzar con su imposición.

Ahora, discrecional no es sinónimo de arbitrario, por el contrario en una decisión discrecional debe existir un juicio de razonabilidad que la respalde, el cual, de acuerdo al Supremo Tribunal Español, “cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal - exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es sólo, como subraya el Tribunal Constitucional, una elemental cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; en último término la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración - art. 106, 1 de la Constitución - que, sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios”¹⁷.

¹⁶ARANCIBIA M., J. 1996. Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del Recurso de Protección. Revista de Derecho Público. (60). Universidad de Chile, citado por GUZMÁN S., L. Op cit. p. 31.

¹⁷STS, ROJ 6726/1988, 01.10.1988, p. 2 (FJ 2).

1.3. Presupuestos

Conforme lo ha indicado el Tribunal Constitucional, al momento de decretar una medida provisional, es necesaria la concurrencia de dos presupuestos¹⁸, idénticos a los que se requieren para adoptar una medida cautelar¹⁹. Tradicionalmente estos presupuestos han sido designados por la doctrina bajo las expresiones latinas: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

En términos generales y dentro del ámbito de las medidas cautelares, es posible sostener que, si bien “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado (...) (*fumus boni iuris*)”²⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se refirió concretamente a las medidas provisionales en una resolución de 04 de Julio de 2006, y si bien es cierto, el ámbito de competencia de la Corte escapa al objetivo de este ensayo, igualmente es interesante revisar dicha resolución, toda vez que entrega elementos aplicables a las medidas provisionales administrativas. El fallo, en su considerando 7º, señala que “las medidas provisionales tienen un carácter no sólo **cautelar** en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente **tutelar** (...) Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema **gravedad y urgencia** en la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”; y agrega en su considerando 23 “Que si bien es cierto los hechos que motivan una solicitud de medidas provisionales o ampliación de las mismas **no requieren estar plenamente comprobados**, sí se requiere un mínimo de detalle e información que permitan al Tribunal apreciar prima facie una situación de extrema gravedad y urgencia”²¹.

A partir de este pronunciamiento es posible desprender que las medidas provisionales pueden tener un fin cautelar, en tanto preservan una situación jurídica, o bien, un fin tutelar, si previenen la concreción del daño (*periculum in mora*), lo que sólo es posible en casos graves y urgentes, donde la

¹⁸STC, Rol 2731-14, 26.11.2014, p. 62 (C-43)

¹⁹Respecto a las medidas cautelares y los presupuestos necesarios para su adopción, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de junio de 2016, Rol 3081-16, en su considerando 40, entrega la siguiente definición: “Que las medidas cautelares son medidas provisionales e instrumentales a una decisión que esté basada en la apariencia de buen derecho y en el peligro en la demora.”

²⁰ STCE 148/1993, 29.04.1993 .BOE (C-127), de 28 de mayo de 1993.

²¹CIDH, 04.07.2006, “Medidas provisionales y solicitud de ampliación de medidas provisionales respecto de la República Federativa del Brasil. Caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complexo do Tatuapé”, p.11 (C-7), p.13 (C-23).

relevancia del bien jurídico resguardado así lo aconseja, y en este supuesto no es necesario que los hechos que motivan la adopción de la medida, estén del todo acreditados (*fumus boni iuris*)

En el presente acápite serán estudiados ambos presupuestos, aunque desde la esfera de las medidas precautorias o cautelares, pues en ese ámbito cuentan con un basto desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y con algunos matices, es factible trasladar lo que en ese contexto se señala respecto al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora* al ámbito de las medidas provisionales. De esta forma se pretende conceptualizar cada uno de los presupuestos de las medidas provisionales en el derecho nacional, considerando a su vez, lo señalado por la doctrina española en la materia.

1.3.1 Fumus boni iuris

El *fumus boni iuris*, también denominado humo de buen derecho o apariencia de buen derecho, consiste en la necesidad de que la pretensión esté dotada de cierto grado de veracidad, de manera que, el actor debe acreditar al momento de solicitar una medida precautoria, que tiene probabilidades de obtener una sentencia de fondo favorable, basado en la verosimilitud del derecho que invoca. “Hay varias instituciones del derecho que se construyen sobre la base del “humo de buen derecho”, es decir, sobre la apariencia de un derecho (...) Las medidas precautorias son un ejemplo de ello”²².

El jurista italiano Ugo Rocco, indica en su connotado Tratado de Derecho Procesal Civil, que el *fumus boni iuris* consiste en “la posibilidad o la probabilidad de la existencia del derecho, valorada sobre la base de la afirmación por parte del pretendido titular de él y sobre elementos indiciarios, más que en verdaderas pruebas, de donde resulta probable la existencia de un derecho, cuya plena declaración de certeza será o podrá ser objeto de una plena y formal declaración de certeza del derecho”²³.

Sin embargo, el *fumus* en relación a las medidas provisionales, debe ser analizado desde una óptica distinta. Si en el ámbito civil se requiere la probabilidad de la existencia de un derecho para decretar la medida cautelar, en el ámbito administrativo será preciso distinguir aquellas medidas que son adoptadas en el contexto de cualquier procedimiento administrativo, de aquellas decretadas en un procedimiento administrativo sancionador. Lo que se señale respecto a las primeras, comprende también a las segundas, empero, lo que se señale respecto a las segundas no es aplicable a todas las medidas provisionales, y solo tiene vigencia en el ámbito del administrativo sancionador. En este

²²STC, Rol 2552-13, 24.12.2014, p.18-19 (C-14)

²³ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen V. Parte Especial Proceso Cautelar. Citado por MARÍN G., J. 2001. Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia. (1). p.14.

punto, nos enfocaremos solo en el estudio de las primeras, para examinar las segundas en el Capítulo II del presente ensayo.

En cuanto a las medidas provisionales que pueden ser decretadas en un procedimiento administrativo cualquiera, el artículo 32 de la Ley N° 19.880 recoge el *fumus boni iuris* bajo la expresión “elementos de juicio suficientes”²⁴. Dichos elementos se refieren a la verosimilitud de la pretensión que motiva la medida, en el sentido de que exista la probabilidad de que la resolución que pone fin al proceso administrativo se pronuncie en favor de aquel interés cuyo resguardo pretendía la medida provisional. El Tribunal Supremo Español ha señalado que dicha probabilidad debe resultar no solo de las circunstancias fácticas del caso concreto, sino también de sus circunstancias jurídicas, de una manera tan manifiesta que sea necesaria la adopción de la medida provisional²⁵.

“Para contar con elementos de juicio suficientes es preciso hacer una primera valoración de los datos con que se cuenta, una previsión aproximativa sobre la resolución definitiva y sobre los peligros que puedan concurrir para su efectividad”²⁶. En definitiva, la exigencia de elementos de juicio suficientes implica proyectar el eventual contenido de la resolución final, pues la pretensión que motiva la medida va a ser verosímil en tanto exista la probabilidad cierta de que la resolución final resguarde aquella pretensión. Esto se debe a que la medida provisional tiene como fin último asegurar la eficacia real de la resolución final, independiente del tiempo que transcurra desde la incoación del proceso hasta su término con la dictación de dicha resolución administrativa.

Veremos en el Capítulo II, (*vid. Infra*, Presupuestos, p. 57) que no obstante sus particularidades, el *fumus* de las medidas provisionales del administrativo sancionador, al igual que el *fumus* que se requiere para decretar toda medida provisional administrativa, conlleva, necesariamente, la proyección del potencial contenido de la resolución final, donde la verosimilitud de la pretensión estará determinada por la probabilidad de que la resolución final se pronuncie en resguardo de ésta.

²⁴El artículo 72 de la ley española 30/1992, que inspira a nuestro artículo 32, también contempla la exigencia de “elementos de juicio suficientes” lo que ha sido entendido por la doctrina como manifestación del presupuesto *fumus boni iuris*. En este sentido, Ferran Pons expresa “El primero de los presupuestos, *fumus boni iuris*, se plantea en el art. 72.1 de la Ley 30/1992 bajo la exigencia de <<...elementos de juicio suficientes>> por parte de la autoridad competente para la adopción de las medidas (...)”. PONS C., F. Op cit. p. 152.

²⁵En palabras del Tribunal Supremo el *fumus boni iuris* “requiere una apariencia que resulte tanto de las circunstancias fácticas como de las jurídicas del caso, de manera tan manifiesta que justifique la adopción de la medida cautelar (criterio que recoge el Auto del TS de 24 de abril de 1995, RJ 1995\3060).” STSJ, ROJ 4224/2015, 24.07.2015, FJ 5.

²⁶MARINA J., B. 2007. Op. cit. p. 87.

1.3.2 Periculum in mora

El *periculum in mora* o peligro en la demora, es el segundo presupuesto de las medidas cautelares, y consiste en “la existencia de un peligro inminente de daño jurídico”²⁷.

El fin principal de una medida cautelar, es evitar la ocurrencia de ese daño, o bien, que se agraven los efectos del daño ya producido. Sin embargo existen otras finalidades secundarias, que están igualmente orientadas a lograr el fin principal, y que se relacionan directamente con el *periculum in mora*, lo dotan de un contenido tangible, haciendo que este segundo presupuesto varíe, dependiendo de cuál sea el fin para el que se haya decretado la medida.

La finalidad más recurrente de las medidas cautelares es asegurar la eficacia de la resolución. Estas medidas “se caracterizan por su instrumentalidad en relación con la sentencia definitiva, lo que implica que nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior sentencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Como señala el mismo profesor Colombo, ‘nacen, por decirlo así, al servicio de la sentencia definitiva, con el propósito de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito’.”²⁸ En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España, ha expresado que “la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra, como ya se ha dicho, que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo”²⁹.

La doctrina italiana ha desarrollado de manera significativa el *periculum in mora*, señalando que existen dos tipos de peligros, un peligro de infructuosidad, y un peligro de tardanza o de retardo. “En efecto, en algunas ocasiones lo importante es que la medida cautelar asegure urgentemente la existencia de bienes o de la cosa objeto de la demanda en vista de la futura ejecución.”, lo que configura el peligro de infructuosidad. “En otras, en cambio, la medida cautelar lo que busca es acelerar provisoriamente la satisfacción de la pretensión deducida, porque de esperarse el completo

²⁷MARINA J., B. 2007. Op. cit. p. 87.

²⁸STC Rol 1568-09, 16.11.10, p.17 (C-24).

²⁹STCE 159/2008, 12.12.2008, p. 4 (Fundamento jurídico 2). BOE (8): 1-7, 09 de Enero de 2009. También referente a medidas provisionales decretadas en el contexto de un procedimiento contencioso administrativo, en términos que pueden ser extendidos a las medidas decretadas en los procesos administrativos, llevados por los órganos de la Administración, se pronunció el auto de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, en el año 2004, donde señaló que: “la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto (...)”. La tensión de tales intereses “ha de solucionarse a base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales (...)” ATS, ROJ 8895/2004, 07.07.2004, pp. 1, 2 (FJ 1 y 2).

desarrollo del juicio se pueden producir en el demandante perjuicios irreparables³⁰, en cuyo caso, se trata de un peligro de tardanza o de retardo.

Respecto de las medidas provisionales, el peligro en la demora se configura en términos similares a como lo hace respecto de las medidas cautelares, de manera tal que, en ambos tipos de medidas, este presupuesto, consiste en la existencia de un peligro inminente de daño, que se configura de diversas maneras dependiendo del fin hacia el cual esté orientada la medida, donde la finalidad principal de la medida es evitar la concreción del daño, o bien que éste se agrave en los casos en que ya se haya perfeccionado.

El artículo 32 de la LBPA reconoce la existencia de este *periculum in mora* al establecer como finalidad de las medidas provisionales decretadas durante la vigencia del proceso el “asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer”³¹, y de aquellas decretadas antes de la iniciación del proceso “la protección provisional de los intereses implicados”. En cuanto a la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución final, la duración del proceso no es suficiente para justificar la dictación de una medida provisional, es necesaria la concurrencia de un impedimento concreto para la real eficacia de dicha resolución, lo cual deberá ser ponderado por la autoridad administrativa caso a caso. Respecto a las medidas decretadas antes de la iniciación del proceso para la protección provisional de los intereses implicados, es razonable que, de mantenerse tras la incoación del proceso, sigan orientadas a la finalidad que motivó su adopción³².

Pese a la redacción de la disposición en comento, es evidente que las medidas decretadas durante la vigencia del proceso también pueden tener como finalidad proteger provisionalmente los intereses implicados³³; en tanto que no es posible que las medidas adoptadas antes del inicio del

³⁰MARÍN G., J. 2006. Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico Chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. Revista de Estudios de la Justicia. (8). p. 23.

³¹En palabras del autor español César Cierco, “Inicialmente, la medida provisional puede definirse como la adoptada en el seno de un procedimiento administrativo, antes o después de su incoación, con la finalidad de asegurar la eficacia real de la resolución que pueda recaer al término del mismo frente al peligro que comporta el transcurso del tiempo inherente a toda tramitación.” CIERCO S., C. 2008. Las Medidas Preventivas de Choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres. Revista de Administración Pública (175). p. 63. El Tribunal Supremo Español, respecto a las medidas provisionales decretadas dentro del procedimiento administrativo, ha sostenido: “Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.” ATS, ROJ 7855./2017, 14.09.2017, p. 6 (FJ 5)

³²En este sentido la académica española Belén Marina ha expresado que “la iniciación del procedimiento no ofrecerá, por sí sola, protección suficiente a los intereses afectados, ni tampoco transformará de las medidas previamente acordadas destinándolas única y exclusivamente a la garantía de la eficacia de la resolución que finalmente recaiga, haciendo abstracción de los intereses presentes.” MARINA J., B. 2007. Op. cit.p.29

³³En este sentido, el español Ferran Pons ha señalado: “Parece obvio que esta protección provisional también puede demandarse una vez iniciado el procedimiento. De hecho, las medidas adoptadas antes del inicio deben ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento. De ser confirmadas, lo serán para la protección provisional de los intereses implicados”. PONS C. F. Op cit. p. 163.

proceso tengan como finalidad “asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer”, en circunstancias en que aún no existe proceso administrativo, y podría incluso no existir ulteriormente.

Naturalmente el artículo 32 ha sido redactado en términos generales pues se contiene en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, siendo aplicable a toda medida provisional decretada en un procedimiento de este tipo. Es por ello que corresponde a la legislación sectorial determinar concretamente los fines hacia los que se orienta la medida, así como los intereses que resguarda, con base en las necesidades propias del ámbito de que se trate. No obstante, si la normativa sectorial no determina los fines de la medida, ésta deberá orientarse por los fines establecidos en el propio artículo 32, y de no ser suficientes, la autoridad administrativa deberá considerar las circunstancias del caso, donde el fin orientador debe ser siempre razonable a los hechos.

Tal como ocurre con el presupuesto del *fumus boni iuris*, el peligro en la demora también requiere proyectar el potencial contenido de la resolución final, ya que desde esa proyección, es factible ponderar si las circunstancias que concurren en el caso tienen la aptitud de privar de eficacia a esa potencial resolución final. “En otras ocasiones, no importa sólo la ejecución de la resolución, sino también la integridad de los bienes o intereses tutelados en el procedimiento, que pueden resultar dañados antes de que aquélla se dicte. En consecuencia, será preciso averiguar e impedir los eventuales riesgos que puedan privar de utilidad al procedimiento”³⁴.

Por otra parte, en relación a las medidas decretadas en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador, baste por ahora con señalar que, si la autoridad administrativa cuenta con elementos de juicio suficientes (*fumus boni iuris*) respecto a la comisión de una infracción, debe adoptar una medida provisional para evitar que en el tiempo que media entre la conducta infractora y la sentencia sancionadora, se genere o extienda el daño. Dicho daño deriva de la persistencia de la infracción en el tiempo, del origen de nuevas infracciones, o bien del surgimiento de circunstancias que tornen ineficaz la resolución final.

1.4. Principios

“El Derecho, como ciencia y como arte de lo justo en la regulación de las relaciones sociales, no se agota en la ley o en la norma escrita, sino que, además y ante todo, se expresa en unas reglas primeras que, por un lado, ordenan las instituciones que forman el tejido de las relaciones de

³⁴MARINA J., B. 2007. Op. cit. p.88.

convivencia social y, por otro, organizan el sistema jurídico general (y los subsistemas sectoriales o territoriales) elevándolo a la categoría de verdadero ordenamiento, en el que, gracias a los mismos, cada pieza normativa cobra sentido y funcionalidad.”³⁵ Los Principios Generales del Derecho son precisamente esas reglas primeras, que expresan los valores superiores del Ordenamiento Jurídico, complementando la legislación y dando cabida a su interpretación.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “desde el punto de vista normativo los valores operan como principios. En fin, interpretativamente no somos nada sin los principios, puesto que en ellos residen razones argumentativas que se hacen pesar en los casos concretos (...)”³⁶. En palabras de Cea, “los principios son disposiciones jurídicas básicas y de gran generalidad que se irradian sobre todas las normas, imprimiéndoles sentido y sirviendo de criterio correcto para su exacta comprensión”³⁷.

Todos los principios que influyen en la adopción de una medida provisional, surgen en el seno del Derecho Penal, de modo que, la mayor parte de las definiciones existentes, así como los términos en que han sido consagrados, se remiten a esa área del Derecho, no obstante que puedan ser aplicados en todos aquellos procedimientos en que se ejerza el poder punitivo del Estado, tales como los procedimientos administrativos sancionadores. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”³⁸.

“La aplicación de las garantías constitucionales del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador tiene una larga tradición en el derecho chileno”³⁹, ya en 1966 la Corte Suprema señalaba que“(...) existe en verdad jurisprudencia (...) establecida por esta Corte en el sentido de que el vocablo “condenado” de que se sirve el artículo 11 de la Constitución Política, no significa por sí solo una condena por delito penal porque de diversos artículos del Código Civil y del de Procedimiento Civil aparece que las expresiones “condenar”, “condenarse” y otras análogas, se emplean en el sentido amplio comprensivo del hecho de imponerse a una persona una pena o sanción, sea de carácter penal, civil o administrativo, cualquiera que sea la causa que la haga procedente, por lo que no se comprende porqué la palabra “condenado”, sin otro calificativo puede limitarse en su alcance a la condena por delito penal, máxime cuando el precepto de que se trata se refiere al hecho sobre que recae el juicio y

³⁵VILLA, J. 1987. Principios generales del Derecho y Constitución. Revista de Administración Pública. (114). p. 8

³⁶STC, Rol 3111-16, 23.03.2017, p. 34 (Rechazo de los Ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva C-8)

³⁷CEA, J. L. 1984. Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 11 (1): p. 7.

³⁸STC, Rol 244-96, 26.08.1996, p. 3 (C-9)

³⁹STC, Rol 480-06, 27.06.06, p. 32 (C-7)

ese hecho puede revestir diversa naturaleza⁴⁰. De este modo, se ha dicho que el derecho administrativo sancionador es una manifestación de la potestad punitiva del Estado, por lo tanto se le aplican los mismos principios del derecho penal (STC Rol N° 244, C. 9°). Sin embargo, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado no son aplicables sin más a las sanciones administrativas, sino que se aplican con “matices” (STC Rol N° 747, C. 22°, y STC Rol N° 1518, C. 6° y 24°)⁴¹.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia han extendido la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador, por ser ambas manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, el objetivo de las líneas que se siguen es el estudio de estos principios respecto de las medidas provisionales decretadas en un procedimiento administrativo no sancionador, ya que como hemos analizado, el artículo 32 de la LBPA, por su redacción y por el tipo de ley en la que se encuentra, tiene aplicación en todo procedimiento administrativo. Por lo tanto, en este punto se analizan tres de los cuatro principios que se relacionan, con mayor o menor grado de conflictividad con las medidas provisionales, tales principios son: Legalidad y Tipicidad, y Proporcionalidad.

En tanto que, en el Segundo Capítulo de este trabajo, relativo a las medidas provisionales adoptadas en un procedimiento administrativo sancionador, se estudiarán estos mismos principios, y adicionalmente, la presunción de inocencia, que es omitido en esta parte, por tener aplicación exclusivamente en relación al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

1.4.1. Legalidad y Tipicidad

El principio de legalidad es una garantía constitucional, consagrada en el artículo 19 N°3, incisos octavo y noveno, de la Carta Fundamental según los cuales, “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley (...)”, y “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. En definitiva, el principio de legalidad exige que tanto la conducta infractora, como la pena o sanción asociada a ella, estén determinados en una ley, que debe: haber sido promulgada antes de la perpetración del hecho; ser efectivamente una ley, en cuanto fuente formal del Derecho; y no dar cabida a interpretaciones analógicas.

El principio de tipicidad forma parte del principio de legalidad, siendo una expresión más concreta de éste, que está determinado por la exigencia de que la ley contenga una descripción clara, precisa y determinada, tanto de la conducta punible como de las consecuencias jurídicas asociadas a ella.

⁴⁰STC, Rol 480-06, 27.06.06, p. 32 (C-7) citando fallo de la Corte Suprema de fecha 31.03.1966

⁴¹STC, Rol 1413-09, 16.11.10, pp. 33, 34 (C-30)

La consagración constitucional del principio de legalidad, así como el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la legalidad y la tipicidad, se refieren al ejercicio del ius puniendi estatal, por lo que aplica naturalmente al Derecho Penal, y también a los procedimientos administrativos sancionadores, a partir de la aplicación extensiva y “con matices” de los principios penales al DAS. Sin embargo, en aquellos procesos no sancionadores, no resulta del todo claro que los principios de legalidad y tipicidad reciban aplicación.

Concretamente en el Derecho Administrativo, los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, configuran el denominado principio de juridicidad, que es también una expresión -más genérica- del principio de legalidad, en base al cual la ley, en su sentido más amplio, es condición de todos los actos del Estado. En específico, estos artículos sostienen que los órganos del Estado se someten en su actuar a la Constitución y a las leyes, actuando válidamente sólo en la medida en que lo hagan dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley⁴², lo cual es ratificado por el artículo 2 de la Ley N° 18.575.

En cuanto a las medidas provisionales, es pertinente aclarar que podrían ser decretadas en todo tipo de procedimientos administrativos por aplicación del artículo 32, entendiendo que esta disposición se encuentra dentro de una Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos y que consagra las medidas provisionales en términos generales, lo que permite darles cabida en cualquier procedimiento. Ahora bien, en las áreas del Derecho Administrativo en que exista una regulación específica, debe primar esa regulación por aplicación del principio de especialidad, siendo aplicable supletoriamente la norma general del artículo 32.

Sin embargo, hay quienes sostienen que el artículo 32 no atribuye competencia general para la adopción de medidas provisionales. En este sentido Lara y Helfmann han señalado que “la consagración que hace la Ley N° 19.880 respecto de las medidas provisionales, no otorga una nueva competencia, sino más bien prevé la habilitación y oportunidad para que el órgano competente pueda ejercer una competencia ya atribuida. Para estar frente a una norma atributiva de competencia, hubiera sido preciso que la disposición legal estableciera expresamente cuáles son las concretas medidas provisionales que pueden adoptar los órganos de la Administración, cosa que no ocurrió”⁴³. La aplicación supletoria de la LBPA, y específicamente del artículo 32, serán analizados con detención en el Segundo Capítulo de este trabajo (*vid. Infra*, Aplicación supletoria de la ley N°19.880 a los procedimientos administrativos, p. 112; y Aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 a los

⁴²El principio de legalidad es afirmado además por “el numeral 18 del artículo 63, en cuanto exige que sean de jerarquía legal las normas que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública y el inciso cuarto del artículo 65 en cuanto reserva al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de las leyes que crean nuevos servicios públicos”. STC, Rol 480-06, 27.07.06, p. 30 (C-4)

⁴³LARA, J. Y HELFMANN, C. 2010. Op. cit. p. 61.

procedimientos administrativo sancionadores en cuanto a medidas provisionales, p.117) y aunque el estudio estará enfocado en aquellas medidas decretadas en el contexto de procesos sancionadores, por la gran repercusión que pueden tener esas medidas en los derechos de los particulares y porque se encuentran mayormente reguladas, mucho de lo que ahí se sostenga, podrá ser trasladado a cualquier medida provisional, independiente del procedimiento en que se dicte.

Específicamente en relación a la vigencia de los principios de legalidad y tipicidad en esta materia, si adoptamos una postura más restrictiva, como la planteada por Lara y Helfmann, deberíamos analizar exclusivamente la ley sectorial para determinar si las medidas provisionales respetan los principios en cuestión. Por el contrario si estimamos que el artículo 32 atribuye una competencia general a los órganos de la Administración para disponer medidas provisionales, el análisis no se agotará en la normativa sectorial, sino que, en todo lo no previsto por ella, deberá ser estudiado el propio artículo 32.

Como ya ha sido señalado, la regulación de las medidas provisionales es bastante escasa, y sólo en algunas áreas del Derecho Administrativo existen normas, que con mayor o menor rigurosidad se ocupan de estas medidas. Todos los ámbitos en los que hasta ahora se han regulado las medidas provisionales pertenecen al DAS, en algunos de ellos las medidas han sido reguladas a cabalidad –así en el ámbito medio ambiental –en otros simplemente se ha establecido la facultad de adoptarlas o bien se ha efectuado expresa remisión al artículo 32– como ocurre con los ámbitos eléctrico y telecomunicacional respectivamente–, y en muchos otros ámbitos del DAS derechamente no se han regulado. Considerando que en los procesos no sancionadores no existe normativa relativa a las medidas provisionales, únicamente queda examinar el artículo 32 de la Ley N° 19.880, que sería la disposición que da cabida a la dictación de estas medidas, si es que aceptamos la tesis de que este artículo otorga una competencia general.

En ese sentido, el artículo 32 no es un referente de la vigencia de los principios de legalidad y tipicidad, por varias razones.

Sabemos que el artículo 32 es la única fuente normativa, por lo que estas medidas efectivamente se encuentran reguladas en una ley, cumpliendo en ese aspecto con el principio de legalidad. Sin embargo, considerando la falta de regulación sectorial que existe, sería importante que el propio artículo 32 impusiera la exigencia expresa de que las medidas provisionales sean reguladas por una ley.

En el Derecho Administrativo Español, la Ley “de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, 30/1992, regulaba las medidas provisionales en su artículo 72, que es la disposición que inspira nuestro artículo 32, aplicando plenamente el principio

de legalidad al establecer, que “Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los **supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley.**” Esta Ley fue derogada en su totalidad por la Ley 39/2015, de modo que actualmente no existe una referencia similar respecto a la aplicación del principio de legalidad a las medidas provisionales en la legislación administrativa general española.

En segundo lugar, es por lo menos preocupante la ausencia de regulación sectorial, ya que el artículo 32 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, es excesivamente genérico, dando amplio margen a la discrecionalidad, lo que naturalmente no se condice con el principio de legalidad que propugna la eliminación de la interpretación por analogía, la cual, ante la ausencia de supuestos claros, difícilmente puede quedar excluida.

Por último, en relación con el principio de tipicidad, la generalidad de la redacción del artículo 32 impide que se respete este principio, pues si bien la disposición establece un procedimiento de adopción de la medida (*vid. Infra*, Procedimiento de Adopción de las medidas provisionales bajo la Ley N° 19.880, p. 37), no señala de manera detallada los presupuestos que habilitan su dictación, ni tampoco enuncia las medidas que se pueden decretar. De esta forma, la autoridad administrativa encargada de adoptarlas, atendidas las circunstancias del caso, podrá, iniciado el procedimiento, decretar “las medidas provisionales que estime oportunas”, y antes del inicio del proceso, “podrá adoptar las medidas correspondientes”.

En suma, los principio de legalidad y tipicidad se encuentran prácticamente ausentes en la materia, lo que a nuestro entender, debiera ser solucionado, en primer lugar a partir de la inclusión de las medidas provisionales en las leyes sectoriales que correspondan, pero también, y de manera más urgente, a partir de una completa regulación en la Ley N°19.880, en términos tales, que sean aplicables a las diversas materias administrativas en que estas medidas puedan ser decretadas, de tal manera que a falta de regulación sectorial, pueda, efectivamente aplicarse la legislación general de manera supletoria. Dada la diversidad de situaciones y materias en las que puede resultar necesario disponer una medida provisional, no es recomendable una regulación que excluya la discrecionalidad, y en ese sentido, los supuestos que habilitan a la dictación de una medida provisional, en los términos del artículo 32, son suficientes, sin embargo, es necesario incorporar un catálogo no taxativo de medidas, que permita orientar la decisión de la autoridad.

A modo de referencia, el Derecho Administrativo Español, en la Ley 39/2015, “del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, regula cabalmente las medidas provisionales. En su artículo 56, la ley establece un catálogo de ocho medidas, que resultan

aplicables a los diversos procedimientos administrativos, entre las cuales se señalan: la suspensión temporal de actividades, la prestación de fianzas, la retirada o intervención de bienes productivos, la suspensión temporal de servicios, el cierre temporal del establecimiento y el embargo preventivo, entre otras. Cerrando el listado de medidas, la disposición consagra que podrán adoptarse “Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución”. Con estos términos, la Ley 39/2015, entrega un listado enunciativo de medidas provisionales, que es posible adoptar en el contexto de un procedimiento administrativo o antes de su iniciación, dando cabida a la discrecionalidad, pero al mismo tiempo, orientando el criterio del administrador, con una serie de ejemplos de posibles medidas.

1.4.2. El Principio de Proporcionalidad: Un límite a las medidas provisionales

Dentro de los principios que se relacionan con la adopción de una medida provisional, el principio de proporcionalidad reviste especial relevancia. Cuando se adopta una de éstas medidas, la determinación de cuál imponer en el caso concreto, debe estar orientada por el principio de proporcionalidad, de tal manera que, este principio configura un límite, frente a los potenciales abusos que pudiera cometer la autoridad administrativa competente al adoptar una medida provisional, toda vez que dicha medida deberá ser la menos gravosa, dentro de las diversas posibilidades que permitan alcanzar los fines perseguidos por la autoridad, evitando, de esta forma, la adopción de medidas excesivas o innecesarias.

El principio de proporcionalidad, es de tal importancia, que es el único principio que recibe consagración expresa en el mencionado artículo 32 de la Ley N° 19.880. En los párrafos que se siguen, este trascendental principio será analizado, en primer lugar de manera general, para luego proceder a estudiar su aplicación a las medidas provisionales, utilizando para ello, principalmente, su consagración legal y el Derecho Administrativo Español.

a) El Principio de Proporcionalidad en general

La proporcionalidad, puede ser conceptualizada como un mecanismo de razonamiento, por medio del cual el juzgador, o administrador en el caso de las decisiones administrativas, “contrasta intereses jurídicos opuestos para determinar si una medida restrictiva está justificada o es adecuada -no

excesiva- respecto al fin que se persigue.”⁴⁴ De esta forma, el principio de proporcionalidad, configura una garantía para el particular, o como algunos autores lo han denominado, un mecanismo de control del poder⁴⁵, pues “en esencia el principio de proporcionalidad apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos”⁴⁶, lo cual se traduce, en términos prácticos, en que la medida que imponga la autoridad judicial o administrativa, no puede implicar una derogación o anulación del derecho o libertad de que se trate, sino únicamente una limitación, la cual, debe estar debidamente justificada por los fines que se persiguen con la adopción de la medida. En palabras del Tribunal Constitucional “los límites al derecho consagrado en la Constitución deben (...) pasar un examen de proporcionalidad; esto es, perseguir fines lícitos, constituir la limitación un medio idóneo o apto para alcanzar tal fin y resultar el menoscabo o limitación al ejercicio del derecho, proporcional al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue”⁴⁷.

Complementando el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, es posible señalar que: (i) La medida restrictiva no necesariamente debe alcanzar los fines legítimos que se persiguen con su adopción, pues si bien la consecución de esos objetivos es lo óptimo, la proporcionalidad se satisface por el hecho de que la medida restrictiva promueva o se oriente a fines lícitos, no siendo forzosa su realización; (ii) La medida debe ser estrictamente necesaria, es decir, no debe existir otra alternativa menos lesiva que la restricción de derechos, pues de lo contrario, debe preferirse la opción que menos afecte a los derechos y libertades involucrados. En efecto, “se trata de aplicar la medida menos lesiva, bajo un criterio de intervención mínima en la dimensión de no afectación de la igualdad ante la ley, que requiere toda medida restrictiva”⁴⁸, y; (iii) Toda medida restrictiva o limitativa de derechos impuesta por la autoridad debe, además, ser proporcional en sentido estricto, es decir, “los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe

⁴⁴DÍAZ G., I. 2011. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (36), pp. 170, 171 [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100005&lng=es&nrm=iso>

⁴⁵En tanto mecanismo de control del poder, se erige como un instrumento destinado a medir si la intervención estatal es o no lícita. A este respecto, DÍAZ G., I. Op. cit. ARNOLD, R., MARTÍNEZ, J.I. y ZÚÑIGA, F. 2012. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, 10(1) [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf>>

⁴⁶ARNOLD, R., MARTÍNEZ, J.I. y ZÚÑIGA. Op. cit. p. 68.

⁴⁷STC, Rol 1182-08, 18.11.08, p.10 (C-21). En sentido similar la STC, Rol 541-06, 26.12.06, que en su considerando 15° señala: “La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común.” Del mismo modo la STC Rol 3119-16, considerando 10° sostiene: “(...) Al efecto, este Tribunal ha establecido que si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean -las mismas restricciones- proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes.”

⁴⁸STC, Rol 2437-13, 14.01.14, p.34 (C-35)

ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si éstos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad”⁴⁹. La concurrencia de este último aspecto, resulta especialmente relevante para el resguardo de las libertades individuales, puesto que involucra la ponderación del interés particular v/s el interés público, por lo cual, la medida restrictiva o limitativa de derechos o libertades, debe encontrarse plenamente justificada, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, en relación a este elemento.

Pese a su trascendencia, el principio de proporcionalidad no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución, no obstante ello, existen “manifestaciones puntuales de este principio que devienen en una consagración general dentro del ordenamiento jurídico”⁵⁰. En una primera instancia, el principio de proporcionalidad puede entenderse subsumido en la noción de Estado de Derecho (arts. 6 y 7 de la Constitución), como un principio inherente a éste. Además está presente en la prohibición de efectuar diferenciaciones arbitrarias (art. 19 N°2)⁵¹, y en la garantía de no afectación del contenido esencial de los derechos (art. 19 N°26)⁵².

Si bien se trata de una manifestación aplicable al ámbito sancionador, que será, por ende, desarrollada con detención en el Capítulo II (*vid. Infra*, 1.3.2. Proporcionalidad, p.100), es importante señalar, como muestra de la consagración general del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento, que la garantía del debido proceso (19 N°3) conlleva, necesariamente, la proporcionalidad de la pena/sanción y la conducta imputada.

Finalmente, conforme lo ha señalado el TC, existen manifestaciones del principio en materias específicas, como en el derecho a la igual repartición de los tributos que considera la prohibición para el legislador de “establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos” (art. 19 N° 20); en la iniciativa exclusiva que se le entrega al Presidente de la República para determinar la “forma, proporcionalidad o progresión” de los tributos (art.65 N° 1); en el trato igualitario entre los candidatos de partidos políticos e independientes (art 18); en los arrestos que deben ser proporcionales a un objetivo constitucionalmente válido (art. 19 N°7)⁵³; y en el tratamiento diferenciado entre pensionados

⁴⁹ARNOLD, R., MARTÍNEZ, J.I. y ZÚÑIGA. Op. cit. p. 71.

⁵⁰STC, Rol 2437-13, 14.01.14, p.32 (C-33°)

⁵¹Vid. STC, Rol 1448-09, de 07.09.10, considerandos 25, 36 y 37; Rol 1463-09, de 23.09.10, considerandos 21, 22, y 33 ;Rol 986-07, de 30.01.08, en sus considerandos 31 y 32, se refiere a que las diferenciaciones efectuadas por el legislador o cualquier autoridad pública, deben ser razonables, empleando el término razonable como sinónimo de proporcional. “En varios de los fallos analizados es posible constatar que en ocasiones el TC usa indistintamente los conceptos de razonabilidad y de proporcionalidad, como auténticos sinónimos. Pero como indicamos al comienzo de este trabajo, si bien se trata de conceptos parecidos, que persiguen el mismo objetivo de evitar la arbitrariedad, estricta y formalmente no son lo mismo. Más bien existe una relación de género a especie entre ambos, porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla.” ARNOLD, R., MARTÍNEZ, J.I. y ZÚÑIGA. Op. cit. pp. 101 y 102.

⁵²Vid. STC, Rol 43-87, 24.02.87, C-21°

⁵³STC, Rol 1518-09, 21.10.10, p.14 (C-14°). “(...) un apremio que importe privación de libertad, debe decretarse “*con una indudable determinación y con parámetros incuestionables, esto es, respetando el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir*”. En tal

(art. 19 N° 18)⁵⁴. Adicionalmente, se ha entendido la proporcionalidad como principio orientador de los estados de excepción en sí mismos, así como de las medidas que se adopten durante la vigencia de estos (arts. 39 y 44).

b) El Principio de Proporcionalidad en las Medidas Provisionales

El artículo 32 de la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, que regula las medidas provisionales, consagra la aplicación del principio de proporcionalidad en los siguientes términos: “No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”. Si bien, no se menciona expresamente el principio de proporcionalidad, de igual manera queda consagrada su vigencia respecto a las medidas provisionales, puesto que es en virtud de dicho principio que se establece que, aun cuando el interés que se pretenda proteger sea de la mayor relevancia, no será posible adoptar aquellas medidas que causen perjuicios de difícil o imposible reparación, o que conlleven la violación de derechos.

Por aplicación de la proporcionalidad quedan excluidas las medidas que signifiquen la derogación o anulación de derechos o libertades, de manera que solo resultan admisibles aquellas medidas que impliquen únicamente la limitación de tales prerrogativas. En este sentido, la intervención debe ser mínima y la medida que se adopte, estrictamente necesaria, lo cual se traduce, en concreto, en que, entre las diversas alternativas existentes para la autoridad administrativa, la medida limitativa de derechos o libertades, debe ser la menos lesiva. Lo anterior, resulta especialmente relevante para las medidas provisionales, debido a que ellas, a diferencia de la sanción administrativa, son adoptadas en el ámbito de la incertidumbre (de la verosimilitud de la pretensión que la motiva y del riesgo asociado a la espera de la dictación de la resolución final), siendo fundamental que la limitación impuesta por la medida, sea estrictamente necesaria, y lo menos lesiva posible. Adicionalmente, la medida debe

sentido, se ha señalado que una limitación a un derecho fundamental es justificable cuando dicho mecanismo “*es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales*” (sentencias roles N°s. 519 y 576)”

⁵⁴STC, Rol 790-07, 11.12.07, pp. 31,32 y 37. “**VIGESIMOPRIMERO:** Que, constatado que los preceptos legales impugnados efectivamente introdujeron diferencias de trato entre las distintas categorías de pensionados reguladas por ellos, resulta necesario determinar si esas diferencias son constitucionalmente tolerables (...) En tal sentido útil resulta recordar que, en reiterados pronunciamientos, este Tribunal ha hecho suyas las expresiones del constitucionalista argentino Segundo Linares Quintana, que sostiene que:(...) *La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición*”. Por lo tanto, concluye, “*la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad*”. (Sentencias Roles N°s 28, 53 y 219);

VIGESIMOSÉPTIMO:(...) la razonabilidad de la diferencia también exige de la proporcionalidad, pues, como allí se estableció, el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional y, por ende, intolerable para quien experimenta tal diferencia (...)”

encontrarse justificada a cabalidad por los fines que se persiguen con su adopción, de modo que quede establecido que con su imposición no se afecta la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

En relación a la limitación, ésta debe ser proporcional, es decir razonable y adecuada, al interés que se pretende proteger con la medida⁵⁵. En un primer momento, el legislador debe ponderar los intereses jurídicos opuestos, para establecer las medidas que es posible adoptar y sus presupuestos de adopción, pero posteriormente, es el órgano administrador competente, el encargado de efectuar dicha ponderación, al aplicar tales presupuestos al caso concreto, decretando así, la medida correspondiente. Solo una medida que establezca una limitación no excesiva, configurará un medio idóneo para resguardar el interés en cuestión, y al mismo tiempo, se encontrará debidamente justificada en atención a la gravedad. De esta forma, la medida provisional debe imponer una limitación de los derechos y libertades de menor intensidad, si es que los objetivos que se pretenden tutelar no son tan urgentes ni necesarios, y a la inversa la limitación debe ser de mayor intensidad, si es que la urgencia o la necesidad del interés que se ampara así lo requiere.

El mencionado artículo 32 recoge este aspecto del principio de proporcionalidad, al señalar que, el órgano administrador, iniciado el procedimiento, puede adoptar aquellas “medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”, y que antes de su inicio, se pueden adoptar las medidas correspondientes “en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados”. Al establecer que iniciado el procedimiento se pueden adoptar las medidas oportunas, y antes de su inicio las medidas correspondientes, de alguna forma queda consagrada la proporcionalidad, al exigir la adecuación de la medida a las circunstancias fácticas, lo cual se condice con que el mismo artículo señala que las medidas se pueden alzar o modificar “en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción”.

⁵⁵Es ejemplificador el pronunciamiento proveniente del Derecho Administrativo Español, específicamente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que en auto de 4 de octubre de 2002, se refirió al principio de proporcionalidad a propósito de un procedimiento sancionador, donde se impuso la medida provisional de cierre de una farmacia, señalando que: “sin negar el evidente interés público (...) debe considerarse que la concreta medida cautelar adoptada no parece responder a la nota de idoneidad ínsita en el principio de proporcionalidad inherente a todas las medidas cautelares, por cuanto no es adecuada para alcanzar el fin pretendido de salvaguarda de la salud pública. Si la elaboración de las fórmulas se realiza en lugar diferente del local destinado a farmacia, el cese de tal actividad no puede lograrse mediante el cierre del establecimiento (...)”. Y finaliza consagrandolo: “En consecuencia, no resulta revestida la actuación administrativa impugnada de las necesarias notas que derivan del principio de proporcionalidad, ofreciendo la solicitud de la recurrente la apariencia de buen derecho que justifica la suspensión de aquélla, máxime cuando la interrupción de la actividad empresarial que se desarrolla en el establecimiento es susceptible de causar unos perjuicios económicos de una gran intensidad por motivo de la duración de una medida indefinida, susceptibles de alcanzar una magnitud que impediría su eventual reparación y que afectarían no sólo a la recurrente, sino a sus empleados, haciendo perder su finalidad legítima al presente recurso. No puede omitirse, por último, que la misma finalidad perseguida por la medida cautelar puede lograrse por otras vías (...)”. Citado en STS, ROJ 6791/2005, 07.11.2005.

Adicionalmente, al establecer distintos requisitos para las medidas que son adoptadas antes del inicio del proceso administrativo (urgencia y la finalidad de proteger provisionalmente los intereses involucrados) y las que son adoptadas durante la vigencia de éste (elementos de juicio suficiente, y la finalidad de asegurar la eficacia de la decisión), queda manifiesta la influencia del principio en cuestión, en el sentido de que la medida, o más específicamente la limitación impuesta por ella, debe ser adecuada o razonable a los intereses que procura resguardar, lo cual explica que una medida que se decreta antes de que exista un procedimiento administrativo, y que por ende resulta más agresiva que una medida que se impone en el contexto de un procedimiento, requiere de mayor urgencia o necesidad para su adopción.

Finalmente, corresponde analizar las 2 etapas de determinación de la medida provisional, la legislativa y la administrativa.

En la etapa legislativa, el legislador debe determinar los presupuestos que darán origen a la imposición de una medida provisional, lo que conlleva, por una parte, el establecimiento del fin que se persigue con la medida, es decir los intereses que se pretenden resguardar con su adopción; y por otra parte, la definición de los diversos tipos de medidas -limitaciones de derechos y libertades- que es posible decretar. Además, en la etapa legislativa, se deben consignar los criterios de graduación, que representan una garantía para el particular, toda vez que configuran un mecanismo de limitación de la discrecionalidad, por ser los parámetros o criterios que orientan la decisión del administrador al momento de definir qué medida adoptar en el caso concreto.

Sin embargo, la escasa regulación de las medidas provisionales en los procesos no sancionadores, que se remite exclusivamente al artículo 32 de la LBPA, no comprende cada uno de los puntos que debiesen ser previstos en la etapa legislativa. Este artículo contempla los fines de la medida en términos muy generales, que si bien le permiten recibir aplicación en cualquier proceso administrativo, no son un ejemplo de limitación a la discrecionalidad administrativa. Los demás aspectos que debiese prever el legislador, no son siquiera mencionados en el artículo 32, que no considera tipos de medidas ni criterios de graduación. En suma, el principio de proporcionalidad queda entregado mayormente a la discrecionalidad del órgano administrador competente.

La generalidad de la aplicación del artículo 32, complejiza la previsión de cada uno de los aspectos que pudieran ser establecidos en la etapa legislativa, sin embargo, la normativa sectorial podría fácilmente prever finalidades, tipos de medidas y criterios de graduación, limitando de esta forma, la discrecionalidad del administrador, en la adopción de aquellas medidas provisionales que correspondan a su ámbito de competencia. Pero, en tanto no exista esa regulación sectorial, e incluso si llegara a existir y no consigna todos o algunos de los aspectos aquí señalados, el ámbito en que opera la

discrecionalidad se acrecienta, y es entonces cuando el principio de proporcionalidad se torna trascendental, ya que a partir de su influencia en las medidas provisionales, el ente administrador competente, tiene la obligación de efectuar una lógica ponderación de la circunstancias concurrentes, para lo cual debe considerar, al momento de decretar una medida, la situación fáctica, la finalidad de la ley, y los derechos afectados con dicha medida.

Por último, nuestro artículo 32 de la ley N° 19.880 se encuentra inspirado de Ley Española 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su artículo 72 reglamentaba las medidas provisionales en términos casi idénticos al nuestro. Sin embargo, la aludida ley española fue derogada por la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la cual en su artículo 56 perfecciona la reglamentación de las medidas provisionales, al consagrar expresamente el principio de proporcionalidad como orientador en la adopción de una de estas medidas, y limitar la discrecionalidad a partir de la incorporación de un listado medidas que puede decretar la autoridad administrativa competente. Consideramos que una regulación de las medidas provisionales como la vigente en España, aunque con ciertos reparos (*vid. Infra*, 2.2 Vacíos en la reglamentación, p.48), es digna de imitar, y representa en su mayoría un avance en relación a nuestra actual reglamentación administrativa general de la materia.

2. Procedimiento de Adopción de las Medidas Provisionales bajo la Ley N° 19.880

El procedimiento administrativo es el cauce por el cual se debe expresar la voluntad del administrador, que en concreto, se manifiesta a través del acto administrativo. Este procedimiento es definido como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tenga por finalidad producir un acto administrativo terminal”⁵⁶.

Los españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, han definido el acto administrativo como “toda manifestación de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por una Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”⁵⁷. Por su parte, la LBPA define el acto administrativo como todas aquellas “decisiones formales que emiten los órganos de la Administración ‘que contienen declaraciones de voluntad,

⁵⁶Artículo 18, Ley 19.880: “Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado”, mayo de 2003.

⁵⁷PIERRY, P. 2005. Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo: el reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado. (13). p. 74. [en línea] <<https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/REVISTA-DE-DERECHO-13-1.pdf>>

realizadas en el ejercicio de una potestad pública’, asimilando a dicho concepto los ‘dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento’ que emiten esos órganos en el ejercicio de sus competencias, según sus artículos 3° y 18”⁵⁸.

La medida provisional se genera en el contexto de un procedimiento principal, ya sea durante su vigencia, o antes de su instrucción, y en este último caso, con la condición de que el procedimiento sea iniciado en un plazo máximo de 15 días para que la medida mantenga su vigencia. La “noción de medida provisional, (...) nunca podrá soltar amarras del procedimiento administrativo, que es, a fin de cuentas, el marco que le da su sentido último”⁵⁹. Dicho procedimiento se rige por las normas de la LBPA, o bien, por sus propias normas, si la ley estableciera procedimientos administrativos específicos, en cuyo caso la LBPA aplica supletoriamente. De cualquier modo, la vinculación de la medida con el procedimiento principal va más allá del aspecto formal, existe también una conexión causal, pues la medida tiene como finalidad asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, o del acto administrativo terminal que se genera a partir del procedimiento principal, o bien, resguardar provisionalmente los intereses involucrados en éste.

Entendiendo la medida provisional como un acto administrativo, necesariamente debe originarse a partir de un procedimiento administrativo, distinto del procedimiento principal. Precisamente, el objetivo del presente acápite, es estudiar el procedimiento que se sigue para la adopción de una medida provisional conforme a la ley N° 19.880, desde una perspectiva descriptiva, para luego, pasar a analizar los aspectos conflictivos tras la adopción de una de estas medidas, lo que involucra, el estudio de los vacíos que existen en la regulación del artículo 32 de la LBPA, así como la factibilidad de que la disposición en cuestión tenga aplicación supletoria respecto de aquellas materias en que la autoridad competente no se encuentra expresamente facultada para la adopción de medidas provisionales.

2.1. Descripción

El artículo 32 de la Ley N° 19.880 en sus incisos primero y segundo, distingue respectivamente, aquellas medidas que son adoptadas durante la vigencia de un proceso administrativo, de aquellas decretadas previa instrucción del mismo. Sin embargo, de la sola lectura de dichos incisos, se desprende que ambos tipos de medidas comparten una serie de elementos comunes.

⁵⁸VALPUESTA, R. A. y PÉREZ, P. A. 2013. Repertorio de Jurisprudencia Administrativa de la Ley N° 19.880, “Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado”. Memoria para optar el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p.13.

⁵⁹CIERCO S., C. 2008. Op. cit. p. 64.

Comenzaremos analizando esos elementos, para luego proceder a revisar por separado las medidas según el momento de su adopción.

2.1.1. Elementos comunes a toda medida provisional

De la lectura del artículo 32 se desprende que, independiente del momento en que sea decretada, existen elementos comunes en el proceso de adopción de toda medida provisional. Tales elementos son: el órgano competente de su adopción, el impulso procesal, y la discrecionalidad involucrada en la decisión. A continuación se examina cada uno de ellos.

a) Órgano Competente

El órgano competente para adoptar una medida provisional, de acuerdo a las palabras que utiliza el artículo 32, es el órgano administrativo. El inciso primero del artículo en cuestión, señala que: “Iniciado el procedimiento el **órgano administrativo** podrá (...) adoptar las medidas provisionales”, en tanto que el inciso segundo indica: “(...) antes de la iniciación del procedimiento administrativo, **el órgano competente**, (...) podrá adoptar las medidas correspondientes”. En este sentido, la Contraloría, ha expresado que “acorde al artículo 32 de ese mismo texto legal, los órganos administrativos están habilitados para adoptar las ‘medidas provisionales’ que estimen oportunas”⁶⁰.

Por su parte, la propia LBPA establece que los órganos de la Administración son “los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, así como la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los gobiernos regionales y municipalidades.⁶¹ Corresponde entonces, determinar cuál es el órgano de la administración con competencia para decretar medidas provisionales, lo que debe ser analizado desde la ley sectorial de cada órgano de la Administración, pues la LBPA, como su nombre lo indica, únicamente regula el procedimiento administrativo aplicable a los actos de los órganos de la Administración, sin llegar a atribuir competencias.

Según el Tribunal Supremo Español “Los poderes públicos no sólo están habilitados para el ejercicio de las potestades que el ordenamiento expresamente les atribuye, sino también,

⁶⁰CGR, Dictamen N° 30.871, 25.04.16. En idéntico sentido, dictamen N° 60656, 26.09.11, que sostiene: “(...) el artículo 32 de la ley N° 19.880 establece que el órgano administrativo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas (...)”

⁶¹Así se desprende del Artículo 2 de la LBPA, que consigna: “Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades.

Las referencias que esta ley haga a la Administración o a la Administración del Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos señalados en el inciso precedente.”

implícitamente, para el de las facultades necesarias para la efectividad de aquellas”⁶². A modo general podemos señalar que el “órgano competente es el que lo sea para resolver el procedimiento”⁶³, aquel procedimiento principal, en cuyo contexto surge la medida provisional; en este punto es necesario precisar que, si aceptamos la idea de que el artículo 32 es una norma que confiere competencia para adoptar estas medidas, efectivamente el órgano o autoridad que resuelve el proceso principal debe ser quien disponga las medidas provisionales, sin perjuicio de que en ocasiones pueda también adoptarlas el instructor del procedimiento, por el contrario, al no aceptar que el artículo 32 confiere competencia, solo en los casos en que la ley haya atribuido la facultad de decretar medidas provisionales, el órgano competente coincide con el que debe resolver el procedimiento. De esta forma, siendo siempre pertinente revisar la ley sectorial, y sin perjuicio de que será analizado en la Segundo Capítulo de este trabajo, es posible señalar los siguientes ejemplos:

- La Ley N° 18.410 Que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), consiga la competencia de la SEC para decretar medidas provisionales en su artículo 3° N° 22⁶⁴;
- El artículo 178 del Código Sanitario (DFL N° 725), faculta a la autoridad sanitaria para decretar medidas provisionales, que en el caso se denominan “medidas sanitarias”. Dicha autoridad sanitaria se compone por las SEREMIS de Salud y el Instituto de Salud Pública conforme lo señala la diversa regulación sanitaria⁶⁵, que revisaremos con detalle en el Capítulo Tercero de este ensayo;
- Y para finalizar el listado de ejemplos, la Ley N° 20.417 Que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, en su artículo 48 faculta a la Superintendencia para adoptar medidas provisionales.

⁶²STS, ROJ 6189/1996, 08.11.1996, pp. 3 y 4(Fundamento de Derecho Tercero)

⁶³MORENO, J. A. (Director). 2012. Procedimiento y proceso administrativo práctico. 2a ed. Madrid, La Ley. Vol. 1, p. 712.

⁶⁴Artículo 3°.- Corresponderá a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles: 22.- Adoptar, transitoriamente, las medidas que estime necesarias para la seguridad del público y el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores de energía eléctrica, de gas y de combustibles líquidos, pudiendo requerir de la autoridad administrativa, el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones.

⁶⁵La normativa sanitaria se compone por: el Código Sanitario; el artículo 12 N°3 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 que “Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y 18.469”; el artículo 14 letra B número 3 de la Ley N° 19.937 que “Modifica el D.L 2.763 de 1979, Con la Finalidad de Establecer una Nueva Concepción de la Autoridad Sanitaria, Distintas Modalidades de Gestión y Fortalecer la Participación Ciudadana”; el artículo 224 del Decreto N° 3 del Ministerio de Salud, del año 2010, “Que aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano”; y el artículo 16 de la Resolución Exenta 334/2011 del Instituto de Salud Pública, que “Crea el Departamento Agencia Nacional de Medicamentos”.

b) Impulso Procesal

En relación al impulso procesal, es decir, aquella actividad necesaria para poner en movimiento el procedimiento administrativo y conducir en definitiva, a que la medida provisional sea decretada⁶⁶, la Contraloría ha indicado que la autoridad administrativa puede actuar no solo a petición fundada del interesado, “sino también, de oficio, por cuanto el artículo 8° de la ley N° 18.575 dispone que los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa o a solicitud de parte, y porque el artículo 32 de la ley N° 19.880 establece que el órgano administrativo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”⁶⁷.

Concretamente, el artículo 32 de la LBPA prevé que “Iniciado el procedimiento el órgano administrativo podrá adoptar, **de oficio o a petición de parte**, las medidas provisionales” y “antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, **de oficio o a petición de parte**, podrá adoptar las medidas correspondientes”; a su vez, el inciso quinto señala que “Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, **de oficio o a petición de parte**, en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción”. De esta forma, no sólo la adopción de la medida puede originarse por iniciativa de la autoridad administrativa competente, o solicitud del particular interesado, sino que también la persistencia de la medida y su adecuación a las circunstancias del caso pueden ser impulsadas de oficio o a petición de parte.

c) Discrecionalidad

Finalmente, el último elemento común de las medidas adoptadas durante la vigencia del proceso y antes de su instrucción, es la discrecionalidad involucrada en la decisión (*vid. Supra*, Características, p.12). De acuerdo con Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, entre

⁶⁶“El Profesor Alsina, refiriéndose al impulso procesal, manifiesta que ‘el proceso es un organismo sin vida propia que avanza justamente en virtud de los actos de procedimiento. Esta fuerza externa que los mueve se llama impulso procesal, (...)’. A su turno Piero Calamandrei añade que impulso procesal ‘es la fuerza motriz que interviene en el curso del procedimiento podrá evitar que el mismo se estanque’. W. Kirch con otras palabras expresa el mismo concepto cuando dice que el impulso procesal ‘es la actividad que es necesaria para poner en movimiento el procedimiento y conducirlo hacia su fin’.” NUGENT, R. 1953. El Impulso y la Preclusión Procesales. Revista de Derecho PUCP. (13) p. 81. [en línea] <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13242>>

⁶⁷CGR, Dictamen N° 60.656, 26.09.11. Por su parte, el artículo 8° de la LOCBGAE, N° 18.575, señala: “Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte.”

indiferentes jurídicos porque la decisión se funda en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos) no incluidos en la ley y sometidos al juicio subjetivo de la Administración”⁶⁸.

Ahora bien, una decisión discrecional, no es sinónimo de una decisión arbitraria, pues la decisión de la Administración debe estar debidamente fundada. “La exigencia de fundamentación de los actos administrativos se relaciona con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que éstas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad -el que lleva implícito el de racionalidad, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado-, y de igualdad y no discriminación arbitraria -contenido en el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental-, como asimismo, velar porque tales facultades se ejerzan en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferir las”⁶⁹.

Respecto a las medidas provisionales, como ya quedó señalado en el párrafo dedicado a las Características, la discrecionalidad se manifiesta en dos momentos. En un primer momento, cuando la autoridad administrativa toma la decisión de imponer o no una medida de este tipo; y en un segundo momento, cuando habiendo decidido imponer una medida provisional, la autoridad competente debe determinar, específicamente, qué medida imponer de acuerdo a las circunstancias del caso.

Sobre el primer momento, el artículo 32 indica que la autoridad competente **podrá** adoptar medidas provisionales tanto durante la vigencia del procedimiento como antes de su inicio, si bien las circunstancias que habilitan a la autoridad para decretar la medida -que varían dependiendo del momento de su adopción- serán analizadas más adelante, baste por ahora con destacar el carácter discrecional de la decisión de imponer una medida de este tipo manifestado en la palabra “podrá”.

El segundo momento de discrecionalidad, se refleja en la adecuación de la medida que se decide imponer, a las circunstancias del caso, lo cual queda expresado en el artículo 32 al consignar que antes del inicio del procedimiento, el órgano de la Administración puede adoptar “las medidas **correspondientes**”, y una vez iniciado “las medidas que estime **oportunas**”. Ambas, medidas correspondientes y medidas oportunas, son equivalentes semánticos⁷⁰, ambas plasman la libertad de que dispone la Administración para decretar la medida que estime adecuada a la situación, en base a su criterio y considerando las circunstancias particulares del caso.

⁶⁸BELTRAN DE FELIPE, M. (1995) Discrecionalidad administrativa y constitución. Citado por: GUZMAN S., L. Ob. cit. p.32.

⁶⁹CGR, Dictamen N° 60.170, 19.12.2008.

⁷⁰Precisamente la palabra “correspondiente” es sinónimo de oportuna, siendo definida por el diccionario de la Real Academia Española como: De corresponder. 1. adj. Proporcionado, conveniente, oportuno.

Ahora bien, el artículo 32 refiere un momento más de discrecionalidad, en la adecuación de la medida provisional a las circunstancias sobrevinientes del caso. El inciso 5° de la disposición versa: “Las medidas provisionales **podrán** ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a petición de parte, en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción”. Sin embargo, consideramos que existe un error en la redacción del inciso al utilizar la palabra “*podrán*”, ya que es forzoso para la autoridad administrativa, y no discrecional como denota la palabra cuestionada, adecuar las medidas decretadas a las circunstancias del caso; si bien es cierto que, tales circunstancias serán apreciadas y ponderadas por el criterio de la autoridad, no es menos efectivo que, necesariamente debe modificarse una medida de este tipo si varían las circunstancias que dieron lugar a su adopción, una postura diversa resulta atentatoria contra la provisionalidad e instrumentalidad de la medida.

En el Derecho Español, la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 39/2015, en su artículo 56.5 se expresa en términos idénticos⁷¹ frente a la variación de las circunstancias del caso. La redacción no ha estado exenta de críticas, en palabras de la autora y académica española Belén Marina: “No resulta muy adecuada esta dicción de la ley que configura de forma facultativa el levantamiento o la modificación de las medidas adoptadas en caso de variación de las circunstancias en las que se hubiera fundado su adopción. Por el contrario, la extinción o modificación de las medidas provisionales acordadas será preceptiva si así deriva de la apreciación de las circunstancias no consideradas inicialmente”⁷².

2.1.2. Medidas adoptadas durante el proceso administrativo

“En principio, la adopción de medidas provisionales resulta condicionada a la iniciación del procedimiento. Iniciado el procedimiento, la necesidad de adoptar medidas provisionales puede ser satisfecha en cualquier momento”⁷³. De esta forma, y conforme lo consigna el artículo 32 de la Ley N° 19.880 en su inciso primero, iniciado un proceso administrativo, el órgano competente, de oficio o a solicitud de parte, puede decretar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera poner fin a dicho proceso, siempre que existan elementos de juicio suficiente. En la práctica, con frecuencia las medidas provisionales son decretadas

⁷¹“Artículo 56. Medidas provisionales. 5. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.”

⁷²MARINA J., B. 2017. Op. cit. p. 164.

⁷³MARINA J., B. 2007. Op. cit. p. 80.

conjuntamente con el inicio del proceso, ya sea en la misma resolución que instruye el proceso o bien en una resolución independiente; sin perjuicio de que pueden adoptarse en cualquier momento posterior en tanto se encuentre pendiente el proceso.

De los elementos que componen estas medidas, ya fueron estudiados, por ser elementos comunes a toda medida provisional, la competencia, el impulso procesal y la discrecionalidad. El objetivo de este apartado es analizar aquellos elementos que distinguen a las medidas decretadas una vez iniciado el proceso, de aquellas adoptadas antes de su instrucción, los cuales son: la existencia de elementos de juicio suficiente y la finalidad perseguida con su adopción, que se corresponden con los presupuestos ya estudiados, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, respectivamente.

Iniciado el proceso administrativo, frente a las circunstancias del caso, la autoridad competente deberá proyectar el eventual contenido de la resolución final, para determinar la concurrencia de elementos de juicio suficiente y de peligro en la demora. Existen elementos de juicio suficiente si es posible establecer que la pretensión que motiva la adopción de la medida provisional es verosímil, en el sentido de que, exista la probabilidad cierta de que dicha resolución resguarde tal pretensión. Por lo demás existe peligro en la demora si las circunstancias del caso tienen la potencialidad de privar de eficacia a esa eventual resolución final, ya sea por la eficacia del acto administrativo en sí mismo, o por los derechos e intereses protegidos por la resolución⁷⁴.

El autor español César Cierco, señala que las medidas provisionales son adoptadas “en el seno de un procedimiento administrativo con la finalidad de asegurar la eficacia real de la resolución que pueda recaer al término del mismo frente al peligro que comporta el transcurso del tiempo inherente a toda tramitación”⁷⁵. Por su parte la académica Belén Marina ha señalado a este respecto que para cumplir el fin de las medidas provisionales es necesario adelantar el contenido probable de la resolución final y “aun cuando la medida sea solicitada por el interesado, su adopción no se hace depender del juicio que merezca el derecho o interés alegado por el solicitante sino de la concurrencia de elementos que permitan fundar el ejercicio de las potestades encomendadas al órgano competente o,

⁷⁴“Las medidas cautelares van dirigidas a garantizar la efectividad del eventual resultado de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, por lo que son procedentes cuando hay un serio peligro de que los intereses o derechos subjetivos que pudieran ser reconocidos o amparados en la futura resolución final resultasen ya irrealizables o gravemente lesionados; y deben ser acordadas cuando todavía, por no haber finalizado el procedimiento, no se puede anticipar un juicio sobre el problema de fondo (...) Todo ello hace que, salvo los casos en que ya existan elementos que de manera ostensible apunten hacia la alta probabilidad de una concreta solución para el problema de fondo en la decisión final del procedimiento, esa tutela cautelar deba ser decidida en función de una mera valoración indiciaria de la importancia que presenten los concretos intereses en conflicto.” Dictamen Consejo Consultivo Castilla- La Mancha N° 63/2006, 26.04.2006, p. 4.

⁷⁵CIERCO S., C. 2008. Op. cit., p. 63.

en otras palabras, que supongan riesgo para el interés público a cuya protección se orientan dichas potestades”⁷⁶.

Es necesario recalcar en este punto que la medida se mantiene en tanto se mantengan las circunstancias que motivaron su adopción, si las circunstancias varían, o aparecen elementos que no pudieron ser considerados al momento de su adopción, es forzoso que la medida sea alzada o modificada. Por lo demás la medida nunca se extiende más allá de la dictación de la resolución que pone fin al proceso administrativo. Estos aspectos de la medida provisional se justifican por la instrumentalidad que la caracteriza.

En concreto, si a juicio de la autoridad administrativa competente concurren los presupuestos que justifican la adopción de una medida provisional, la mencionada autoridad debe emitir una resolución en la cual determine la medida que impone, así como la extensión de la misma. La determinación de la extensión debe ser entendida no en tanto duración, que como hemos venido señalando queda condicionada por las circunstancias del caso, sino que en cuanto a los bienes, derechos o intereses sobre los que recae, ya que en definitiva, la medida provisional limita el ejercicio de una potestad para que otra resolución -la resolución principal, aquella cuya eficacia se pretende resguardar- tenga la posibilidad de producir todos sus efectos al momento de su dictación.

La resolución que decreta la medida, configura por sí misma un acto administrativo, al ser una decisión formal, emanada de un órgano de la Administración, que contiene una declaración de voluntad -la imposición de la medida- en el ejercicio de la potestad reconocida por el artículo 32 de la LBPA. Como todo acto administrativo, goza de la presunción de legalidad contemplada en el artículo 3º de la Ley N° 19.880, siendo exigible desde su entrada en vigencia, sin embargo la normativa que regula las medidas provisionales nada dice respecto a cuándo ocurre ello. Tanto en materia sanitaria como en materia medioambiental se explicita de alguna manera la cuestión relativa a la vigencia de las medidas adoptadas en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador; ahora bien, en todos aquellos ámbitos en que no existe una normativa específica que establezca cuándo entra en vigencia una medida provisional, así como en todas aquellas materias en que siquiera existe mención a estas medidas, la falta de estipulación de este punto por parte del artículo 32 representa un vacío legal que, aplicando normas comunes a los actos administrativos⁷⁷, debe ser resuelto estimando que la

⁷⁶MARINA J., B. 2007. Op. cit. p. 90.

⁷⁷La norma aplicable se contiene en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, que en su artículo 45 y 48 se refiere, respectivamente, a la procedencia de la notificación y a la obligación de publicación en los siguientes términos: “Artículo 45. Procedencia. Los actos administrativos de efectos individuales, deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro (...) No obstante lo anterior, los actos administrativos que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, deberán publicarse en el Diario Oficial.” “Artículo 48. Obligación de publicar. Deberán publicarse en el Diario Oficial los siguientes actos administrativos: a) Los que contengan normas de general aplicación o que

medida provisional, entra en vigencia desde el momento de su notificación o bien desde su publicación si la medida se entendiese notificada por ese medio.

Por último, pese a que la disposición de la Ley N° 19.880 limita la adopción de las medidas provisionales durante la vigencia del proceso a los casos en que existan elementos de juicio suficientes, en la práctica, si durante la tramitación del proceso surgieran circunstancias urgentes que hicieran necesaria la adopción de la medida para la protección provisional de los intereses implicados, de tal modo que de esperar a la dictación de la resolución final estos pudieran verse afectados, la medida debe ser decretada. En definitiva, la existencia de razones de urgencia justifica la adopción de medidas provisionales “en todo caso, también tras el inicio del procedimiento, pues, de lo contrario, la protección de los intereses o derechos implicados podría esperar a la ejecución de la resolución que se dicte”⁷⁸.

2.1.3. Medidas adoptadas antes del inicio del proceso administrativo

El artículo 32 de la LBPA contempla la posibilidad de adoptar medidas provisionales previo al inicio del procedimiento “en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados”. Pese a que esta oportunidad pareciera no ajustarse a la finalidad que hemos venido estudiando como trascendente a todas las medidas provisionales, pues resulta contradictorio que estas puedan resguardar la eficacia de una resolución cuando siquiera se ha instruido el proceso, lo cierto es que, incluso las medidas provisionales decretadas antes del inicio del procedimiento se encuentran efectivamente vinculadas a éste y a la resolución que le pone término.

Esto se explica porque, en primer lugar, la medida nace condicionada a la instrucción del proceso administrativo en un plazo de “quince días siguientes a su adopción”. Un plazo de días hábiles, conforme lo consigna el artículo 25 de la Ley N° 19.880, “entendiéndose que son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos”; y si bien el artículo 32 establece que los quince días son los que se siguen a la adopción de la medida, la disposición de la LBPA referente a los plazos esclarece el asunto al establecer expresamente que “Los plazos se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate”⁷⁹. Ahora bien, no basta con que el proceso se inicie dentro del plazo de quince días, es necesario que la resolución que lo ordena se pronuncie

miren al interés general; b) Los que interesen a un número indeterminado de personas; c) Los que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, de conformidad a lo establecido en el artículo 45; (...)

⁷⁸MARINA J., B. 2017. Op. cit. p. 171.

⁷⁹Artículo 25. Ley 19.880: “Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”.

expresamente respecto a la mantención o modificación de la medida, determinando precisamente qué medida impone y su extensión.

Si para estos efectos las leyes sectoriales llegan a establecer un plazo mayor a quince días, debe predominar el plazo fijado en la LBPA, pues configura el límite temporal máximo; por el contrario, si la ley sectorial estableciera un plazo inferior, debe respetarse el plazo contenido en esa ley especial. La LBPA “ha pretendido establecer unas garantías generales de aplicación a todos los procedimientos, en base a su naturaleza de norma común y básica. El pretendido procedimiento común en este ámbito no tendría efectividad si, en la práctica, pudieran aplicarse medidas sin plazo de ratificación o con plazos superiores a quince días, aunque sea con fundamento en leyes aprobadas con anterioridad (...)”⁸⁰. Veremos en el Segundo Capítulo de este ensayo que, dentro de la escasa regulación que tienen las medidas provisionales en nuestro país, no existen aún disposiciones en la ley sectorial que establezcan un plazo superior al contemplado en la LBPA, no obstante en el entendido de que pudieran llegar a existir, resulta pertinente esclarecer el asunto.

Y en segundo lugar, estas medidas se encuentran vinculadas al proceso porque igualmente se orientan al resguardo de la eficacia de la resolución final. Aun cuando no se haya instruido el proceso administrativo, las medidas provisionales que se decreten, resguardan derechos y/o intereses que de no ser protegidos en ese momento podrían verse gravemente afectados, lo que finalmente podría ocasionar que la resolución final, que se pronuncie en resguardo de esos derechos o intereses, carezca de sentido, por encontrarse privada de eficacia desde antes de su emisión.

La particularidad de estas medidas es, que respecto de ellas, los presupuestos se verifican con distinta intensidad a como lo hacen respecto de una medida adoptada al inicio del proceso administrativo o durante su vigencia. Para las medidas objeto de este título, la urgencia que motiva la decisión de imponerlas permite que el *fumus boni iuris* que se requiere, sea menos intenso que el necesario para adoptar una medida provisional en condiciones normales, y por otro lado, el *periculum in mora* es más intenso, al ser mayor el riesgo que representa la espera de la dictación de la resolución final.

En otras palabras, las circunstancias del caso particular demandan la adopción de una medida provisional de manera inmediata. La urgencia que circunda estas medidas está determinada por el grave riesgo o peligro inminente que corren derechos o intereses, relativos a bienes o personas, que podrían verse considerablemente afectados. Ese riesgo consiste en la proximidad del daño, en la probabilidad real de que los derechos o intereses sean menoscabados, y en virtud de ello, se requieren

⁸⁰PONS C. F. Op cit. p. 143.

menos elementos de juicio -en comparación con los exigidos cuando la medida es impuesta durante la vigencia del proceso- para decretar la medida.

En los hechos, el órgano de la Administración pondera los intereses en juego, y decide, con la mayor celeridad posible, imponer una medida que resguarde aquellos derechos o intereses de alta valoración o aquellos cuya afectación pudiera extenderse a muchas personas, en detrimento de contar con un alto grado de certeza, así como de los derechos e intereses de aquellos que pudieran ser sujetos pasivos de la medida. La urgencia es el factor que “autoriza la derogación de las reglas habituales de fondo, justificando la adopción de medidas de considerable incidencia sobre los derechos, incluso fundamentales. Lo dicho no significa que resulte admisible cualquier medida. Nuevamente una correcta valoración de la urgencia en relación con los derechos e intereses implicados servirá para determinar el sentido y los límites de la medida adoptada”⁸¹.

2.2. Análisis crítico. Vacíos en la reglamentación

Por la ley en la que se contiene, el artículo 32 pretende ser una disposición que sienta las bases de las medidas provisionales para su regulación a cabalidad en la normativa sectorial que corresponda. Sin embargo la realidad jurídica nacional es otra, y son muy pocos los ámbitos en que se han regulado estas medidas, y muchos menos aquellos en que se ha hecho de manera acabada.

El objetivo de este apartado es efectuar un análisis pormenorizado de nuestro artículo 32 desde una visión crítica, que permita establecer qué aspectos pueden ser mejorados, y qué vacíos presenta la regulación de las medidas provisionales en la LBPA.

Nuestro artículo 32 se encuentra plenamente inspirado en el artículo 72 de la Ley española de “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, del año 1992. La mencionada Ley Hispana fue derogada en su totalidad por la Ley 39/2015, de “Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, que entró en vigencia el año 2016, brindando una nueva regulación a las medidas provisionales. Considerando que el Derecho Administrativo Español representa un referente para el Derecho Administrativo Chileno, y que la nueva regulación de las medidas provisionales, contenida en el artículo 56 de la Ley 39/2015, resuelve algunas de las observaciones que se le formulaban a la disposición que derogó, se estudiará el mencionado artículo, que pudiera ser el modelo que guíe una nueva norma general de las medidas provisionales nacionales.

⁸¹MARINA J., B. 2007. Op. cit. p. 86.

El mayor vacío que presenta el artículo 32, es la ausencia de criterios que orienten la decisión de decretar una medida provisional. Básicamente, la disposición establece que, iniciado el procedimiento, el órgano administrativo puede adoptar las medidas “que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”, y antes del inicio del procedimiento puede adoptar las medidas correspondientes, “en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados”. Desde ahí, es posible desprender como elementos, la finalidad de las medidas, los presupuestos (elementos de juicio suficientes para las medidas adoptadas durante la vigencia del proceso, y de urgencia para las medidas adoptadas previo a su inicio), y la discrecionalidad. Sin embargo la disposición es insuficiente en la entrega de criterios que puedan guiar la decisión del órgano competente entorno a la determinación de imponer o no una medida provisional, y qué medida imponer.⁸²

En este sentido, existen dos posibles soluciones, que pueden operar separada o conjuntamente. Por un lado, el establecimiento expreso de principios, y por otro lado, el establecimiento de elementos o factores que deban ser ponderados por la autoridad al determinar la imposición de una de estas medidas.

Respecto al establecimiento de principios, el artículo 32 deja constancia expresa de la aplicación del principio de proporcionalidad, al disponer “No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes” (*vid. Supra*, El Principio de Proporcionalidad: Un límite a las medidas provisionales, p. 31). Si bien es cierto que no se menciona literalmente como “principio de proporcionalidad”, queda clara la aplicación de éste que, a nuestro entender, es el más relevante en la materia.

No obstante lo anterior, el artículo 32 no contempla la aplicación de ningún otro principio del derecho, lo que resulta especialmente grave, toda vez que el principio de proporcionalidad implica

⁸²Una crítica similar formuló el Tribunal Supremo Español al artículo 72 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), señalando que la ausencia de criterios que orienten a la autoridad administrativa en la determinación de una medida provisional, se ha resuelto en la práctica, a partir de la construcción jurisprudencial. En palabras del máximo Tribunal: “Los pocos términos de la regulación legal y reglamentaria de las medidas cautelares, tanto en la LRJPAC, en la Ley General de Telecomunicaciones y en el citado reglamento de la CMT no contienen descripción ni mención de cuáles sean los elementos de juicio suficientes que han de tomarse en consideración para la adopción de medidas cautelares. Ha sido la Jurisprudencia del TS la que ha venido a perfilar el contenido de los "elementos de juicio" necesarios para adoptar la medida cautelar, acudiendo a las figuras de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y al *periculum in mora*. Con los condicionantes, establecidos legalmente, de que las medidas adoptadas no deben causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados y que la finalidad de la medida ha de ser siempre la de asegurar la efectividad de la resolución que finalmente se dicte.” STS, ROJ 3773/2017, 25.10.2017, p. 3 (FJ 1)

ponderación, y sin criterios o principios que orienten a la autoridad en ese aspecto, las decisiones arbitrarias por causa de una ponderación imprecisa son un riesgo real⁸³.

La nueva regulación vigente en España, hace mención expresa a la aplicación de “los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad” para las medidas decretadas una vez iniciado el proceso, y a los principios de proporcionalidad y necesidad para las medidas adoptadas antes de que exista proceso vigente. Sin querer hacer un estudio detallado del artículo 56 de la Ley 39/2015, es pertinente exponer una de las críticas recibidas por la norma que es considerada como un referente en el presente ensayo. Dicha crítica se refiere a que, a partir de una interpretación literal, como la que hemos presentado aquí, pareciera que no aplican los mismos principios para las medidas decretadas antes del inicio del proceso, que para las medidas que se dictan en el inicio o durante la vigencia de éste. La conclusión, siguiendo el tenor literal de la norma, sería que “las medidas adoptadas ya iniciado el procedimiento no tienen que resultar necesarias y que tampoco las medidas adoptadas antes de la iniciación del procedimiento tendrían que reunir las exigencias de efectividad y menor onerosidad”⁸⁴; naturalmente una interpretación literal no resulta adecuada en este caso, donde todos los principios deben ser aplicados a las medidas provisionales, independiente del momento de su adopción.

La consagración expresa de los principios de proporcionalidad, efectividad, menor onerosidad, y necesidad, más allá de que la redacción de la norma sea perfectible⁸⁵, es sumamente relevante, ya que permite que estos principios dejen de ser un ideal, convirtiéndose en una exigencia concreta, que debe orientar la decisión del órgano competente. La concurrencia de estos principios “deberá motivarse de forma explícita y detallada por la Administración, que condicionan la adopción de las medidas provisionales, y pueden ser útiles para combatir la arbitrariedad en la elección de la concreta medida, pero no eliminan la discrecionalidad administrativa”⁸⁶.

⁸³En los hechos, “la jurisprudencia del Poder Judicial chileno no cuenta con criterios jurídicos que le permitan generar una sólida doctrina constitucional. Más bien al contrario, las decisiones vinculadas con el disfrute y restricción de los derechos fundamentales parecen entregadas a una impredecible discrecionalidad. En este sentido, la situación contradice frontalmente la aspiración de certeza y previsibilidad que caracteriza al Derecho, y que sólo se puede alcanzar si se aplican criterios adecuados para arribar a decisiones correctas.” Hasta el momento “la noción de proporcionalidad ha sido intuitivamente utilizada, aunque en forma infrecuente e imprecisa, por el Poder Judicial chileno”. DÍAZ G., I. 2011. Op. cit. p. 172.

⁸⁴MARINA J., B. 2017. Op. cit. p. 175

⁸⁵Hay quienes estiman que el artículo 56 constituye un retroceso en relación al artículo 72 de la Ley 30/1992, puesto que su redacción entrega facultades excesivas a la Administración y, “no es lícito, constitucionalmente, que el Parlamento apodere a la Administración para cualesquiera fines y sin restricción material alguna para tomar medidas provisionales de ese porte. Constituye jurídicamente un cheque en blanco a cualquier Administración impropio de una ley contemporánea de procedimiento administrativo. La invocación de la Ley al principio de proporcionalidad o la prohibición de que la Administración adopte medidas que tengan carácter irreversible no constituyen garantía alguna, pues estos mandatos legales deben ser siempre objeto de interpretación y, por tanto, no previenen contra una decisión arbitraria o simplemente desproporcionada.” BAÑO L., J. 2016. Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015, de 1 de Octubre. pp. 27,28. En: La reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público. España. Instituto de Estudios Autonómicos. Editorial Col·lecció Debats (4). [en línea] <https://www.caib.es/sites/institutestudisautonomics/es/coleccio_debats-49529/>

⁸⁶MARINA J., B. 2017. Op. cit. p.179

La segunda solución es la entrega de criterios. Un ejemplo de ello es el artículo 40 de la Ley Orgánica que Crea la Superintendencia de Medio Ambiente, que aunque remitido al ámbito sancionador medioambiental, igualmente ofrece criterios que podrían ser adecuados y aplicados, a partir de la discrecionalidad de la autoridad competente, a cualquier medida provisional. Entre los criterios del artículo 40, y solo con fines ilustrativos, se encuentran: la importancia del daño causado o del peligro ocasionado; el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; la conducta anterior del infractor; y la capacidad económica del infractor, entre otros.

En relación a esta segunda solución, el legislador podría entregar criterios que orienten la decisión de decretar una medida provisional en el artículo 32, aunque en la práctica, sería el órgano administrador competente quien determine qué criterios ponderar en cada caso, debido a que, por el tipo de ley en que se contiene este artículo, los criterios debieran que ser redactados en términos muy generales, para ser aplicables en los distintos ámbitos en que se pueden decretar estas medidas. Por ello, resulta más adecuado que la normativa sectorial sea la que establezca los factores que deben ser sopesados al momento de decidir respecto a la adopción de una medida provisional, pues así es posible fijar factores o criterios atinentes a la materia de que se trate.

Otro de los vacíos que presenta nuestra normativa, es que no entrega un listado de las medidas que podría adoptar el órgano competente.

Si bien es cierto que, el establecimiento de un catálogo no taxativo de medidas en el artículo 32 de la LBPA puede ser de gran utilidad a la hora de orientar la decisión del órgano competente, no es menos cierto que la determinación de esas medidas en una norma de aplicación general es una labor extremadamente compleja.

En España, la Ley 39/2015 en su artículo 56 asumió la tarea de enunciar una serie de medidas provisionales que puede adoptar el órgano competente, para lo cual efectuó remisión expresa a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Dicha disposición contempla las siguientes medidas: suspensión temporal de actividades; prestación de fianzas; retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad; el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable; embargo preventivo; depósito, retención o inmovilización de cosa mueble; intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda; consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen; retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas; y aquellas otras medidas que, para la

protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

Sin embargo, este listado de medidas no ha estado exento de críticas. El catedrático madrileño, José María Baño León, sostiene que “el elenco de medidas que a título enumerativo contiene la ley - similares a los del juez civil como si la Administración pudiera asimilarse al juez- es amplísimo y de una onerosidad notable”⁸⁷. Por su parte, la académica Belén Marina Jalvo, cuestiona la remisión al artículo 727 de la LEC, toda vez que son evidentes las diferencias entre el proceso judicial y el proceso administrativo así como entre las medidas cautelares de uno y las provisionales el otro, esto sumado a que, la enunciación de medidas del artículo 56 no coincide plenamente con el artículo al que se remite⁸⁸.

En nuestra legislación sectorial, especialmente en aquellas materias que serán analizadas en el Segundo Capítulo de este ensayo, existen algunos listados de medidas provisionales. Así por ejemplo en medio ambiente, se contempla un “listado limitado pero genérico de medidas, debido principalmente a que la letra a) de dicha norma abre el catálogo de potenciales medidas que podría adoptar la SMA al señalar que se pueden decretar “medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño”. Se ha concluido de este modo que la SMA puede interpretar las medidas listadas en el artículo 48 de la LOSMA de manera de determinar en el caso concreto el contenido de las medidas a aplicar.”⁸⁹ ⁹⁰. En materia sanitaria, el Código del ramo en su artículo 48 dispone un catálogo limitado de medidas que, incluye: “clausura, prohibición de funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos”. Por último en el ámbito de electricidad y combustibles, no existe un listado de medidas, de manera que la ley consagra las medidas en términos bastante amplios al facultar a la autoridad competente para disponer “las medidas que estime necesarias para la seguridad del

⁸⁷BAÑO L., J. 2016. Op. cit. p. 29.

⁸⁸“Pues bien, lo cierto es que el citado art. 56.3 LPAC se limita a enumerar una serie de medidas provisionales de posible adopción por los órganos administrativos competentes, que no se corresponden precisamente con «los términos previstos» en la LEC. La enunciación de medidas provisionales de posible adopción que lleva a cabo el art. 56.3 LPAC permite comprobar que ni son todas las que están ni están todas las que se mencionan en el art. 727 LEC, que establece las «medidas cautelares específicas».” MARINA, B. 2017. Op. cit. p.183

⁸⁹HEPNER AUSIN, Felipe. 2016. Criterios de autorización de las medidas provisionales y de medidas urgentes y transitorias de la Superintendencia del Medio Ambiente empleados por los tribunales ambientales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho.p.25.

⁹⁰El artículo 48 de la Ley N° 20.417 establece que el instructor del procedimiento “podrá solicitar fundadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales: a) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño. b) Sellado de aparatos o equipos. c) Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones. d) Detención del funcionamiento de las instalaciones. e) Suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental. f) Ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor.”

público y el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores de energía eléctrica, de gas y de combustibles líquidos”⁹¹.

En síntesis, frente a las dificultades de establecer un listado de medidas de aplicación general, en el artículo 32 de la Ley N° 19.880, lo más adecuado es el establecimiento de medidas en la normativa sectorial. No obstante ello, como se puede apreciar en los tres ámbitos del administrativo sancionador aquí destacados, la legislación sectorial no siempre entrega un listado de medidas, y en los casos en que lo hace, no existe un estándar uniforme respecto al nivel de determinación de dichas medidas. Lo más adecuado, parece ser el establecimiento de un catálogo no taxativo de medidas, que dé cabida a la discrecionalidad de la autoridad competente, pero al mismo tiempo, entregue una serie de posibilidades que sirvan como parámetros de orientación en la resolución de la autoridad. La normativa medio ambiental es un buen paradigma en este punto.

Finalmente el último de los vacíos del artículo 32, consiste en la omisión del rango que debe tener la norma que establezca medidas provisionales en las distintas áreas del derecho administrativo.

El artículo 72 de la Ley 30/1992 que inspira nuestra disposición, establecía expresamente para las medidas decretadas antes del inicio del proceso administrativo la exigencia de que los supuestos de su adopción estuvieran “previstos expresamente por una norma de rango de Ley”. La normativa vigente en España no contiene una exigencia similar, habilitando de esta forma para la adopción generalizada de medidas provisionales antes del inicio del procedimiento, lo que implica mayores facultades para la Administración.

Esta modificación ha sido duramente criticada por las consecuencias que tiene en los procedimientos sancionatorios, donde los derechos de los sujetos pasivos involucrados podrían verse gravemente afectados. En opinión del profesor Tomás Cano Campos, no es posible adoptar medidas provisionales previo al inicio del procedimiento sancionador, pese a lo que podría desprenderse de una primera lectura del artículo 56, “la imposición de una sanción no protege de forma directa e inmediata los intereses implicados, pues el castigo en que consisten no trata de realizar de forma directa e inmediata el interés público presente en el comportamiento que la Ley prevé como supuesto de hecho de la infracción (...)” y zanja el asunto al señalar que “(n)o hay, ni parece que pueda haber, una urgencia inaplazable ni una necesidad de proteger provisionalmente los intereses implicados cuando de lo que se trata es única y exclusivamente de imponer un castigo o sanción. El contenido y la finalidad de las sanciones lo impide”⁹².

⁹¹Artículo 3 N°22 de la Ley N° 18.410 que “Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles”.

⁹²CANO C., T. 2016. El autismo del legislador: La <<nueva>> regulación de la potestad sancionadora de la Administración. Revista de Administración Pública. (201). pp. 55, 56.

En orden a solucionar los vacíos que presenta nuestra regulación, es pertinente que el legislador establezca los principios que deben orientar la dictación de medidas provisionales, y que esos principios que generalmente involucran conceptos amplios y valores imprecisos, sean retroalimentados y concretizados por pronunciamientos jurisprudenciales. Además de ellos, es necesario que la regulación sectorial contemple los criterios o parámetros que deben ser ponderados por la autoridad administrativa competente al momento de determinar la imposición de una medida de este tipo. También desde la normativa sectorial debiese ser entregado un listado no taxativo de las posibles medidas que puede decretar la autoridad. Y finalmente, para aquellas medidas que se decretan en el ámbito sancionador, y antes del inicio del proceso, es indispensable que el propio artículo 32 exija que los supuestos que habilitan su adopción, sean establecidos en una norma de rango de ley. Resolviendo cada uno de estos puntos, será posible avanzar hacia una regulación más completa de las medidas provisionales, que limite la discrecionalidad del órgano administrador competente.

Por último, para cerrar esta parte del análisis crítico, es pertinente formular algunas críticas a la redacción de nuestro artículo 32.

Una de las objeciones que ya ha sido formulada en el presente ensayo, se refiere a los supuestos que habilitan a la dictación de estas medidas. A partir de la redacción del artículo 32, es posible desprender con una interpretación literal, que el supuesto de urgencia habilita para adoptar medidas provisionales únicamente antes del inicio del procedimiento, a contrario sensu, si durante la tramitación del proceso, concurre el presupuesto de urgencia y es necesario adoptar una medida provisional para proteger provisionalmente los intereses implicados, la ley, literalmente, no contempla esa posibilidad. Si bien es pertinente mejorar la redacción de nuestra norma, es importante recalcar que la autoridad administrativa no ha seguido una interpretación tan literal, que lleve al absurdo de no poder decretar una medida provisional durante la tramitación del proceso frente a una situación de urgencia.

Por lo demás, a partir de la comparación del artículo 32 con otras normas, es posible obtener algunos aspectos que podrían mejorar.

Así, el artículo 48 de la LOSMA, contempla una duración máxima para la medida, al establecer que se caracterizan por ser “esencialmente temporales y tendrán una duración de hasta 30 días corridos”, con la posibilidad de renovarse por resolución fundada. Puede ser interesante establecer una duración máxima, aunque como hemos revisado, las medidas deben adecuarse a las circunstancias del caso, y nunca se extienden más allá de “la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente”.

Por último, de la comparación de nuestra norma con la actual regulación vigente en España, podemos obtener dos aspectos que se explicitan en el artículo 56 de la Ley 39/2015, y que podrían ser incluidos en nuestra legislación. El primero de ellos es la exigencia de que la resolución que adopta la medida, se encuentre debidamente motivada, y el segundo, a la existencia de una urgencia inaplazable.

La motivación implica que cada uno de los requisitos establecidos en la norma para disponer una medida provisional se encuentre expresado y justificado en la resolución que dispone la medida. “Para que sea posible comprobar que, en función de las circunstancias del caso concreto, la medida reúne los requisitos del art. 56 LPAC, no bastará una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, sino que deberá existir una motivación real, suficiente y no meramente formal”⁹³.

La existencia de una urgencia inaplazable para las medidas adoptadas previo al inicio del procedimiento puede ser entendida como la necesidad de disponer inmediatamente una medida provisional, frente a la probabilidad manifiesta y evidente de que riesgos inminentes o daños irreparables ocurran. Esto es significativo, ya que tras la decisión de imponer una medida de este tipo siempre existen razones de urgencia, que justifican la adopción de la medida ante la imposibilidad de esperar al término de la tramitación del proceso, sin embargo, con la calificación de “inaplazable”, es manifiesto que la urgencia que motiva las medidas pre-procedimentales es aún más apremiante que la que se requiere para adoptar una medida durante la vigencia del proceso.

⁹³MARINA, B. 2017. Op cit. pp. 180, 181.

CAPÍTULO II: LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVO SANCIONADORES

El objetivo de este capítulo es estudiar las medidas provisionales en el ámbito sancionador, ya que en ese ámbito son decretadas con frecuencia, y presentan algunas particularidades en relación a las medidas provisionales de aplicación general que hemos venido estudiando. Para ello el Capítulo II se divide en tres títulos: el primero, denominado “Medidas provisionales en los procedimientos sancionadores”, analiza la consagración normativa de estas medidas en el ámbito administrativo sancionador, considerando para ello las materias sanitaria, medioambiental, y eléctrica, que en grados diferentes, consagran y regulan estas medidas, luego, desde una perspectiva más general, se estudian las particularidades de los presupuestos de adopción y principios aplicables a toda medida provisional decretada en procedimientos administrativos sancionadores; los dos títulos restantes estudian la aplicación supletoria de la ley N° 19.880, el segundo enfocado a todo procedimiento sancionador, y el tercero, examinando específicamente la aplicación supletoria de la LBPA a las medidas provisionales, sea que cuenten o no con regulación sectorial.

1. Medidas provisionales en los procedimientos sancionadores

“Durante la sustanciación del procedimiento sancionador (e incluso antes de iniciarlo), puede ser conveniente realizar actuaciones tendentes a asegurar la eficacia de una hipotética resolución sancionadora, de forma similar a como sucede en los ámbitos civil (por ejemplo, el embargo preventivo) y penal (por ejemplo, la prisión provisional). Se trata de las denominadas ‘medidas provisionales’, cuyo fundamento se ha ampliado a la protección de los intereses generales en determinados supuestos.”⁹⁴

Estas medidas han sido ampliamente desarrolladas en el Derecho Administrativo Español⁹⁵, y uno de los aspectos merecedores de especial interés, es el hecho de que, en muchas ocasiones, son idénticas a la sanción que se llega a imponer al fin del proceso, así por ejemplo, una medida provisional de clausura es idéntica a la sanción de clausura. Entonces, ¿cómo distinguir esta medida de la sanción? El Tribunal Constitucional de España ha sostenido que “el carácter penal o administrativo sancionador de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la

⁹⁴RODRÍGUEZ T., J. 2008. Deporte y derecho administrativo sancionador. Madrid, Reus. p. 250.

⁹⁵El autor español Ferran Pons define la medida provisional en el ámbito sancionador como “aquella decisión administrativa de carácter **provisional, excepcional e instrumental**, que se adopta en el seno de un procedimiento sancionador, o con carácter **previo** al mismo, con las debidas **garantías** y limitaciones, ya sea para **poner fin a los efectos perjudiciales** de la conducta infractora, ya sea para proteger el **interés general** perturbado por la infracción, ya sea en fin para asegurar (...) la **eficacia de la resolución** que pueda recaer”. El énfasis es nuestro. PONS C. F. Op. cit. p. 17.

voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente”⁹⁶, es decir, debe existir una finalidad represiva para estar en presencia de una pena o sanción, puesto que “si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa.”⁹⁷

El fundamento de dedicar estas líneas a las medidas provisionales decretadas en procedimientos administrativos sancionadores es que, en primer lugar y como veremos a lo largo de este acápite, los presupuestos de este tipo de medidas presentan ciertas particularidades en comparación con los presupuestos de las medidas contempladas en el artículo 32 de la LBPA, básicamente por encontrarse indefectiblemente vinculados a la potencial comisión de una infracción. Asimismo, los principios que hemos estudiado, se presentan con ciertos matices en las medidas decretadas en el contexto de un procedimiento sancionador, y por lo demás, el principio de presunción de inocencia que no tiene cabida en procedimientos administrativos no sancionadores, podría ser aplicado a estas medidas por el tipo de procedimiento en que son decretadas.

En segundo lugar, estas medidas son frecuentemente decretadas por la autoridad administrativa, lo que torna de la mayor significancia su estudio, y algunas de ellas cuentan con regulación específica, ya sea concentrada en la ley sectorial que corresponda, o bien dispersa en la diversa normativa aplicable, lo que en definitiva es una muestra más de la basta aplicación que tienen estas medidas y la relevancia que revisten, ya que se trata de características que las hacen merecedoras de una regulación especial.

Este acápite inicia con la consagración normativa, donde serán estudiados todos aquellos aspectos contenidos en la regulación de las medidas provisionales, aunque por razones de extensión, limitado a los ámbitos sancionadores: sanitario, medioambiental y eléctrico. A continuación se revisarán los presupuestos, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, con las particularidades que presentan respecto de las medidas provisionales decretadas en procedimientos administrativos sancionadores. Por último se examina la aplicación de los principios de “Legalidad y Tipicidad” y “Proporcionalidad”, con los matices que presentan respecto a estas medidas. El primer título del capítulo II finaliza con el estudio del principio de presunción de inocencia que no fuera estudiado anteriormente, por ser de aplicación exclusiva en los procedimientos sancionadores.

⁹⁶STCE 48/2003, 12.03.2003, p.128 (Fundamento jurídico 9), BOE (63): 95-128, 14 de Marzo de 2003. En el mismo sentido SSTCE 331/2006, de 20 de noviembre, FJ 4; 121/2010, de 29 de noviembre, FJ 7; 39/2011, de 31 de marzo, FFJJ 2 y 3, y 17/2013, de 31 de enero, FJ 12.

⁹⁷STCE 185/2016, 03.11.2016, p. 86611 (Fundamento jurídico 13), BOE (299):86580-86646, 12 de Diciembre de 2016.

1.1 Consagración normativa

En este título se estudian todos aquellos elementos que se desprenden de la regulación aplicable a las medidas provisionales decretadas en procedimientos administrativos sancionadores de naturaleza sanitaria (farmacéutica), medioambiental y eléctrica. Estos tres ámbitos fueron seleccionados pues todos ellos consagran expresamente las medidas provisionales en sus respectivas normas, aunque lo hacen de forma muy diversa.

El ámbito sanitario regula de manera muy acotada en el artículo 178 del Código Sanitario las medidas provisionales, y diversas resoluciones emanadas de la autoridad sanitaria competente detallan competencias, y presupuestos de adopción de estas medidas. El ámbito medioambiental es, como lo hemos señalado en diversas ocasiones, un referente en la regulación de las medidas provisionales, donde el artículo 48 de la Ley que Crea la Superintendencia de Medio Ambiente establece los elementos que influyen y determinan la decisión de dictar una medida provisional, así como los aspectos centrales de éstas, y por lo demás, se remite al artículo 40 en cuanto a los criterios de graduación que concretizan la extensión de la medida, configurando de esta forma, una regulación completa, concentrada en una sola ley. Finalmente el ámbito eléctrico es el que regula de manera más somera las medidas provisionales en el artículo 3 número 22 de la Ley que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, al establecer la facultad de que dispone la SEC para decretarlas y las finalidades hacia las cuales se encuentran orientadas.

Este título es trascendental, ya que es el punto de partida para este segundo capítulo, donde a menor regulación y mayor cantidad de vacíos en la normativa sectorial aplicable a las medidas provisionales, se plantea la interrogante de si es posible o no aplicar supletoriamente el artículo 32 de la Ley N° 19.880.

a) Ámbito sanitario. Farmacéutico

Antes de comenzar, es pertinente aclarar que el ámbito sanitario comprende a los medicamentos, alimentos de uso médico, cosméticos, y alimentos de consumo humano. Sin embargo el presente acápite circunscribe el estudio del ámbito sanitario a los medicamentos y alimentos de uso médico, es decir, a los denominados productos farmacéuticos, debido a que los cosméticos y alimentos cuentan, cada uno, con su propia regulación, diversa a la de los productos farmacéuticos, y siendo el objetivo de este título exponer la dispersa regulación de las medidas provisionales en el ámbito

sanitario, teniendo este trabajo como eje central las medidas provisionales, y no el Derecho Administrativo Sanitario, basta con acotarlo a una de las ramas de este ámbito.

El artículo 178 del Código Sanitario, se refiere a las medidas provisionales con aplicación en los procedimientos regulados en dicho cuerpo normativo. Bajo la denominación de medidas sanitarias el artículo 178 regula las medidas provisionales expresando que la autoridad puede ordenarlas en casos justificados, y que pueden consistir en “clausura, prohibición de funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos”. La disposición contempla además, la posibilidad de decretar estas medidas antes del inicio del proceso sanitario, “por el ministro de fe, con el solo mérito del acta levantada, cuando exista un riesgo inminente para la salud, de lo que deberá dar cuenta inmediata a su jefe directo.”

Conforme lo ha señalado el Instituto de Salud Pública⁹⁸ los elementos que deben concurrir, copulativamente, para decretar una medida sanitaria son: imposición por persona facultada para ello, a saber, **autoridad sanitaria** o **ministro de fe** según corresponda; existencia de **caso justificado** cuando sea la autoridad sanitaria quien imponga la medida, y de **riesgo inminente para la salud**, cuando la adopte el ministro de fe; y que la medida sea de enunciadas por el **artículo 178** del Código Sanitario.

a. 1) Competencia para adoptarlas

El primero de los presupuestos es la imposición de la medida por persona facultada, que puede ser la autoridad sanitaria o el ministro de fe según sea el caso, sin embargo, quién es la autoridad sanitaria competente para decretar estas medidas y quién detenta la calidad de ministro de fe, son cuestiones que se esclarecen a partir de la revisión de otras normas.

Para determinar quién es la “autoridad sanitaria”, se debe considerar, el artículo 5° del Código Sanitario que establece: “Cada vez que el presente Código, la ley o el reglamento aluda a la autoridad sanitaria, deberá entenderse por ella al Ministro de Salud, en las materias que son de competencia de dicha Secretaría de Estado; a los Secretarios Regionales Ministeriales de Salud, como sucesores legales de los Servicios de Salud y del Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, respecto de las atribuciones y funciones que este Código, la ley o el reglamento radica en dichas autoridades y que ejercerá dentro del territorio regional de que se trate; y al Director del Instituto de Salud Pública, en relación con las facultades que legalmente le corresponden respecto de las materias sanitarias que este Código, la ley o el reglamento regula, sin perjuicio de los funcionarios en quienes estas autoridades hayan delegado válidamente sus atribuciones.”

⁹⁸CHILE, Instituto de Salud Pública. 2006. Resolución Exenta N° 2326, considerando 5°.

Como se puede apreciar, la citada disposición no es concluyente, en primer lugar porque alude a tres autoridades sanitarias -Ministro de Salud, SEREMI, y Director del ISP- y en segundo lugar, porque es necesario atender a las facultades con que cada una cuenta, para determinar a cuál de ellas se hace referencia en cada caso. Desde ya es factible excluir al Ministro de Salud, que no cuenta entre sus competencias con la facultad de decretar medidas provisionales.

El Decreto N°3 de 2010 del Ministerio de Salud, que Aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, dispone en su artículo 224: “En uso de sus atribuciones de fiscalización sanitaria el Instituto, en casos justificados, podrá aplicar **medidas de emergencia**, sin necesidad de sumario sanitario previo. Las mismas medidas podrán ser aplicadas por el ministro de fe designado por el Instituto, con el sólo mérito del acta que levante, cuando exista un riesgo inminente para la salud. Iguales atribuciones tendrán las SEREMI o sus ministros de fe, respecto de la fiscalización que el presente reglamento les encarga expresamente a ellas”⁹⁹.

El propio Reglamento de Productos Farmacéuticos, Decreto N°3, establece el ámbito de competencia de cada organismo. Respecto al Instituto de Salud Pública señala que “es la autoridad sanitaria encargada en todo el territorio nacional del control sanitario de los productos farmacéuticos”¹⁰⁰, para lo cual debe “fiscalizar la calidad de los productos farmacéuticos a través de acciones inspectivas, de control de estantería u otras en establecimientos fabricantes, importadores, acondicionadores, distribuidores, expendedores y asistenciales”¹⁰¹. En tanto que las SEREMI “son las autoridades competentes para autorizar la internación de los productos farmacéuticos” para lo cual deben “aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas (...) respecto de su distribución, almacenamiento y tenencia, en la medida que ello sea realizado por establecimientos del área farmacéutica autorizados, con excepción de los Laboratorios Farmacéuticos”¹⁰², pues la fiscalización de los laboratorios corresponde al ISP.

⁹⁹Los Secretarios Regionales Ministeriales se encuentran expresamente facultados por el DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, el cual establece, en su artículo 12, las funciones que cumplen las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, señalando en su número 3, que deberán “Adoptar las **medidas sanitarias** que correspondan según su competencia (...)”. En el mismo sentido el artículo 14B número 3, de la Ley N°19.937 “Que modifica el DL N° 2.763 de 1979, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión, y fortalecer la participación ciudadana”. A su vez el artículo 9 del Código Sanitario expresa que corresponde a las SEREMI “ b) dictar dentro de las atribuciones conferidas por el presente Código, las órdenes y medidas de carácter general, local o particular, que fueren necesarias para su debido cumplimiento”, Esta última norma es bastante general sin embargo es comúnmente citada en las resoluciones exentas que dictaminan una medida sanitaria, como punto de partida en el establecimiento de la competencia de las SEREMI para decretar una medida provisional.

¹⁰⁰CHILE. Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública. 2011. Decreto N° 3: Aprueba reglamento del sistema nacional de control de los productos farmacéuticos de uso humano, 25 de Junio de 2011, artículo 3.

¹⁰¹Decreto N° 3, artículo 190.

¹⁰²Decreto N° 3, artículo 4.

En el ejercicio de sus facultades¹⁰³ el ISP creó, por resolución exenta N° 334 de 2011, la Agencia Nacional de Medicamentos (ANAMED), en cuya jefatura se delegó la competencia para ordenar “el retiro del mercado, así como también la aplicación de las demás medidas sanitarias contempladas en el artículo 178 del Código Sanitario, de los medicamentos, alimentos de uso médico, cosméticos y demás productos sujetos a control sanitario”. El jefe de la ANAMED, es también el encargado de “(r)atificar las medidas sanitarias impuestas por el ministro de fe”¹⁰⁴. Todo esto, sin perjuicio de que, en los hechos, el Director del ISP continúa siendo quien firma las resoluciones que disponen medidas provisionales o sanitarias.

Como quedó señalado, el artículo 178 consigna que también puede adoptar medidas sanitarias el “ministro de fe”. El mismo Código Sanitario en su artículo 156 establece quién tiene dicho carácter, al señalar que las actuaciones de inspección y allanamiento “serán realizadas por funcionarios del Servicio Nacional de Salud. Cuando con ocasión de ellas se constatare una infracción a este Código o a sus reglamentos, se levantará acta dejándose constancia de los hechos materia de la infracción. El acta deberá ser firmada por el **funcionario que practique la diligencia**, el que tendrá el carácter de **ministro de fe.**”

Como puede apreciarse, la disposición citada hace referencia únicamente a “funcionarios del Servicio Nacional de Salud”, aun cuando dicho servicio no existe desde hace varias décadas. Los actuales sucesores del Servicio Nacional de Salud son: los Centros de Referencia de Salud, las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, el Instituto de Salud Pública, el Fondo Nacional de Salud, y la Central de Abastecimiento. Naturalmente, a cada una de estas cinco entidades, le fueron adjudicadas distintas funciones del mencionado servicio, por lo que no todas ellas se encuentran facultadas para la adopción de medidas sanitarias.

Considerando el análisis realizado para la determinación de la autoridad sanitaria, es lógico entender que quienes tienen la calidad de ministros de fe son los funcionarios de las Secretarías Regionales Ministeriales y del Instituto de Salud Pública¹⁰⁵, porque son sus autoridades las facultadas para adoptar medidas sanitarias, y el control de los productos farmacéuticos es materia de su

¹⁰³En este sentido el Director del ISP ha hecho uso de la potestad que le concede el artículo 5° del Código Sanitario para delegar las facultades en estudio.

¹⁰⁴CHILE, Instituto de Salud Pública. 2011. Resolución Exenta N° 334: Crea el Departamento Agencia Nacional de Medicamentos, determina su estructura interna y delega facultades y establece orden de subrogación que indica, 12 de Octubre de 2010, artículo 16, letras c y d.

¹⁰⁵ El Subdepartamento de Inspecciones, perteneciente a la Agencia Nacional de Medicamentos, es el organismo encargado de fiscalizar, y por ende, son sus funcionarios, quienes al llevar a cabo dicha labor adquieren la calidad de ministros de fe. En este sentido, resultan relevantes los artículos 7 y 8 de la Resolución Exenta N° 334, que otorgan al Subdepartamento de Inspecciones la competencia para fiscalizar en materia de medicamentos, y especialmente el artículo 4 de la misma resolución, que reconoce a dicho Subdepartamento, indirectamente, la facultad de aplicar medidas sanitarias, al señalar que corresponde a la Unidad Ejecutiva “asesorar al Subdepartamento de Inspecciones **en su labor de control sanitario** en los establecimientos farmacéuticos y cosméticos respecto de la **aplicación de medidas sanitarias.**” (énfasis añadido).

competencia. Si bien las SEREMI se encargan de vigilar la internación de productos farmacéuticos, su gran acción inspectiva en materia sanitaria se despliega en el área de alimentos, de ambiente (aire, agua, acústica), y de residuos sólidos.

a. 2) Presupuestos habilitantes. El caso justificado y el riesgo inminente

El segundo de los elementos que debe concurrir para que una medida sanitaria sea decretada es la existencia de caso justificado cuando sea la autoridad sanitaria quien imponga la medida, y de riesgo inminente para la salud, cuando sea el ministro de fe; como se puede apreciar, existen dos hipótesis de adopción de una medida en el ámbito sanitario, dependiendo de la autoridad que impone¹⁰⁶. El caso justificado y el riesgo inminente coinciden con los presupuestos de adopción de las medidas provisionales.

Es interesante destacar que la facultad de la autoridad sanitaria para adoptar medidas provisionales en el contexto de un procedimiento sanitario sancionador, es más amplia que la del ministro de fe, pues bajo el supuesto de caso justificado se incluyen una serie de hipótesis que deberán ser analizadas discrecionalmente por la propia autoridad, quien en definitiva deberá determinar si los elementos que concurren en el caso son suficientes para justificar la adopción de una medida sanitaria. Naturalmente el riesgo inminente para la salud está incluido dentro de esas hipótesis que configuran el caso justificado, y su concurrencia no solo puede, sino que debe, originar la imposición de una medida provisional. Por otra parte, la facultad del ministro de fe es más acotada, ya que decreta estas medidas en el ejercicio de su labor fiscalizadora, y en esa instancia sólo puede verificar si existe alguna irregularidad que configure un riesgo inminente para la salud, la confluencia de cualquier otro supuesto escapa al ámbito de la fiscalización.

Las alertas internacionales¹⁰⁷ son otra de las hipótesis que pueden llegar a configurar el caso justificado. La seguridad de los medicamentos, no sólo debe ser resguardada a nivel nacional, pues los

¹⁰⁶ Resulta necesario aclarar que por no existir definición legal de los conceptos de caso justificado y riesgo inminente para la salud, así como tampoco un estudio sistemático de ellos en el ámbito sanitario, serán definidos, en el presente trabajo, a partir del análisis de resoluciones y sentencias del Instituto de Salud Pública.

¹⁰⁷ El sistema de alertas internacionales se desarrolla de la siguiente forma:

- Denuncias de particulares, o estudios científicos, respecto de un fármaco, permiten asociar un riesgo cierto o incierto al uso o consumo de éste;
- La autoridad nacional, encargada del control sanitario de los productos farmacéuticos, estudia la veracidad de las denuncias, y de los estudios científicos según corresponda, y con ello evalúa la probabilidad de la existencia del riesgo;
- Si tal autoridad estima que determinado fármaco es cierta o potencialmente riesgoso para la salud de las personas, adopta las medidas pertinentes para evitar la propagación de los posibles daños;
- Al mismo tiempo que adopta medidas, la autoridad procede a publicar la información relativa al riesgo asociado a un medicamento. De esta publicidad se hacen parte organismos internacionales que tienen entre sus objetivos el

productos farmacéuticos que son comercializados en Chile, en muchas ocasiones son importados desde el extranjero, o bien producidos a partir de fórmulas desarrolladas en otros países, por ende resulta lógico que una respuesta eficaz de la autoridad sanitaria respecto a la seguridad de los productos farmacéuticos, y en general en la protección de la salud de la población, considere la contingencia internacional¹⁰⁸. En este sentido, el sistema de alertas internacionales se erige para evitar la propagación de los potenciales daños de un producto farmacéutico que se descubre riesgoso¹⁰⁹.

resguardo de la seguridad de los productos farmacéuticos, tales como, la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de Salud (OPS), o la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) y;

- A partir de la información publicada, las autoridades sanitarias de otros países, susceptibles a los potenciales daños del fármaco, adoptan medidas internas, como las contempladas en el artículo 178 del Código Sanitario, orientadas a impedir el uso o consumo del medicamento por parte de la población.

¹⁰⁸En nuestra normativa son múltiples las disposiciones que hacen referencia a la coordinación internacional respecto a la salud, que si bien es más evidente en torno al manejo de enfermedades, como lo ocurrido el año 2009 con la influenza porcina AH1N1, también se encuentra presente en la seguridad de los medicamentos. Así nuestro Código Sanitario establece en su Libro II De la Profilaxis Sanitaria Internacional, Título II De la Protección Sanitaria Internacional, “Artículo 56.- Corresponde al Servicio Nacional de Salud en materia de protección sanitaria internacional: (...) c) estimular el intercambio internacional de informaciones que tengan importancia en el mejoramiento de la salud pública y en el control de las enfermedades propias del hombre (...)”, donde bajo la noción de mejoramiento de la salud pública puede incluirse, haciendo uso de un criterio amplio, la seguridad de los medicamentos. Así también, de manera más evidente, el Decreto Supremo N°3 de 2011, se refiere a la existencia de Denominaciones Comunes Internacionales (DCI) que representan el nombre genérico, internacionalmente aceptado, entregado a los productos farmacéuticos (artículo 5 N°57); a la consideración, para el establecimiento de propiedades de medicamentos, de determinadas farmacopeas extranjeras, como la Internacional, la Europea, la Japonesa (artículo 33); y a la cancelación del registro sanitario producto de antecedentes emanados del extranjero, o de la OMS (artículo 59).

¹⁰⁹Un memorable caso de alerta internacional es el relativo a la Sibutramina. El 21 de enero de 2010, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AGEMED) difunde su decisión de no continuar comercializando el medicamento, luego de descubrir que el balance riesgo-beneficio de éste era desfavorable, por aumentar las posibilidades de accidentes cardiovasculares, cuestión especialmente grave si consideramos que quienes consumían Sibutramina eran personas con importante obesidad, y por ende, en su mayoría, con un alto riesgo base de sufrir este tipo de accidentes. Ese mismo día, la Agencia Europea de Medicina (EMA), y la Foods and Drugs Administration (FDA) de Estados Unidos, adoptaron medidas: la primera recomendó a la Unión Europea suspender las autorizaciones de comercialización, agregando a los argumentos ya señalados en España, que beneficios similares a los logrados por la Sibutramina podrían lograrse con otras alternativas de menor riesgo; la FDA, fundada en la revisión que realizó, coincidió con el alto riesgo del fármaco en cuestión, solicitando a los fabricantes incorporar una nueva contraindicación en los rótulos, que prohibiera su uso en pacientes con antecedentes cardiovasculares. Al día siguiente, a la luz de los acontecimientos internacionales, la reacción continuó en Australia, Nueva Zelanda, y Chile. En nuestro país los principales hitos desencadenados por esta alerta internacional fueron:

- Con fecha 22 de enero de 2010, el ISP emitió una alerta de seguridad de medicamentos, donde presentó los sucesos ocurridos en el extranjero, en base a lo cual declaró encontrarse evaluando la suspender “la distribución para los productos que contengan Sibutramina”, así como, “tramitando la prohibición de la elaboración de los productos magistrales que contengan Sibutramina”.
- El 25 de enero el ISP actualizó la alerta emitida, determinando las contraindicaciones del fármaco, y señalando la orientación de su trabajo, dirigido a modificar los folletos de información tanto del paciente como de los profesionales, modificar el rótulo de todos los productos que contengan Sibutramina (un total de 43), establecer un sistema de farmacovigilancia del medicamento, y como última medida a ejecutar, prohibir la elaboración de productos magistrales que la contengan.
- Con fecha 3 de febrero de 2010, el Instituto emite la Resolución Exenta 305 por la cual concreta dos de sus objetivos, estableciendo la modificación a los folletos de información, así como a los rótulos de todos los productos que contengan Sibutramina.
- Finalmente, el 19 de octubre de 2010, la Resolución Exenta N° 2993, determina: suspender “la importación, exportación, fabricación, venta, comercialización y distribución de los productos farmacéuticos que contengan sibutramina como principio activo en todas sus formas farmacéuticas (...)”; suspender “la elaboración, venta, comercialización y distribución de los productos farmacéuticos que constituyan fórmulas oficinales o magistrales que contengan sibutramina como principio activo (...)”; la prohibición de su importación, distribución o venta; y “la destrucción y baja de todas las partidas, series o lotes distribuidos de los productos farmacéuticos que contengan

Un tercer supuesto de caso justificado, lo constituyen las denuncias, por medio de las cuales se informa al ISP de fallas en la calidad de medicamentos, productos falsificados o casos de ineficacia terapéutica. Las denuncias pueden provenir de particulares, de profesionales de la salud, o de titulares de registro sanitario, y por regla general, dan lugar a un sumario sanitario, sin embargo, ciertas denuncias dotadas de especial entidad y gravedad, pueden además originar una medida sanitaria, en aquellos casos en que, por existir un riesgo inminente para la salud, no sea conveniente esperar a la finalización del procedimiento sanitario para reaccionar.

El cuarto supuesto de caso justificado lo constituye la Reacción Adversa a Medicamento (RAM), que en ocasiones puede presentarse conjuntamente con la denuncia, pero de no ser presumiblemente atribuible a una infracción sanitaria, la RAM se presentará separada de la denuncia, por medio de una notificación. De acuerdo al Reglamento de Control de Productos Farmacéuticos, ésta consiste en “(l)a reacción nociva y no intencionada que se produce a dosis utilizadas normalmente en el ser humano”¹¹⁰. El Instituto por medio de su Subdepartamento de Farmacovigilancia, registra las notificaciones de reacciones adversa¹¹¹, y realiza revisiones periódicas o no de tales registros, a partir de lo cual dependiendo de la magnitud¹¹² y/o reiteración de las reacciones, puede estimar necesario adoptar una medida provisional.

Finalmente pese a la redacción del artículo 178, parece lógico entender que tanto la autoridad sanitaria como el ministro de fe se encuentran facultados para decretar medidas provisionales frente a un riesgo inminente para la salud. En reiteradas disposiciones del ámbito sanitario se hace referencia al riesgo, así por ejemplo, el Código Sanitario menciona en 12 ocasiones riesgos relacionados con la salud, en tanto que el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano lo hace en 13 oportunidades, no obstante, ninguno de ellos define este término. Considerando la relevancia del riesgo en la adopción de medidas provisionales, éste será estudiado más adelante, a propósito del presupuesto *periculum in mora*.

sibutramina como principio activo (...), así como “la destrucción y baja de todas las existencias de la droga” y de las materias primas que la contengan.

¹¹⁰Decreto N° 3, artículo 5 N° 73.

¹¹¹Las notificaciones se realizan por medio de la presentación de un formulario disponible en la página web del Instituto (www.ispch.cl) que ha sido estructurado en base a vacunación por ser la más probable, aunque no la única, vía de reacciones adversas. Dicho formulario se divide en dos partes, una de notificación de la reacción, y otra de seguimiento de ésta, en ellas exige entre otras cosas una especificación de las manifestaciones locales y generales de la reacción, así como la evolución de la misma.

¹¹²El Reglamento de Control de Productos Farmacéuticos, define otros 2 tipos de reacciones adversas, la SERIA, que es aquella “que sea mortal o que pueda poner en peligro la vida o que implique incapacidad o invalidez grave o que tenga por consecuencia la hospitalización o prolongación de la misma”, y la INESPERADA, definida como aquella “que no se menciona en la monografía del producto, folletos de información al paciente y al profesional que prescribe autorizados en el respectivo registro sanitario.” Artículo 5 N° 74 y 75.

a. 3) Medidas que pueden adoptarse

El último de los elementos que debe concurrir para decretar una medida sanitaria, es que ésta sea de las enunciadas en el artículo 178. La disposición contempla como medidas: “la clausura, prohibición de funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos”.

Este catálogo de medidas es taxativo, lo cual se demuestra, en primer lugar, por la redacción del artículo -no utiliza términos como “entre otras” o “tales como”, y finaliza el listado de medidas con la conjunción “y”-, en segundo lugar, porque la resolución exenta N° 2326 del Instituto, que indica los presupuestos necesarios para la adopción de una medida sanitaria, exige “Que se trate de alguna de las medidas que **señala** el artículo citado”. Este tercer presupuesto carecería de sentido si el catálogo fuera meramente ejemplificador, y las medidas sanitarias pudieran ser creadas conforme a las necesidades de cada situación.

De esta forma, ha quedado establecido que sólo existen 6 medidas sanitarias. Es interesante destacar que todas estas medidas se encuentran definidas y reguladas, en mayor o menor grado, en el Código Sanitario o en el Reglamento de Control de Productos Farmacéuticos, sin embargo esta normativa, se refiere a ellas en tanto sanciones sanitarias, y si bien se expone a continuación aquello referente únicamente a sus definiciones, es inevitable el cuestionamiento de si, a falta de regulación propia, es aplicable o no la normativa de las sanciones administrativas a las medidas provisionales.

La clausura de acuerdo al Código Sanitario¹¹³, corresponde al cierre y sellado de una casa, local o establecimiento, o de una parte de él, siempre y cuando, en dicho sitio, se encuentren los elementos que acrediten la comisión de una infracción a la regulación sanitaria. Tratándose de la clausura como medida sanitaria, puede ser impuesta solo de manera temporal, aunque impuesta como sanción puede aplicarse también de manera permanente.

La prohibición de funcionamiento equivale a la cancelación de la autorización de funcionamiento. Las farmacias, droguerías o laboratorios requieren para iniciar sus funciones una autorización previa del ISP¹¹⁴, la cual tiene una vigencia de 3 años, siendo prorrogable por períodos iguales y sucesivos.

¹¹³El Código Sanitario no entrega de manera explícita una definición de clausura, así como tampoco lo hace para las demás medidas sanitarias. La definición aquí entregada se desprende de la lectura del artículo 159 del Código en comento, definición que se asimila a la entregada por el Diccionario de la Real Academia Española, que señala que clausurar consiste en “cerrar, inhabilitar temporal o permanentemente un edificio, un local, etc.”

¹¹⁴Respecto a la autorización de funcionamiento véase Código Sanitario artículo 122, Decreto 1.222 que Aprueba el Reglamento del Instituto de Salud Pública de Chile artículos 4 y 51.

La paralización de faenas equivale a la prohibición de llevar a cabo un trabajo, servicio o giro¹¹⁵. El Decreto N° 3 de 2011, define la faena, en su artículo 5 N° 72, como el “(c)onjunto de operaciones involucradas en la obtención de un producto farmacéutico, desde la adquisición y recepción de materiales, hasta la liberación, almacenamiento y sus correspondientes controles de calidad”. La paralización puede ser total o parcial¹¹⁶.

El decomiso corresponde al traslado de los elementos que sirvieron para cometer una infracción a los depósitos o almacenes del Instituto. El ISP puede disponer de diversas formas de los elementos decomisados, dejándolos para su beneficio, aplicándoles otra medida sanitaria como la desnaturalización (en cuyo caso devuelve el producto al dueño para que la lleve a cabo) o la destrucción, o bien, de no ser posible nada de lo anterior posible, procediendo a su subasta mediante la Dirección General del Crédito Prendario y de Martillo, cuyo producto ingresará los fondos del Instituto¹¹⁷.

La destrucción de productos equivale a su eliminación, la imposibilidad de darle cualquier uso.

La desnaturalización de un producto, consiste en la alteración de sus propiedades, que a diferencia de la destrucción persigue dar nuevos usos a los productos objeto de esta medida.

Respecto al decomiso y los posibles destinos de los productos decomisados, es decir, la destrucción, la desnaturalización, y la pública subasta, es imposible hablar de medidas provisionales. A todas luces estas medidas carecen de la característica más esencial de las medidas provisionales, que es la provisionalidad. Es por ello que no resulta adecuada su inclusión en el artículo 178, como medidas que pueden ser adoptadas en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador, cuando se

¹¹⁵El ISP en su resolución exenta N° 1530 de 2006, considerando 3°, ha consignado: “la faena constituye el trabajo, servicio o giro.”

¹¹⁶El Decreto N°3 establece en su artículo 170 las causales para decretar una paralización de faenas, las cuales son: “a) Que un laboratorio farmacéutico funciona sin Director Técnico, Jefe de Producción, Jefe de Control de Calidad o Jefe de Aseguramiento de la Calidad, según corresponda. b) Que no se han subsanado las deficiencias observadas que le han sido notificadas, dentro de los plazos que el Instituto le hubiere señalado. c) Que no se cumplen las normas y especificaciones de fabricación de las Buenas Prácticas de Manufactura y Laboratorio, en lo que corresponda a la categoría y líneas de actividades de establecimiento, que pongan en riesgo la eficacia, seguridad y calidad de los productos.” Sin embargo, como ya quedara señalado, estas causales se refieren a la paralización de faenas como sanción sanitaria. Veremos más adelante si es factible o no aplicar regulación de sanciones administrativas a las medidas provisionales.

¹¹⁷Los artículos 180 y 181 del Código Sanitario regulan el destino de los productos decomisados. “Art. 180. (171). Todos los objetos decomisados por el Servicio Nacional de Salud en virtud de las facultades que le confiere el presente Código, se destinarán a beneficio de esa Institución o, los destruirá, cuando proceda. No obstante, el Servicio podrá dejar los mencionados objetos en poder de su dueño siempre que puedan ser desnaturalizados y empleados en otros fines sin riesgo para la salud pública. En este caso el interesado deberá cumplir todas las exigencias que le formule el Servicio. Las especies que atendida su naturaleza o el estado en que se encuentren no deban ser destruidas, ni sean útiles a la Institución y respecto de las cuales no se haya aplicado el inciso anterior, deberán subastarse por intermedio de la Dirección General del Crédito Prendario y de Martillo y su producido ingresará a fondos generales del Servicio Nacional de Salud.” La disposición citada hace referencia al Servicio Nacional de Salud, sin embargo, como se ha aclarado anteriormente, el sucesor de este servicio facultado para adoptar medidas sanitarias en el ámbito farmacéutico es el Instituto de Salud Pública. Por su parte, el artículo 181 hace aplicable lo dispuesto en el artículo 180, para los casos en que el comiso sea dispuesto frente a un “delito contra la salud pública.”

desconoce si efectivamente existió una infracción, e incluso más, que pueden ser adoptadas antes de que exista un proceso. Pese a que la finalidad tras la adopción de una medida sanitaria de decomiso con destrucción, desnaturalización o pública subasta, pueda no ser represiva como la de una sanción, el carácter irreversible de sus efectos, torna inviable que se trate de una medida provisional.

Otro de los errores que presenta la redacción del artículo 178, es que no considera en su lista de medidas el retiro de productos, que es, en la práctica, la medida más decretada en materia sanitaria. Esta medida consiste en que el fabricante de un producto procede a sacarlo del mercado, bajo su responsabilidad, por representar o poder representar, un riesgo para la salud de la población. El retiro puede tener dos orígenes: voluntario, si es el propio fabricante quien a partir de sus controles de calidad, informa al ISP o a la Subsecretaría de Salud Pública¹¹⁸ que su producto presenta alguna falla, y que en atención a ello ha decidido proceder a su retiro; y obligatorio o impuesto, si es el ISP quien lo decreta luego de constatar el riesgo mediante una denuncia, inspección, o allanamiento. Solo el retiro obligatorio puede representar una medida sanitaria, puesto que, tal como fuera señalado anteriormente, las medidas provisionales deben ser decretadas por la autoridad administrativa o por un ministro de fe, siendo incompatible con ellas la disposición voluntaria del sujeto pasivo.

El Laboratorio Bestpharma ha realizado dos presentaciones, en que ha solicitado se deje sin efecto un retiro, argumentando precisamente que no es factible adoptarlo previa sentencia de un procedimiento sumario, es decir, en calidad de medida sanitaria, toda vez que “el artículo 178 del Código Sanitario establece una enumeración taxativa de las medidas que se pueden adoptar”¹¹⁹. Por su parte el ISP ha establecido respecto de la misma disposición que, “por la amplitud del campo en el cual puede ser aplicada, requiere ser interpretada de un modo que se avenga con el caso específico de que se trata, de modo tal que, más allá del tenor literal de la norma, debe estarse, para su interpretación, al efecto perseguido con la medida sanitaria que se aplica. De esta forma, cuando se ordena el retiro de un determinado producto del mercado, estamos frente a la medida sanitaria de paralización de faenas, en cuanto, la faena constituye el trabajo, servicio o giro que realiza la recurrente, respecto del medicamento que hemos venido analizando, y por tanto el retiro del mercado, la prohibición de distribuir y usar un producto farmacéutico, constituye, evidentemente, una paralización de esa faena”¹²⁰.

¹¹⁸El Decreto N° 3 que Aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, establece en su párrafo séptimo “De las Obligaciones Comunes a Todo Titular de Registro Sanitario”: “Artículo 71.- El titular de registro sanitario es el responsable final de la seguridad y eficacia del medicamento. Sin perjuicio de las obligaciones específicas establecidas en atención a la naturaleza de cada especialidad farmacéutica, todo titular de registro sanitario estará obligado a: (...) 3) Comunicar de inmediato al Instituto y a la Subsecretaría de Salud Pública los retiros de productos del mercado que practiquen, informando adecuadamente los motivos y medidas adoptadas para este efecto (...)”

¹¹⁹CHILE, Instituto de Salud Pública. 2006. Resolución exenta N° 2326. Considerando 1° letra J.

¹²⁰CHILE, Instituto de Salud Pública. 2006. Resolución exenta N° 1530. Considerando 3°.

La única normativa vigente a la fecha, que se refiere al retiro, es la Resolución Exenta N° 334, que Crea el Departamento Agencia Nacional de Medicamentos, Determina su Estructura Interna y Delega Facultades y Establece Orden de Subrogación que Indica, de 2011, del Instituto de Salud Pública, que en su artículo 16 consagra: “Delégase, asimismo, en la Jefatura de la Agencia Nacional de Medicamentos, el ejercicio de las siguientes facultades: c) Disponer el **retiro** del mercado, así como también la aplicación de las **demás medidas sanitarias** contempladas en el artículo 178 del Código Sanitario, de los medicamentos, alimentos de uso médico, cosméticos y demás productos sujetos a control sanitario.”

En la disposición citada, el ISP califica el retiro como una medida sanitaria, ya que al señalar que ANAMED puede “disponer el retiro” y las “demás medidas sanitarias”, no puede sino entenderse que éste forma parte también de esas medidas sanitarias. Sin embargo, es el propio Instituto de Salud Pública quien agrega al catálogo taxativo de medidas entregado por la ley, la medida del retiro, lo que excede la competencia que le otorga el propio Código Sanitario. Es por ello que, en la práctica el ISP no decreta el retiro como tal sino que lo incluye dentro de otra medida sanitaria, como hemos podido apreciar en el caso presentado, el Instituto sostiene la tesis de que el retiro queda comprendido dentro de la paralización de faenas.

En nuestra opinión, el Instituto excede su competencia al expandir el listado de medidas comprendido en el artículo 178 del Código Sanitario. Si bien es cierto que la Contraloría aún no se pronuncia respecto a esta adecuación que efectúa el ISP al decretar el retiro bajo el manto de alguna otra medida, existen pronunciamientos relativos a otras extralimitaciones del Instituto, donde el órgano contralor ha sostenido que el ISP no puede ejercer potestades que no se le hayan conferido legalmente¹²¹.

Efectivamente la autoridad sanitaria dispone de discrecionalidad en la determinación de la medida a adoptar, pero esa discrecionalidad “no puede ser concebida como una facultad de autodeterminación absoluta, fuera de toda ley, ya que por una parte, de cuyo la libertad supone una ley

¹²¹Así, en dictamen N° 953 de 07.01.2013, la Contraloría dejó sin efecto 4 resoluciones exentas del ISP por las que disponía la fecha de inicio de la exigencia de estudios para demostrar equivalencia terapéutica, señalando que “la norma que establezca dicha data debe ser expedida a través del Ministerio de Salud, que es el organismo en el que se radica la facultad para dictar disposiciones relativas al registro sanitario, y no en el ISP, que siendo un órgano administrativo de ejecución, debe aplicar los instrumentos definidos por esa Secretaría de Estado (...) sin que ninguna disposición legal confiera a ese Instituto la potestad de establecer la data de inicio de la exigencia de los estudios de la especie.” De igual forma en otro dictamen la Contraloría dejó sin efecto la resolución exenta N° 2.315 de 2013 del ISP, por la cual imponía a los titulares de registro sanitario la obligación de informar trimestralmente respecto a los lotes de medicamentos fabricados, importados o distribuidos. La CGR indicó que el ISP tiene la facultad de exigir que el laboratorio le informe su intención de suspender la distribución de un medicamento, pero “tal facultad no tiene el alcance de permitir que el mencionado organismo pueda requerir de los titulares de esos registros la emisión de informes relativos a antecedentes distintos a la comunicación de la intencionalidad (...) De este modo, es dable sostener que la resolución impugnada no se ha ajustado a derecho, toda vez que el ordenamiento jurídico no le confiere atribuciones para exigir la información que por esa vía se requiere, como tampoco, por consiguiente, para sancionar su incumplimiento.” Dictamen N° 483 de 03.01.2014.

previa que permita elegir entre varias posibilidades y decidir según lo que se adecúe a ella o no; y por la otra, no puede olvidarse que ningún órgano de Estado puede actuar, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias sino en la medida que haya sido expresamente habilitado por la Constitución Política o la ley (...)”¹²². Considerando que el retiro es la medida más decretada por el Instituto, y lo eficaz que resulta para el resguardo de la salud de la población, estimamos que la solución más adecuada es su incorporación dentro del artículo 178¹²³.

b) Ámbito medioambiental

El Derecho Administrativo Ambiental se remite a la intervención de la Administración respecto de todas aquellas acciones humanas que puedan afectar de manera significativa el medio ambiente, entendiendo éste, como un bien trascendental dada la incidencia que tiene en el desarrollo de la vida humana. El artículo 19 N° 8 de la Constitución “impone al Estado, los deberes de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”¹²⁴. De esta forma el Derecho Administrativo Ambiental es de carácter

¹²²SOTO K., E. Prólogo a: ALARCÓN J., P. 2000. Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la Jurisprudencia Chilena. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. p. 6

¹²³ En España, la Ley General de Sanidad, 14/1986, de 25 de Abril, contiene en su artículo 18 N° 11 la obligación de las Administraciones Públicas de llevar a cabo “[e]l control sanitario de los productos farmacéuticos, otros productos y elementos de utilización terapéutica (...) que, afectando al organismo humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas”. En tanto que el artículo 26.1 contempla las medidas provisionales para la protección de la salud, en los siguientes términos: “1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. 2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.” Por su parte el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre que aprueba la “Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en su artículo 51 consagra que “[l]a clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad y la retirada del mercado precautoria o definitiva de bienes o servicios por razones de salud y seguridad, no tienen el carácter de sanción”, una disposición casi idéntica existe en el artículo 37 de la Ley 14/1986. Adicionalmente el artículo 15 relativo a las actuaciones administrativas señala que “1. Ante situaciones de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, las Administraciones públicas competentes podrán adoptar las medidas que resulten necesarias y proporcionadas para la desaparición del riesgo, incluida la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas (...) 2. Las Administraciones públicas, atendiendo a la naturaleza y gravedad de los riesgos detectados, podrán informar a los consumidores y usuarios afectados por los medios más apropiados en cada caso sobre los riesgos o irregularidades existentes, el bien o servicio afectado y, en su caso, las medidas adoptadas, así como de las precauciones procedentes, tanto para protegerse del riesgo, como para conseguir su colaboración en la eliminación de sus causas.”; El artículo 46 del mismo decreto legislativo establece que “[l]as medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas.”

¹²⁴URZÚA R., M. 2014. Derecho Administrativo Sancionador Ambiental (Superintendencia del Medio Ambiente y Sanciones Administrativas: análisis crítico a la luz de la Constitución Política de la República. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 87.

preventivo¹²⁵, e intenta evitar la generación de daño ambiental, donde las medidas provisionales son uno de los medios para alcanzar ese objetivo.

b. 1) Medidas urgentes y transitorias

La Ley N° 20.417 que “Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente”, en adelante indistintamente LOSMA, reconoce en su artículo 3°, letras g) y h), dentro de las funciones y atribuciones de la Superintendencia, la suspensión transitoria de las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) y la adopción de otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e inminente para el medio ambiente “a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones” o bien a causa de la producción de “efectos no previstos en la evaluación”.

Como se puede apreciar, la norma considera la adopción de medidas urgentes y transitorias, dentro de las cuales se encuentra la suspensión de autorización de funcionamiento, y todas aquellas medidas que de acuerdo a la discrecionalidad de la Superintendencia sean necesarias para el resguardo del medio ambiente, cuyo ámbito de “aplicación está limitado exclusivamente para el caso de titulares que cuenten con una RCA, y que la hayan incumplido o hayan generado efectos no previstos en la evaluación ambiental de su proyecto”¹²⁶, donde el elemento esencial que fundamenta la adopción de una medida de este tipo es la existencia de un daño que debe reunir las características de grave e inminente¹²⁷.

Según la doctrina estas medidas urgentes y transitorias “no han sido establecidas como medidas provisionales, sino como poderes de suspensión que la Superintendencia puede adoptar fuera de un procedimiento administrativo”¹²⁸. Precisamente, “(e)stas medidas se diferencian de las establecidas en el Artículo 48 de la Ley N° 20.417, en que las del artículo 3 son aplicables incluso sin

¹²⁵“Cuando una actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias incluso cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido de manera científica en forma absoluta, ya que es necesario mantener una barrera de protección considerablemente alta, de modo tal que se logre mantener lo más posible los elementos medioambientales sin alteraciones, evitándose así la producción de un daño ambiental grave e irreversible”. MOLINA S., F. 2011. Aplicación de medidas cautelares atípicas o innominadas en procesos ambientales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. p.23.

¹²⁶HEPNER A., F. 2016. Op. cit. p. 39.

¹²⁷En este sentido, el Tribunal Ambiental de Santiago ha señalado en solicitud de junio de 2018, que “las medidas urgentes y transitorias se fundamentan en el objetivo de protección al medio ambiente. De esta manera, la detención de una actividad que no cuente con las autorizaciones necesarias para operar, constituye la base a partir de la cual la SMA debe actuar, para evitar que se concrete el daño al medio ambiente que se pretende evitar.” TAS, solicitud Rol S-65-2018, 27.06.2018, (C-8).

¹²⁸BERMÚDEZ S., J. 2015. Fundamentos de Derecho Ambiental. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. p. 502

que exista un procedimiento sancionatorio respecto del titular”¹²⁹, por lo que en la práctica la Superintendencia las ha utilizado para obtener la aplicación de medidas una vez terminado el procedimiento sancionador¹³⁰.

b. 2) Medidas provisionales ambientales

Las medidas provisionales, en cambio, y conforme ya se ha analizado, se caracterizan por su instrumentalidad, lo que se traduce en que, necesariamente se encuentran vinculadas al procedimiento principal, de modo que pueden ser decretadas antes o durante la vigencia de éste, pero nunca con posterioridad a su conclusión, es más, las medidas provisionales decretadas estando vigente el proceso se extinguen con la resolución final, dado que no pueden sobrevivir al procedimiento principal, y es tal su instrumentalidad, que incluso aquellas medidas decretadas previamente, quedan condicionadas a que el procedimiento se inicie en un plazo determinado. Dada esta diferencia esencial, y pese a que pueden tener efectos idénticos a los de una medida provisional, las medidas urgentes y transitorias no serán consideradas en este estudio. Esto, además, por su escasa regulación en la LOSMA, que sólo se ha remitido “al órgano competente para dictarlas y al órgano competente para autorizarlas de manera previa, dejando de lado aspectos sumamente relevantes relativos a su aplicación, como podría ser el listado de medidas aplicables, su campo de aplicación, y cuestiones tan relevantes como determinar si estas se encuentran sujetas a algún tipo de limitación temporal”¹³¹.

De esta forma, únicamente el artículo 48 regula las medidas provisionales ambientales, por lo que a partir de esa disposición se desarrollará el estudio de estas medidas.

b.2.1) Presupuestos habilitantes (Art. 48 inc.1 y 2)

El artículo 48 señala en su inciso primero que el instructor del procedimiento sancionador, con la finalidad de evitar el daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, puede solicitar

¹²⁹URZÚA R., M. 2014. Op. cit. pp. 113 y 114.

¹³⁰El “Proyecto Minero Refugio” llevado a cabo en la comuna de Tierra Amarilla, Copiapó, fue sancionado por el Superintendente de Medio Ambiente con en la “*clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua (...) de modo que el Proyecto Minero Refugio no pueda utilizar en su operación futuras aguas que recarguen el acuífero del cual dependen los humedales de aquel corredor biológico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 letra c) de la LO-SMA*”. Deducido recurso de reposición por la sociedad minera, el Tribunal Ambiental de Santiago, autorizó la medida urgente y transitoria solicitada por la Superintendencia, consistente en la clausura parcial del sector afectado con la sanción, señalando que “lo que justifica una medida urgente y transitoria es el resguardo del medio ambiente, y considerando la gravedad de la infracción y la inminencia del daño, el cual se haya suficientemente acreditado por la SMA, se otorgará excepcionalmente la medida de clausura solicitada pero por un plazo de 15 días corridos, durante el cual la SMA podrá resolver el recurso de reposición pendiente”.

¹³¹HEPNER AUSIN, Felipe. 2016. Op. cit. p. 17.

fundadamente al Superintendente, que disponga una o más de las medidas que se enuncian en dicho artículo. Por lo tanto, en este inciso, queda establecida la posibilidad de adoptar medidas provisionales durante la vigencia de un procedimiento sancionador ambiental y la finalidad hacia la cual se deben orientar estas medidas. La disposición consagra además, que la competencia para decretar estas medidas recae en el Superintendente, y que la iniciativa para solicitar su adopción proviene del instructor del procedimiento, estableciendo expresamente, que la solicitud del instructor debe ser fundada, lo cual se condice con el deber de motivación de los actos de la Administración¹³².

El inciso segundo contempla la posibilidad de que las medidas sean adoptadas antes del inicio del proceso, para lo cual somete su adopción a lo establecido en el artículo 32 de la LBPA, y exige que las medidas sean proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40. A partir de una interpretación literal de este inciso es posible desprender que, respecto a las medidas decretadas previo al inicio del procedimiento aplica supletoriamente el artículo 32 de la LBPA y rige el principio de proporcionalidad. Sin embargo, como veremos a continuación esto no es exclusivo de las medidas pre-procedimentales, y aplica también para aquellas decretadas durante la vigencia del proceso sancionatorio.

En este punto nos remitiremos exclusivamente a la aplicación del artículo 32, para desarrollar más adelante el principio de proporcionalidad no sólo en relación a las medidas pre-procedimentales, sino que desde una perspectiva general respecto a las medidas provisionales ambientales independiente del momento de su dictación.

En primer lugar, el inciso segundo se refiere someramente a las medidas decretadas antes del inicio del proceso, por lo que explicita la aplicación supletoria del artículo 32 de la LBPA. Ahora bien, el procedimiento sancionador ambiental, es un tipo de procedimiento administrativo, por ende, conforme lo señala el inciso primero del artículo primero de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, aun cuando la ley sectorial establezca procedimientos administrativos especiales, la ley de bases se aplica con carácter de supletoria. En el mismo sentido el artículo 62 de la LOSMA expresa: “En todo lo no previsto en la presente ley, se aplicará supletoriamente la ley N° 19.880”.

¹³²“(…) la motivación de los actos administrativos no busca cubrir una mera formalidad, más o menos rutinaria, sino que constituye un elemento esencial para hacer posible el control judicial sobre los actos administrativos, de tal modo que ellos podrían llegar a anularse si carecieran de motivación o ésta fuera insuficiente. La motivación puede ser sucinta, pero debe ser suficiente para poder ilustrar sobre las razones de hecho y de derecho que justifiquen la resolución. En particular, se deben conocer a través de la motivación las razones de la adecuación del acto a la finalidad pública que lo justifica y, en los casos del ejercicio de una potestad discrecional, las circunstancias que aconsejaron la opción por un solución concreta entre todas las legalmente posibles.” ROCHA F., E. 2016 Estudio sobre la motivación del acto administrativo. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 32. [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/138800/Estudio-sobre-la-motivaci%C3%B3n-del-acto-administrativo.pdf?sequence=1>> [consulta: 30 septiembre 2018]

A partir de la aplicación supletoria del artículo 32 de la LBPA, se desprende, en primer lugar, que la competencia para adoptar una medida pre-procedimental recae en el “órgano competente”, lo cual trasladado al ámbito ambiental, permite entender que estas medidas, al igual que las que son decretadas durante la vigencia del proceso sancionador, son propuestas por quien tiene la competencia para instruir el procedimiento, y decretadas por el Superintendente de Medio Ambiente, donde, dependiendo del tipo de medida, requerirán contar además con la autorización del Tribunal Ambiental, como veremos más adelante.

El segundo aspecto que se desprende de la aplicación supletoria del artículo 32, es el hecho de que adoptada una medida de este tipo, “la SMA estará obligada a iniciar el procedimiento administrativo sancionador en un plazo de quince días y estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento”¹³³. En cuanto a este aspecto, solo resta destacar que la mantención de una medida más allá del plazo establecido en la ley “no determina la ilegalidad ni falta de validez de todos los efectos jurídicos producidos en el transcurso del plazo”¹³⁴.

Por último, el TAS ha señalado que “las medidas provisionales de competencia de la SMA comparten las características de las medidas provisionales generales. Sin embargo, desde ya, es necesario notar que, en cuanto a la finalidad de las mismas (...) ésta no está en relación directa con “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”, sino que están dirigidas a evitar un daño inminente al medio ambiente o la salud de las personas”¹³⁵. En otras palabras, todas las características de las medidas provisionales reguladas en el artículo 32 de la LBPA se extienden a las medidas provisionales decretadas en un procedimiento sancionador ambiental, no obstante, para alcanzar una adecuada aplicación de estas características, es necesario considerar la particular finalidad hacia la cual se orientan las medidas en el ámbito de que se trate.

Las características a las que se refiere el Tribunal Ambiental ya fueron estudiadas en el Capítulo I de este trabajo, y aunque algunas de ellas reciben otra denominación, o se presentan como características diversas aspectos que en este texto fueron comprendidos como uno solo, basta con una mención general a los términos en que se ha expresado el Tribunal. Es así como el TAS ha sostenido que las medidas provisionales se caracterizan, entre otros aspectos, por: “i) la urgencia y sumariedad que presiden su adopción; ii) la instrumentalidad, en cuanto responden a la necesidad de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al procedimiento o la integralidad de los intereses implicados en el mismo; iii) la provisionalidad, tanto en relación al tiempo de las mismas como en el sentido más

¹³³BERMÚDEZ S., J. 2015. Op. cit. p. 501.

¹³⁴ STAS, Rol 88-2015, 27. 07.2016, (C-73).

¹³⁵STAS, Rol 44-2014, 4.12.2015, (C-18).

amplio de la función sustitutiva de la resolución definitiva; iv) la proporcionalidad e idoneidad, características que apuntan a la consistencia y equilibrio que debe existir entre la medida, la finalidad de la misma, la eventual sanción que finalmente se imponga, y el tiempo de duración de la medida en cuanto tal”¹³⁶.

b.2.2) Medidas que pueden adoptarse (Art. 48. inc. 1)

El inciso 1° del artículo 48 entrega un catálogo no taxativo de medidas provisionales que pueden adoptarse en el contexto de un procedimiento sancionador medioambiental. Jorge Bermúdez ha indicado que el artículo 48 efectúa “una enumeración genérica, que permite un margen de apreciación a la autoridad ambiental”¹³⁷, lo cual se debe a que la letra a), redactada en términos genéricos, da cabida a la interpretación de la Superintendencia, posibilitando que la autoridad aplique la medida que, conforme a su criterio, estime más adecuada en el caso concreto.

La letra a) se refiere a las “medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño”. Estas medidas se encuentran orientadas hacia la finalidad de impedir que el riesgo o daño avance, lo cual puede aplicarse a toda medida provisional ambiental, y el tipo de medida es igualmente amplio, al admitir medidas de corrección, de seguridad o de control. Si bien es cierto que siempre es preferible un catálogo no taxativo que permita a la autoridad competente, conforme a su discrecionalidad, determinar cuál es la medida más apropiada para las circunstancias del caso¹³⁸ -sin la limitación de un listado predeterminado de medidas, que en muchas ocasiones puede resultar insuficiente- no es menos cierto que en la práctica, el literal a) del artículo 48 de la LOSMA, se ha convertido en el cajón de sastre de las medidas provisionales medioambientales, y en algunas ocasiones la autoridad ha aludido a la letra a) para adoptar medidas que ya se encuentran reguladas en otro literal del artículo 48¹³⁹.

La letra b) se refiere al sellado de aparatos y equipos, que es una medida utilizada por la Superintendencia para impedir el funcionamiento de aparatos o equipos específicos, sin detener el

¹³⁶STAS, Rol 44-2014, 4.12.2015, (C-10)

¹³⁷BERMÚDEZ S., J. 2015. Op. cit. p. 501.

¹³⁸Por ejemplo, la SMA ha decretado como medidas provisionales del literal a) las siguientes: retiro y disposición de residuos peligrosos en un sitio que cuente con autorización sanitaria; adoptar medidas para el resguardo de la salud de los trabajadores, como por ejemplo la entrega de agua envasada; retiro de maquinarias, equipos, materiales de los trabajos en un sector no autorizado; implementación de un cerco perimetral que impida traspasar los límites fijados en la RCA; encargar todos los vagones ferroviarios en que se traslada material minero para evitar su dispersión; etc.

¹³⁹Generalmente medidas que corresponden a la letra f), es decir programas de monitoreo y análisis a cargo del infractor, son decretadas bajo la letra a). Un ejemplo de ello es la medida provisional adoptada por la SMA mediante resolución exenta N° 39 de 28 de enero de 2014, en el proyecto “Central Termoeléctrica Bocamina”, a cargo de ENDESA, donde se dispuso la realización de un muestreo diario cuyos resultados debían ser reportados semanalmente a la Superintendencia. Esta medida fue dispuesta como medida de control, cuando califica perfectamente como plan de monitoreo.

funcionamiento de todas las instalaciones. Sin embargo, en la práctica la delimitación de esta medida es mucho más compleja, y dependiendo de la importancia de un aparato o equipo en una determinada industria, la medida decretada bajo el literal b) puede terminar produciendo efectos idénticos o muy similares a los de una clausura parcial o una detención de funcionamiento, contenidas en las letras c) y d) respectivamente.

La letra c) contiene la clausura temporal -naturalmente es temporal porque se trata de una medida provisional- parcial o total de las instalaciones, en tanto que la letra d) se refiere a la detención del funcionamiento de las instalaciones. Estas 2 medidas difícilmente puede ser distinguidas una de la otra, debido a que, la ley no brinda una definición de las medidas enunciadas en el inciso primero del artículo 48, y también a causa de la errática aplicación que ha realizado la SMA respecto de ambas, pues “en la práctica los instructores de la SMA han solicitado indistintamente al Superintendente del Medio Ambiente las medidas de clausura o de detención de las instalaciones, sin entregar mayores antecedentes que permitan concluir cuales son los criterios en virtud de los cuales solicitan una u otra medida”¹⁴⁰.

Desde una interpretación gramatical, la clausura es definida como “Cerrar o inhabilitar temporal o permanentemente un edificio, un local, etc.”, por lo que necesariamente, esta medida conlleva el cierre y/o cercado, junto con la prohibición de ingreso al lugar clausurado. En este mismo sentido es definida la clausura en el ámbito sanitario (*vid. Supra*, Ámbito sanitario. Medidas que pueden adoptarse, p. 65), donde involucra conceptos como cerrar y sellar el lugar en que presuntamente se hubiere cometido una infracción.

La detención del funcionamiento de las instalaciones en cambio, no requiere la prohibición de ingreso, por lo bastaría con la paralización de las funciones de ciertas máquinas o instalaciones. Esta medida debiera “asociarse a aquellas actividades que si bien deben ser paralizadas, requieren necesariamente de labores de mantención o del ingreso de trabajadores para evitar la generación de mayores daños”¹⁴¹.

Pese a la dificultad para distinguir la clausura y la detención de funcionamiento, es relevante destacar que ambas medidas requieren contar con autorización del Tribunal Ambiental para ser decretadas, este requisito será analizado más adelante, por lo que, por ahora, baste con destacar que en la práctica la complejidad para diferenciar ambas medidas no tiene mayor significancia.

La letra e) contiene la suspensión temporal de la RCA. La “Resolución de Calificación Ambiental es el acto administrativo con que concluye el proceso de evaluación, cuyo contenido viene dado en los artículos 16, incisos 3º y 4º, 19 inciso 3º, 24 y 25 de la Ley Nº 19.300, y que implica una

¹⁴⁰HEPNER A., F. 2016. Op. cit. p. 28.

¹⁴¹Ibíd. p. 29.

autorización de funcionamiento. Que, en este orden de ideas, se aprecia que dicha resolución debe ser cumplida con apego estricto a las normas y condiciones sobre las que se aprueba el Estudio de Impacto Ambiental, de modo que el titular del proyecto es directamente responsable de adoptar las medidas que resulten ser necesarias para dar cumplimiento a la resolución que ha autorizado su funcionamiento"¹⁴².

Dicha resolución que autoriza a desarrollar una actividad en ciertos términos, puede ser suspendida como medida provisional, por lo que, al no contar con la autorización requerida, esa actividad no podría desarrollarse en tanto opere la suspensión. En términos prácticos, su efecto final es idéntico al de una detención de funcionamiento, aunque obtenido por una vía diversa.

La última medida que compone el catálogo que entrega el artículo 48, se contiene en el literal f) y consiste en ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor. Comúnmente esta medida es decretada por la Superintendencia, como accesoria a otra medida, ya que permite hacer un seguimiento de la empresa o industria entorno a que, en el desarrollo de su actividad, mantenga, reduzca o elimine los niveles de riesgo para la salud o el medio ambiente. Esta medida en muchas ocasiones ha sido confundida con la medida de control contenida en el literal a), sin embargo, como ambas se someten a iguales requisitos en su dictación, dicha confusión no tiene consecuencias prácticas.

b.2.3) Principio de proporcionalidad (Art. 48 inc. 2)

Como ya quedó señalado, en el inciso segundo del artículo 48 se contiene la aplicación del principio de proporcionalidad. Si bien este principio se encuentra expresamente contemplado solo respecto de las medidas decretadas antes del inicio del proceso, en virtud de la aplicación supletoria del artículo 32 de la Ley N° 19.880, específicamente del inciso cuarto que contiene este principio al disponer que “No se podrán adoptar medidas que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”, se entiende que toda medida provisional adoptada en el contexto de un procedimiento sancionatorio ambiental, independiente del momento de su adopción, debe ser proporcional¹⁴³. En esta misma línea, Jorge Bermúdez ha sostenido que la proporcionalidad aplica a medidas provisionales ambientales por ser “un principio general para toda actuación administrativa”¹⁴⁴.

¹⁴²SCS, Rol 10.045-2011, 18.01.2013, (C-9).

¹⁴³Así lo reconocido el TAS en sentencia Rol 44-2014, considerando decimocuarto.

¹⁴⁴BERMÚDEZ S., J. 2015. Op. cit. p. 501.

Los Tribunales Ambientales, por su parte, han extendido la aplicación del principio de proporcionalidad a aquellas medidas decretadas durante la vigencia del procedimiento, exigiendo que estas medidas también sean proporcionales al tipo de infracción y a las circunstancias del artículo 40.

En relación al tipo de infracción, el artículo 36 de la LOSMA clasifica las infracciones en gravísimas, graves y leves, entregando un listado de elementos que deben ser ponderados para llegar a encasillar una infracción en cada uno de estos tipos. A modo de ejemplo es posible señalar que causar un daño que no sea susceptible de reparación, o haber afectado gravemente la salud de la población, son elementos que determinan que una infracción sea gravísima, en tanto que si el daño es susceptible de reparación o en lugar de haber afectado gravemente sólo se configura un riesgo para la salud de la población, la infracción será grave. Por último las infracciones leves son definidas a partir de la imposibilidad de calificarlas como gravísimas o graves.

En cuanto al artículo 40, éste entrega una serie de criterios que permiten determinar concretamente la sanción que se imponga frente a una infracción¹⁴⁵, tales criterios pueden ser trasladados a las medidas provisionales entre los que destacan: la importancia del daño causado o peligro ocasionado, el número de personas cuya salud podría verse afectada, y todo otro criterio que a juicio fundado de la Superintendencia sea relevante¹⁴⁶.

Si bien es cierto que desde una interpretación literal el inciso segundo del artículo 48 de la LOSMA se refiere a las medidas pre-procedimentales, y tanto la doctrina como los Tribunales Ambientales han extendido su aplicación a las medidas decretadas durante la vigencia del proceso, en la práctica, aplicar los criterios de proporcionalidad que entrega este inciso a las medidas pre-procedimentales, resulta, por lo menos, confuso. Ocurre que, estas medida surgen antes de que exista un procedimiento sancionador por lo cual no es acertado que la Superintendencia o el Tribunal

¹⁴⁵La determinación de la sanción a imponer debe estar orientada por el principio de proporcionalidad, “en la aplicación de toda sanción, la elección de cuál sea la más apropiada para el caso concreto dependerá de muchas circunstancias, pero lo importante es que siempre se respete la proporcionalidad que debe existir entre la infracción cometida y la sanción a aplicar, de manera tal que las infracciones menos graves se sancionen menos severamente y en las más graves de forma más dura.” URZÚA R., M. 2014. Op. cit. p. 178

¹⁴⁶A partir del análisis de las medidas decretadas por la Superintendencia, es posible percibir que en unas ocasiones señala expresamente los criterios del artículo 36 o del artículo 40 de la LOSMA, ponderados para la determinación de la medida, sin embargo en otras ocasiones no se alude a tales criterios, y se respeta igualmente el principio de proporcionalidad al señalar fundadamente los elementos ponderados para la adopción de una medida provisional. Así, en solicitud Rol S-34-2016, el TAS se pronunció a favor de la clausura temporal parcial de las instalaciones del Relleno Sanitario Eco-Maule, por existir un “riesgo o daño inminente para la salud de las personas” ya que de no decretarse la medida, “tanto los olores molestos como la presencia de vectores podrían aumentar, afectando en particular a los habitantes de la localidad de Camarico, situada, aproximadamente, a 2 kilómetros del relleno sanitario” (C-9), y consideró además “que la medida solicitada es proporcional al tipo de infracción de acuerdo a los cargos formulados por la SMA el 4 de marzo de 2015, por 16 incumplimientos a la normativa ambiental (...)” (C-10). Por otro lado, en la reclamación R-88-2015, que la medida provisional no resultaba proporcional ni a las infracciones ni a las circunstancias del caso, frente a lo cual el TAS sentenció que la resolución impugnada era proporcional a “los elementos de adecuación y necesidad, señalando que ambos concurren en el presente caso, teniendo en consideración la existencia de un riesgo, debido a la construcción de un sistema distinto del autorizado” (C-49).

Ambiental ponderen su proporcionalidad en razón al tipo de infracción cometida, cuando aún no se han formulado cargos, o en atención a elementos de los que no se tiene certeza como el número de personas cuya salud pudo verse afectada.

No obstante ello, el TAS ha señalado que igualmente estas medidas están sujetas al principio de proporcionalidad, acorde a las circunstancias del caso, y teniendo en consideración la finalidad hacia la cual se ordena la medida, así como los bienes jurídicos que resguarda, no siendo forzosa una referencia expresa a la gravedad de la infracción, o a los elementos del artículo 40. En síntesis para que una medida provisional sea proporcional, la resolución que la ordena debe exponer razonadas consideraciones acerca de los fundamentos de su adopción¹⁴⁷. La SMA por su parte, ha aplicado plenamente la proporcionalidad que exige el artículo 48, al decretar medidas pre-procedimentales, estableciendo que éstas deben ser “proporcionales al tipo de infracción presuntamente cometida, ya que (...) buscan que el titular del proyecto ejecute su actividad sin poner en riesgo al medio ambiente ni la salud de la población y en los términos en que fue evaluada ambientalmente, estimándose también que las medidas son proporcionales a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, las que serán aplicadas y evaluadas en la etapa procedimental que corresponda”¹⁴⁸.

b.2.4 Provisionalidad. (Art. 48 inc. 3)

El inciso tercero del artículo 48 consigna expresamente la temporalidad o provisionalidad de estas medidas al señalar “Las medidas contempladas en este artículo serán esencialmente temporales”. Aunque lo más destacable de este inciso es que incorpora un límite temporal, permitiendo que las medidas provisionales decretadas en el ámbito medio ambiental tengan una duración máxima de 30 días corridos, con la posibilidad de renovación por resolución fundada, y cumpliendo con todos los requisitos necesarios para adoptarlas.

Los Tribunales Ambientales en ocasiones han aplicado de manera estricta este límite, negando la autorización a aquellas medidas que tengan una duración superior a 30 días, pues una interpretación más laxa de la norma, en palabras del Tribunal, no se condice con la inminencia del riesgo que se pretende evitar, y una medida de mayor duración se acerca más a una sanción¹⁴⁹. Sin embargo, existen

¹⁴⁷En este sentido STAS, Rol 88-2015, 27.07.16, “Quincuagésimo: Que, por su parte, aunque la Resolución Exenta N° 714 no hace referencia expresa a la proporcionalidad de las medidas, sí formula -en su resuelto segundo- razonadas consideraciones acerca de los fundamentos de la adopción de cada una de las medidas provisionales que ordenó”

¹⁴⁸CHILE, Superintendencia de Medio Ambiente. 2018. Resolución Exenta N° 1066, 24.08.18, (C-27).

¹⁴⁹En este sentido, el TAS, rechazó la solicitud de medida provisional de detención de funcionamiento de las instalaciones de la “Granja de Cerdos Porkland”, donde la Superintendencia de Medio Ambiente proponía la detención progresiva de las funciones de esta empresa, debido a la existencia de riesgo inminente de daño al medio ambiente y a la salud de las personas a causa de la ausencia de Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que autorice el sistema de tratamiento de purines, lo que

casos de medidas que no requieren autorización del Tribunal, e incluso aquellas que requieren dicha autorización, se han renovado reiteradamente debido a la mantención de la situación de riesgo, lo cual innegablemente desnaturaliza a la medida al privarla de su característica más esencial, como es la provisionalidad, y a partir de la constante renovación, la convierte en una herramienta permanente o definitiva.

Un caso emblemático que da cuenta de esta situación es el de la Planta de Tratamiento de Residuos Eco Maule S.A, donde la Superintendencia dispuso como medida provisional la clausura parcial, con la correspondiente autorización del Tribunal Ambiental. El 12 de Febrero el TAS emitió la resolución S-27-2016, que autorizaba la primera clausura parcial por un plazo de 30 días corridos, señalando que “la presencia de personas cercanas al relleno sanitario, los expone al peligro que supone la generación de olores molestos, produciéndose de esta manera un riesgo o daño inminente a la salud de esas personas que debe necesariamente evitarse, a través de una medida proporcional” (C-9). La medida provisional fue renovada en 8 oportunidades por un plazo de 30 días corridos cada vez¹⁵⁰, contando con la necesaria autorización del Tribunal, sin embargo, a partir de la cuarta renovación el TAS comenzó a poner énfasis en el principio de celeridad y el principio conclusivo¹⁵¹, llegando a sostener que “si bien la medida provisional tiene por objeto resguardar el medio ambiente o la salud de las personas, no puede convertirse en la vía permanente a través de la cual se maneje la contingencia derivada del incumplimiento”¹⁵².

Adicionalmente, la SMA dispuso la medida provisional de corrección consistente en el vaciado y sellado de las piscinas de acopio de lodos, donde dada la velocidad de vaciado, la medida debía mantenerse por lo menos durante 7 meses. En los hechos, con una duración máxima de 30 días, la medida debió renovarse en 9 ocasiones, desde febrero del 2016, hasta noviembre de ese año, fundado en la mantención del riesgo para la salud de la población “ya que en caso de no volver a dictarse las medidas provisionales, el relleno sanitario volverá a operar con normalidad y estará facultado para

a su vez conllevaba un riesgo inminente a la salud de las personas por la proliferación de malos olores. El Tribunal consideró, entre otras cuestiones, que la detención progresiva consideraba una serie de etapas que “claramente (...) carecen de una característica inherente a todas las medidas del artículo 48 de la LOSMA, esto es, que sean esencialmente provisionales, con una duración de hasta 30 días corridos, y que alcancen los efectos buscados dentro de dicho plazo. De este modo, la medida solicitada por la Superintendencia no guarda relación con el supuesto riesgo inminente que se pretende evitar. Que, por el contrario, las actividades propuestas parecen configurar una medida definitiva (...) Así, la medida aparece más cercana a aquellas contempladas en el artículo 38 letra c) de la misma ley -esto es, una sanción”. Solicitud TAS, Rol S-8-2014, 22.09.14, (C-5).

¹⁵⁰Las resoluciones del TAS por las que se renovó la medida de clausura parcial temporal son las siguientes: S-31-2016 de 22 de marzo, S-34-2016 de 28 de abril, S-37-2016 de 31 de mayo, S-40-2016 de 30 de junio, S-44-2016 de 29 de julio, S-48-2016 de 01 de septiembre, S-51-2016 de 29 de septiembre y S-53-2016 de 28 de octubre.

¹⁵¹“Que, finalmente, este Ministro considera que el órgano fiscalizador debe adoptar las medidas necesarias a fin de hacer efectivos , en el procedimiento administrativo sancionatorio, los principios de celeridad y conclusivo, previstos - respectivamente- en los artículos 7° y 8° de la Ley N° 19.880”. TAS, Resolución S-40-2016, 30.06.16, (C-10)

¹⁵²TAS, Resolución S-48-2016, 01.09.16, (C-9). En términos idénticos las resoluciones S-51-2016 y S-53-2016.

recibir nuevos lodos (...), por lo que necesariamente se producirán nuevas acumulaciones de lodos sanitarios, con el consiguiente inicio del respectivo proceso de descomposición, promoviéndose la proliferación de olores y vectores (...) que son la causa de las molestias y efectos en la salud de las personas”¹⁵³.

Por último, respecto a las medidas pre-procedimentales existe otra limitación temporal, determinada por la aplicación supletoria del artículo 32 de la LBPA, que obliga al inicio del procedimiento en un plazo de 15 días, y al pronunciamiento expreso respecto a la confirmación, modificación o alzamiento de la medida en la iniciación del procedimiento. De esta forma una medida pre-procedimental no debiera extenderse por más de 15 días, luego de los cuales debiese iniciar el proceso sancionatorio, y en el caso de mantenerse la medida, ésta subsistiría como procedimental.

b.2.5) Autorización del Tribunal Ambiental (Art. 48 inc. 4)

Por regla general las medidas provisionales son solicitadas por el instructor del procedimiento al Superintendente, y éste es quien dispone su adopción. En todo caso, estas medidas pueden surgir a solicitud de parte, donde el interesado debe presentar su solicitud al instructor para que éste, en caso de que considere pertinente su adopción, determine la medida más adecuada y la solicite al Superintendente, quien en definitiva, es competente para determinar si impone o no la medida. Sin embargo, respecto de ciertas medidas establecidas en el artículo 48, el Superintendente, previo a decretar la medida, debe contar con autorización del Tribunal Ambiental. “El Tribunal Ambiental tiene competencia para resolver *conflictos intersubjetivos*, dentro de los límites que indican los arts. 1° y 17° de la Ley N° 20.600”¹⁵⁴ que “Crea los Tribunales Ambientales”.

Dicha ley, consagra en el numeral 4 del mencionado artículo 17 la competencia de estos tribunales para “(a)utorizar las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (...)” y establece que el tribunal competente es el del lugar en que las medidas vayan a ser ejecutadas. El artículo 32 de la misma, consigna que la “solicitud de aprobación de medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (...) deberán remitirse al

¹⁵³CHILE, Superintendencia de Medio Ambiente. 2016. Resolución exenta N° 254. 24.03.16, (C-16). En el mismo sentido las resoluciones exentas N° 371 de 29.04.16, N° 505 de 01.06.16, N° 601 de 01.07.16, N° 705 de 02.08.16, N° 809 de 02.09.16, y N° 918 de 30.09.16, donde sostuvo la SMA que “la inminencia del daño para la salud de la población se mantiene, ya que en caso de no renovarse las medidas (...) se volverán a generar malos olores, que evidentemente pueden, con altas probabilidades de ocurrencia, hacer que el daño inminente a la salud de la población se concretice en un daño efectivo a la salud de los habitantes de Camarico”, C-23.

¹⁵⁴ROMERO S., A. 2013. Distinción entre el sistema cautelar administrativo y jurisdiccional. Informe en Derecho presentado en causa seguida ante el Tribunal Ambiental de Santiago, en causa Rol R-6-2013, p. 9.[en línea] <<https://www.tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/informes-de-derecho/>> [consulta: 19 de octubre de 2018]

Tribunal en conformidad a lo dispuesto en dicha ley”. Por su parte, el artículo 48 de la LOSMA en su inciso cuarto, impone a la SMA la exigencia de contar con autorización previa del Tribunal Ambiental para decretar las medidas contenidas en las letras c), d) y e).

Las medidas que requieren contar con autorización de Tribunales son específicamente determinadas por la ley, ya que dicha autorización es excepcional, por ser contraria a la ejecutoriedad de los actos administrativos, al obligar a la Administración a someter a un control previo su decisión de imponer una medida provisional¹⁵⁵. En definitiva, “la ley ha sido rigurosa y muy precisa al fijar la competencia de los Tribunales Ambientales, estableciendo clara y taxativamente los casos en que limita el ejercicio de las facultades de la Superintendencia”¹⁵⁶. Las medidas que requieren contar con autorización del Tribunal se caracterizan por resultar especialmente gravosas para el sujeto pasivo, y son: la clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones; la detención del funcionamiento de las instalaciones; y la suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental.

El inciso cuarto del artículo 48, consigna además, la obligación de que la autorización sea obtenida “por la vía más expedita posible, incluida la telefónica” y quien debe brindarla, es el ministro que corresponda “según la regla de turno que se determine mediante auto acordado, que deberá contemplar a un titular y un suplente”. En la práctica, los auto acordados han regulado no sólo el turno de ministros, sino que también el contenido de la solicitud que presenta el Superintendente, así como los medios por los cuales puede ser obtenida la autorización.

De esta forma el Tribunal Ambiental de Santiago, ha establecido un correo electrónico al cual debe ser remitida la solicitud “junto con los antecedentes fundantes que permitan acreditar o presumir un daño grave e inminente para el medio ambiente o a la salud de las personas, dando aviso de ello por vía telefónica al Secretario Abogado del Tribunal”. En términos similares lo ha regulado el Tribunal Ambiental de Valdivia, organismo que por lo demás, ha determinado cada uno de los antecedentes que deben ser adjuntados a una solicitud de autorización de medida provisional¹⁵⁷.

El último aspecto que contempla el inciso cuarto, es la obligación de informar al sujeto pasivo de la medida, por medio de la entrega, al dueño o encargado de la empresa o instalaciones, de un

¹⁵⁵El artículo 3 de la LBPA dispone: “Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa”. Vid. BERMÚDEZ S., J. 2013. Régimen de Ejecutoriedad de las Resoluciones de Calificación Ambiental y de las Medidas Urgentes y Transitorias del Artículo 3 G) LOSMA. Informe en Derecho presentado en causa seguida ante el Tribunal Ambiental de Santiago, en causa Rol R-6-2013. [en línea] <<https://www.tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/informes-de-derecho/>> [consulta: 21 de octubre de 2018]

¹⁵⁶SILVA MONTES, Rodrigo. 2013. Informe en Derecho presentado en causa seguida ante el Tribunal Ambiental de Santiago, en causa Rol R-6-2013. [en línea] <<https://www.tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/informes-de-derecho/>> [consulta: 21 de octubre de 2018]

¹⁵⁷Véase, TAS, Acta de Sesión Ordinaria N°22, 04. 03.2013. TAV, Acta de Sesión N° 2, 09.12.2013.

“certificado que indique la medida adoptada, la individualización del instructor del procedimiento y de aquel juez que lo hubiere ordenado, dejando copia de dicho certificado en el expediente sancionatorio”.

c) Ámbito eléctrico

Antes de comenzar con el estudio de este ámbito, es conveniente aclarar que el objetivo de estas líneas no es hacer un análisis detallado de las medidas provisionales decretadas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), sino únicamente dejar plasmada la sucinta consagración que de ellas se efectúa en este ámbito. Desde ese punto de partida, en el punto 2. de este Capítulo (*Vid.* p. 112), se analizará la posibilidad de aplicar supletoriamente el artículo 32 de la LBPA, en cuanto al procedimiento que establece para la dictación de las medidas provisionales, así como en todos aquellos aspectos que no hayan sido completamente regulados en la normativa sectorial. Siendo así, el conocimiento del artículo 3 N° 22 de la Ley SEC, sirve como ejemplo de una regulación insuficiente. Señalado esto, comencemos.

En el año 1985 ya era reconocida la facultad del órgano administrador para decretar aquellas medidas que, posteriormente con la promulgación de la LBPA, serían denominadas como medidas provisionales. En este sentido, la Ley N° 18.410 que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Ley SEC), consagró en su artículo 3 N° 22, la facultad del Superintendente de adoptar las medidas transitorias “que estime necesarias para la seguridad del público y el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores”.

El término consumidor es utilizado para referirse a aquellos que detentan la calidad de usuarios del servicio eléctrico, de gas o combustibles. La Ley General de Servicios Eléctricos¹⁵⁸ (LGSE) define en su artículo 225 literal k) al usuario o consumidor final como aquel que “utiliza el suministro de energía eléctrica para consumirlo”. Por su parte la Ley de Servicios de Gas utiliza indistintamente los términos cliente o consumidor, y define en su artículo 2, numeral 14, al cliente como “la persona natural o jurídica que acredite dominio sobre un inmueble o instalaciones que reciben servicio de gas”, y en el numeral 15 al consumidor como “la persona natural o jurídica que utiliza el gas para consumirlo.”

Por otro lado, en el ámbito eléctrico, los concesionarios son aquellos que cuentan con una concesión de distribución de energía eléctrica, en palabras de Vergara Blanco, “para la legislación vigente la actividad económica consistente en la prestación del servicio público de distribución de

¹⁵⁸CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2006. DFL N°4: Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en Materia de Energía Eléctrica.

energía eléctrica, sólo podría ser llevada adelante por quien haya obtenido previamente la concesión; título que para estos efectos es habilitante”¹⁵⁹. En materia de gas, la concesión no tiene la relevancia del ámbito eléctrico, ya que es posible operar con o sin concesión respecto al suministro y distribución de gas, estando siempre sujeto a la normativa vigente así como a la supervigilancia de la SEC. Lo mismo ocurre respecto de los combustibles líquidos, donde la normativa es aplicable a los propietarios¹⁶⁰ y operadores¹⁶¹, de instalaciones de “refinación, producción, transporte, almacenamiento, distribución y abastecimiento de combustibles líquidos”¹⁶², independiente de la existencia de una concesión.

El término seguridad se encuentra presente en la diversa legislación aplicable -a las materias de electricidad, gas y combustibles líquidos- vinculado a conceptos como la calidad del servicio, la eliminación de peligros a las personas o bienes, el resguardo del medio ambiente, la continuidad y regularidad del suministro y la minimización de situaciones de riesgo. La LGSE, define la seguridad del servicio como “la capacidad de respuesta de un sistema eléctrico, o parte de él, para **soportar contingencias** y minimizar la pérdida de consumos, a través de respaldos y de servicios complementarios”¹⁶³. Por su parte, el Reglamento de Servicio de Gas de Red¹⁶⁴ entrega una definición de seguridad, aunque relativa al suministro, señalando que consiste en “(l)a certeza o confiabilidad de la entrega de gas que realiza una empresa, de modo que ésta sea **estable, constante y exenta del peligro de fallar**, incluso en sus propiedades físicas y químicas y en sus condiciones físicas de entrega”¹⁶⁵.

En cuanto a la calidad del servicio, que es frecuentemente vinculada al concepto de seguridad, el reglamento de la LGSE¹⁶⁶ la define como “el conjunto de propiedades y estándares normales que, conforme a la ley y el reglamento, son inherentes a la actividad de distribución de electricidad concesionada, y constituyen las condiciones bajo las cuales dicha actividad debe desarrollarse”¹⁶⁷. “El

¹⁵⁹VERGARA B., A. 2006. Estatuto general y principios del servicio público chileno. En: SANTOS R., M. y CAMEO B., F. (Coords.). Derecho de la Energía. Madrid. Editorial La Ley. p. 869.

¹⁶⁰“Propietario: Persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tiene derecho de dominio sobre una o más instalaciones de CL”, art. 11, Decreto N° 160 de 2008, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que Aprueba Reglamento de Seguridad para las Instalaciones y Operaciones de Producción y Refinación, Transporte, Almacenamiento, Distribución y Abastecimiento de Combustibles Líquidos.

¹⁶¹“Operador: Persona natural o jurídica, que administra una instalación de CL a cualquier título, sea concesionario, consignatario, arrendatario, mero tenedor u otro.” art. 11, Decreto N° 160 de 2008.

¹⁶²Art. 11, Decreto N° 160 de 2008. La instalación puede ser un bien inmueble o mueble.

¹⁶³DFL N°4 de 2006, Ley General de Servicios Eléctricos, artículo 225 letra t). Énfasis agregado por la autora.

¹⁶⁴CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2004. Decreto N° 67: Aprueba Reglamento de Servicios de Gas de Red.

¹⁶⁵ Decreto N° 67 de 2004, Reglamento de Servicios de Gas de Red, artículo 5. Énfasis agregado por la autora.

¹⁶⁶CHILE. Ministerio de Minería. 1997. Decreto N° 327. Fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos

¹⁶⁷Decreto N° 327 de 1997, Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, artículo 222. Por su parte el DFL N° 4 define en su artículo 225 letra u) la calidad de servicio como un “atributo de un sistema eléctrico determinado conjuntamente por la calidad del producto, la calidad de suministro y la calidad de servicio comercial, entregado a sus distintos usuarios y clientes”.

concepto ‘calidad de servicio’ que incorpora la legislación eléctrica chilena, más que un principio delimitado (...), pareciera incorporar todas las exigencias del servicio público eléctrico establecidas en las leyes y reglamentos (...) debiese bastar con decir que el servicio público eléctrico debe ser de “calidad”, para englobar en tal concepto todas las exigencias de los principios de continuidad, regularidad, seguridad y obligatoriedad”¹⁶⁸.

Aclarados los principales conceptos que se desprenden de las medidas provisionales contempladas en el artículo 3 N° 22 de la Ley SEC¹⁶⁹, es posible proceder al análisis razonado de la disposición.

El primer aspecto que se desprende del numeral 22 es que, como se encuentra inserto dentro las facultades de la SEC, el órgano competente para adoptar medidas provisionales en los procesos administrativos relativos a electricidad, gas y combustibles líquidos es, naturalmente, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

La Corte Suprema se ha pronunciado respecto a la facultad de la SEC para disponer medidas provisionales, muestra de ellos es el siguiente caso: el año 2004, a partir de la racionalización de las exportaciones de gas natural de la República de Argentina hacia nuestro país, la SEC emitió la resolución N°754 de 22.04.2004, que “Instruye adopción de medidas ante una contingencia en el abastecimiento de gas natural”, con la finalidad de “garantizar la seguridad del público y resguardar el derecho de los consumidores y de los concesionarios de energía eléctrica y gas, para lo cual ha definido los criterios de asignación del gas natural disponible frente a la ocurrencia de una contingencia.” Deducido recurso de apelación que fuera desestimado por la Corte de Apelaciones de Santiago, la recurrente Distrinor S.A (empresa distribuidora de gas natural), interpuso recurso ante la Corte Suprema señalando que la resolución N° 754 “no sólo es ilegal, sino adolece, además, de vicio de

¹⁶⁸VERGARA B., A. 2002. Concepto, elementos y principios del Servicio Público eléctrico. Revista de Derecho. Universidad de Concepción. 2 (212). p. 583

¹⁶⁹ Existen otras disposiciones que se refieren a las medidas provisionales, así por ejemplo: la Ley de Servicios de Gas, DFL N° 323 que en su artículo 55 reconoce la facultad de la Superintendencia para “**adoptar las medidas** que estime necesarias para la seguridad del público y el resguardo de los derechos de las empresas de gas y de los clientes o consumidores de gas, pudiendo requerir el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones, con facultades de allanamiento y descerrajamiento si fuere necesario”. En tanto que el artículo 28 en su inciso 1° establece que la empresa de gas, en caso de detectar alguna falta o defecto en sus instalaciones “deberá adoptar las medidas urgentes, tales como la desconexión de los servicios cuando haya peligro para las personas o cosas, **sin perjuicio de las demás medidas provisionales que ordene la Superintendencia**”. Por su parte el Reglamento de Sanciones en Materia de Electricidad y Combustibles, Decreto N° 119 de 1989 del Ministerio de Economía, reconoce en su artículo 33 la posibilidad de que el funcionario de la SEC que “sorprenda una infracción que pudiere ser merecedora de las sanciones de comiso o clausura, deberán comunicarlo por escrito en forma inmediata a su Jefe Directo (...) dejando constancia de su opinión acerca del grado de peligrosidad del hecho constatado, con el objeto de **tomar medidas de extrema urgencia** si fuere procedente” y el artículo siguiente señala que entre esas medidas se puede disponer por resolución fundada comiso o clausura “con el auxilio de la fuerza pública con allanamiento y descerrajamiento en caso necesario”, todo esto antes de que exista procedimiento sancionador, por lo que las medidas de <<extrema urgencia>> a que se refieren los artículos 33 y 34 no pueden ser calificadas como sanciones, sin embargo, tampoco es posible afirmar con absoluta certeza, que se trate de medidas provisionales, pues la norma no se refiere a la duración que pueden tener estas medidas. (El énfasis es de la autora).

inconstitucionalidad, por exceder las facultades de que está legalmente investida la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y contravenir, por ende, el artículo 7° de la Carta Política.” El máximo tribunal sentenció: “TERCERO.- Que, entre otras disposiciones relativas a la materia, el N° 22 del artículo 3° de la Ley N° 18.410, de 22 de mayo de 1985, que creó la mencionada Superintendencia, la faculta para ‘adoptar, transitoriamente, las medidas que estime necesarias para la seguridad del público y el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores de energía eléctrica, de gas y de combustibles líquidos, pudiendo requerir de la autoridad administrativa el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones’; CUARTO.- Que análogo precepto se contiene en el artículo 55 de la Ley General de Servicios de Gas, aprobada por el Decreto con Fuerza de Ley N° 323, de 1931 y modificada por la Ley N° 18.856, de 2 de diciembre de 1989, y ambas normas sirven de sustento idóneo a la resolución objeto de la presente reclamación (...)”¹⁷⁰.

El segundo aspecto que se infiere de la lectura del numeral en comento es, que si bien no denomina a las medidas como provisionales, sí reconoce su característica más esencial, cual es la temporalidad o provisionalidad, al facultar a la Superintendencia para “adoptar, **transitoriamente**, las medidas (...)”. Este punto es sumamente relevante, ya que dado lo escueto de la disposición, es esencial en la calificación de estas medidas como provisionales.

En tercer lugar, existe un amplio grado de discrecionalidad, del cual dispone la autoridad administrativa competente a la hora de determinar la medida que corresponde imponer en cada caso. Esto se desprende, por un lado, de la interpretación literal de la norma, que faculta a la autoridad administrativa para adoptar “las medidas que **estime necesarias**”, y por otro lado, de la ausencia de elementos o criterios que deban/puedan ser ponderados por la autoridad en la decisión de la procedencia de una medida provisional en el caso concreto, así como en la determinación de la medida que corresponda adoptar si la autoridad decide que su adopción es procedente.

Adicionalmente, la norma tampoco entrega un catálogo de medidas que permita orientar al órgano competente en su decisión.

Sin embargo, el elemento que sí está presente en la disposición, es la finalidad hacia la cual se deben orientar estas medidas, que en sus propias palabras es “la seguridad del público y el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores”. Existen, por lo tanto, tres finalidades reconocidas en la norma, en virtud de las cuales se puede disponer una medida provisional, las que a partir de los conceptos ya definidos, pueden ser entendidas de la siguiente forma:

- Seguridad del público: los servicios de electricidad, gas y combustibles líquidos, deben ser manejados en su extracción, traslado, distribución, entrega, etc., bajo los estándares

¹⁷⁰SCS, Rol 1439-2005, 16.05.2005.

de seguridad que dispone la normativa vigente, para resguardar la salud de las personas, evitando peligros o daños, no solo en su integridad, sino que también en sus bienes y el medio ambiente, pues el daño en estas esferas puede acabar configurando un riesgo para la integridad y salud de las personas;

- derecho de los concesionarios: relativo al derecho de aquel que cuenta con una concesión, para construir, mantener y explotar el espacio concesionado, y;
- derecho de los consumidores: es el derecho de quien detenta la calidad de usuario del servicio para contar con un suministro estable y continuo, capaz de afrontar contingencias, y exento las posibilidades de falla.

Como ya fuera estudiado en el Primer Capítulo de este trabajo, y como se verá también en el siguiente acápite titulado “Presupuestos”, las finalidades de las medidas provisionales se relacionan directamente con el presupuesto de adopción denominado *periculum in mora*. Por ende, el artículo 3 N° 22 de la Ley SEC, establece que la afectación de la seguridad del público y de los derechos de los concesionarios y consumidores, constituye el peligro que justifica la imposición de una medida provisional. Por otro lado, respecto al *fumus boni iuris* la norma en comento nada indica, de modo que, de manera discrecional, a partir del análisis de las circunstancias que concurren en el caso concreto, la SEC ha determinado en qué situaciones existen los elementos de juicio suficientes que permitan dictar una medida provisional.

1.2. Presupuestos

En el contexto de un procedimiento sancionador, dadas las características inherentes al mismo, la medida provisional puede resultar bastante agresiva, toda vez que puede llegar a tener efectos idénticos a los de la sanción, de manera que la conformación de los presupuestos que habilitan para su adopción se torna especialmente relevante.

En el Capítulo I de este texto, revisamos los presupuestos de las medidas provisionales que pueden ser decretadas en todo procedimiento administrativo por aplicación del artículo 32 de la LBPA (*vid.* p. 20); pues bien, respecto de las medidas provisionales del ámbito sancionador deben concurrir los mismos presupuestos, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. De este modo, todo lo señalado en ese título es aplicable a las medidas decretadas en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador, aunque con algunas particularidades que serán examinadas a continuación.

A partir de las áreas del Derecho Administrativo Sancionador que ya han sido estudiadas, es posible desprender que: en el ámbito sanitario el *fumus* es reconocido como “casos justificados”, y el

periculum es consagrado únicamente respecto de las medidas decretadas antes del inicio del proceso sancionador como “un riesgo inminente para la salud”; en el ámbito medio ambiental no hay referencia al *fumus*, aunque se realiza remisión expresa al artículo 32 de la LBPA, por lo que todo lo que ahí se señala debe ser aplicado a las medidas decretadas en un proceso de este tipo, en tanto que el *periculum*, se configura como “daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas”; por último en el ámbito eléctrico, al igual que en el medio ambiental, solo se considera el *periculum*, reconocido bajo la expresión “la seguridad del público y el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores”.

Más allá de la consagración que la normativa sectorial efectúa respecto a los presupuestos de adopción de la medida, el legislador no indica qué elementos deben ser ponderados por la autoridad administrativa competente para estimar que tales presupuestos se encuentran verificados, lo cual sumado al hecho de que no existe en Chile una ley general que sienta las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios -que pudiera establecer ciertas directrices- genera que, necesariamente, sea el órgano administrador competente quien pondere caso a caso, según las circunstancias concurrentes, si se perfeccionan los presupuestos que dan lugar a la medida provisional.

La adopción de una medida provisional es “eminente casuística”¹⁷¹, y requiere la ponderación conjunta de una serie de elementos que el Tribunal Supremo Español ha consignado en los siguientes puntos: “a) Necesidad de justificación o prueba, aún incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida (...) b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. d) El criterio de ponderación de los intereses (...) en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia ‘cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto’ (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos). e) La apariencia de buen derecho”¹⁷².

¹⁷¹STSJ. ROJ 1076/2015. 06.03.2015, p. 4, FJ 3. Vid ATS de 15.06.1991, y ATS de 24.02.1993

¹⁷²STSJ. ROJ 4224/2015, 24.07.2015, p. 4, FJ 4, citando STS de 21.12.2010, recurso 1935/2010. En idéntico sentido el Auto de la Audiencia Nacional ROJ 1099/2017, 07/11/2017. En sentido similar, la STS, ROJ 3773/2017, expresa: “Los parcos términos de la regulación legal y reglamentaria (...) no contienen descripción ni mención de cuáles sean los elementos de juicio suficientes que han de tomarse en consideración para la adopción de medidas cautelares. Ha sido la Jurisprudencia del TS la que ha venido a perfilar el contenido de los “elementos de juicio” necesarios para adoptar la medida cautelar, acudiendo a las figuras de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y al *periculum in mora*. Con los condicionantes, establecidos

Por su parte, el Tribunal Ambiental de Santiago se ha referido a este tema, señalando que “a pesar de que la Ley N° 19.880, así como la LOSMA, no se pronuncian sobre el grado de certeza de los elementos de juicio necesarios para la adopción de una medida provisional, es posible afirmar que el estándar de motivación de las resoluciones exentas que decreten una determinada medida, que tenga por fin evitar un riesgo o daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, como dispone el artículo 49 de la LOSMA, no es el mismo que el de la resolución de término que impone alguna de las sanciones del artículo 38 del mismo cuerpo legal en un procedimiento sancionatorio”¹⁷³. Es decir, los elementos de juicio que se requieren para dictar una medida provisional son de menor entidad que los necesarios para imponer una sanción, naturalmente, dada la provisionalidad que envuelve la medida¹⁷⁴.

Así lo ha declarado el Tribunal Ambiental de Valdivia al establecer que pese a que “no se cuenta con la certeza científica respecto a lo aseverado en el considerando precedente, en virtud del principio precautorio, este Tribunal no puede más que estimar que se encuentra acreditada la amenaza inminente de que la ejecución del proyecto en cuestión genere un daño al medio ambiente o a la salud de las personas. Cabe tener presente que la determinación de la existencia de un daño ambiental o de la existencia de un daño a la salud de las personas, cual es un asunto complejo, de lato conocimiento, para el legislador incluso prevé la existencia de un procedimiento especial -la acción de reparación por daño ambiental-, cuyo conocimiento y resolución ha sido entregado al conocimiento de tribunales especializados -los Tribunales Ambientales-, estándar que no puede exigirse para la adopción de una medida cautelar”¹⁷⁵.

De manera general, es posible señalar que respecto a estas medidas la apariencia de buen derecho viene configurada por la probabilidad de la comisión de una infracción, de modo más concreto, el *fumus boni iuris* consiste en la concurrencia de “indicios claros y suficientes en torno a la realización de actuaciones u omisiones que sean constitutivos de infracciones administrativas.”¹⁷⁶ Este *fumus* del administrativo sancionador, es similar al existente en materia penal, que consiste en “la probabilidad de que el sujeto en contra de quién se dirige la investigación haya tenido una participación

legalmente, de que las medidas adoptadas no deben causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados y que la finalidad de la medida ha de ser siempre la de asegurar la efectividad de la resolución que finalmente se dicte.” FJ 1°.

¹⁷³STAS, Rol 44-2014, 4.12.2015, (C-53)

¹⁷⁴“(L)a necesaria provisionalidad de la medida, para no hacer de ella una suspensión individualizada de derechos fundamentales que por cierto, estaría vedada (...) naturalmente debe poder revisarse en cualquier momento y levantarse en cuanto desaparezcan las causas que la hayan motivado; y la sumariedad del procedimiento en el que puede acordarse, hacen que los efectos de tal medida de urgencia sobre el ejercicio de las libertades del art. 20.1 C.E. sean de menor intensidad que aquellas otras que pueden implicar una privación de derechos fundamentales de mayor severidad. Menor intensidad en la limitación temporal del ejercicio de un derecho fundamental que permite una menor taxatividad en la norma que regula la medida de urgencia que posee ese efecto limitativo”. STCE 188/1999, 25.10.99, FJ 8, En: BOE N° 286, 30.11.1999 Suplemento, p. 10.

¹⁷⁵STAV, S-5-2015, 01.09.2015, (C-7).

¹⁷⁶PONS C. F. Op cit. p. 152.

como autor cómplice o encubridor en un hecho que reviste caracteres de delito”¹⁷⁷. Dado que este presupuesto, necesario para adoptar una medida cautelar en materia penal, no tiene relación con la existencia de derecho alguno, la doctrina ha abandonado la denominación de *fumus boni iuris*, pasando a denominarlo como *fumus comisi delicti*. La lógica indica que en el ámbito del administrativo sancionador también debiese recibir una nueva denominación.

La principal particularidad de este *fumus comisi delicti*, es el hecho de que conlleva una mayor ponderación de los intereses en juego, donde el principio de proporcionalidad, como veremos más adelante (*vid.* p. 100) adquiere una dimensión trascendental. Si la potencial infracción tiene la entidad suficiente para afectar bienes jurídicos superiores o el interés público, no será necesario contar con un alto grado de certeza¹⁷⁸ de los elementos de juicio necesarios para decretar una medida provisional, de tal manera que este presupuesto es relegado por la prioritaria protección de los bienes jurídicos involucrados; por el contrario, si el bien jurídico resguardado es de menor entidad, se requiere contar con más elementos de juicio que indiquen la necesidad de dictar la medida.

La apariencia de buen derecho, o elementos de juicio suficiente derivan “de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso de una manera manifiesta que justifique la adopción de la medida cautelar solicitada”¹⁷⁹, donde luego de ponderar los intereses involucrados, debe otorgarse la protección de la medida provisional a aquella parte que sustenta una postura “aparentemente justa”¹⁸⁰, no con la finalidad “de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, o lo que es igual, el efecto útil de la sentencia que en éste deba recaer”¹⁸¹. En palabras del autor hispano Ferran

¹⁷⁷MARÍN G., J. 2001. Op cit. p.14.

¹⁷⁸Son múltiples los pronunciamientos de provenientes de España que se refieren a la esfera de incertidumbre en que opera el presupuesto del *fumus boni iuris* y la obligatoriedad de decretar las medidas sin prejuzgar el fondo del asunto. “La apariencia de buen derecho (...) permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar”. AAN, ROJ 1099/2017, 07.11.2017, FJ2. En igual sentido STSJ, ROJ 4224/2015, 24.07.2015, FJ4, citando STS de fecha 21 de diciembre de 2010, ROJ 7364/2010. Del mismo modo ATS, ROJ 7855/2017, 14.09.2017, FJ5. Por su parte el Auto de la Audiencia Nacional de 23.02.2017 (ROJ 1027/2017, FJ 1) sostiene que “conforme a jurisprudencia de esta Sala dictada aplicando la nueva normativa -Autos de 25 de junio de 2001 , 12 de julio de 2002 , etc.-, que la doctrina sobre la apariencia de buen derecho puede ser un factor que coadyuve a la adopción de la medida cautelar, pero que, en cualquier caso, su aplicación ha de hacerse con prudencia para no prejuzgar, al resolver el incidente sobre medidas cautelares, la cuestión de fondo.”

¹⁷⁹ATS 2777/1995, 24.04.1995, p. 2, FJ1. Aplicando doctrina de Autos de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991.

¹⁸⁰Así lo ha expresado el Tribunal Superior de Justicia aludiendo a “sentencia de fecha 11 de febrero de 2015, recurso de apelación 536/2014, hemos dicho: Tercero. (...) "fumus boni iuris" (aparición de buen derecho) según el cual (...) resulta obligada la ponderación, aún en la fase inicial del proceso, de las posiciones de las partes, debiendo otorgarse aquella al recurrente cuando sustenta una postura que aparentemente se presente como justa (...) (AATS 22 de noviembre de 1993, y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)". (STSJ, ROJ 4224/2015, 24.07.2015, FJ 5)

¹⁸¹STSJ, ROJ 4847/2015, 19.02.2015, p. 3, FJ2.

Pons “la medida provisional no se impone desde la perspectiva garantista del presunto infractor, sino para la protección provisional de los intereses públicos generales.”¹⁸²

Respecto al *periculum*, la autoridad administrativa debe realizar un pronóstico, de la ocurrencia de los daños que el peligro o riesgo conlleva, sin que deba existir seguridad ni inminencia, bastando, para que intervenga la Administración, con que desde la perspectiva de un observador neutral el daño sea posible¹⁸³. Si bien es cierto que no se requiere plena prueba, sino que basta con la razonabilidad de la producción del daño¹⁸⁴, esto no debe confundirse con que cualquier invocación genérica de daño o riesgo sea suficiente para entender verificado el presupuesto del *periculum in mora*, por el contrario se debe establecer concretamente cuál es el riesgo¹⁸⁵ que existe y los eventuales daños que puede ocasionar.

La Audiencia Nacional española ha señalado a este respecto que “el examen del "periculum in mora" y de la ponderación de los intereses en conflicto, debe hacerse caso por caso, valorando las particulares circunstancias que presentan, teniendo en cuenta los factores que concurren”¹⁸⁶. En definitiva la autoridad administrativa realiza una ponderación entre los bienes que pueden verse afectados y el grado de probabilidad de que dicho peligro ocurra, a mayor relevancia del bien posiblemente afectado, menor grado de probabilidad de ocurrencia del peligro se requiere; por lo tanto, cuando derechos como la salud o la vida pueden ser afectados, bastará con un bajo grado de probabilidad de que acaezca el peligro, en base al pronóstico que realice la Administración.

Como quedó establecido en el primer Capítulo, el *periculum* se relaciona con los fines de la medida, la cual generalmente es adoptada para resguardar la eficacia de la resolución final, pero este no es su único fin posible, pues este “fin se configura como una cláusula que habilita con carácter general

¹⁸²PONS C. F. Op cit. p. 151

¹⁸³HUBER, P. 2009. Risk Decisions in German Constitutional and Administrative Law. p. 4 [en línea] <<https://epub.ub.uni-muenchen.de/13872/1/riskdecisions.pdf>>[consulta: 11 Agosto 2018]

¹⁸⁴“La concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar a que se ha hecho referencia no requieren de una prueba plena, sino una razonabilidad de su producción, como se ha dicho en autos de 21 de marzo de 2001 y 9 de diciembre de 2005 y sentencia de 23 de octubre de 2002”. AAN, ROJ 1027/2017, 23.02.2017, FJ 1, p. 2.

¹⁸⁵Es interesante destacar cómo en este ámbito sancionador, el concepto de riesgo toma una relevancia trascendental en relación a las medidas provisionales. Desde la doctrina ha habido un desarrollo considerable del tema del riesgo, especialmente de aquellos propios del medio ambiente. Una premisa básica para hablar del riesgo, es diferenciar el riesgo del peligro, según lo indica el Tribunal Supremo Español (STSJ, ROJ 4847/2015, 19.02.2015, p.3, FJ 2, citando STS de 29 de septiembre de 2008). “El peligro tiene causas naturales (enfermedades, inanición, catástrofes de la naturaleza) y, precisamente para eliminar esos peligros el ser humano desarrolla un enorme esfuerzo para dominar la naturaleza (...) en ese proceso de reforma de la naturaleza en el que -según Ortega- la técnica consiste, se generan unos riesgos que no son ya los peligros de la naturaleza” (ESTEVE, 1999, p. 29). En materia de riesgos es posible encontrar dos tipos: los que son aceptados por la sociedad para la superación de necesidades, pues los conoce y por ende puede dominarlos, de los cuales se preocupa el derecho sólo cuando generen daño; y los riesgos desconocidos, “merecedores de preocupación social y de atención por el Derecho sin necesidad de que hayan mutado en daños (...) estos riesgos derivados del desarrollo industrial han rebasado y diluido la frontera que pudiera separarlos de los daños, muy en particular los que afectan a la salud de las personas y al medio ambiente: muchos de los que se presentan como riesgos pueden ser ya daños, lo que ocurre es que todavía no se manifiestan y se conocen como tales” (ESTEVE, 1999, p. 29).

¹⁸⁶AAN, ROJ 1027/2017, 23.02.2017, FJ 1, p. 2.

la adopción de medidas provisionales en caso de que ni en la norma sectorial ni en la procedimental se especifiquen los fines de las medidas a adoptar en el ámbito específico; por ello exige en cada caso un análisis de razonabilidad acerca de la virtualidad del aseguramiento de dicha eficacia en el supuesto concreto. Sólo en pocos casos *el aseguramiento de la eficacia de la resolución que pudiera recaer se configura como un fin por sí mismo*¹⁸⁷.

Por otra parte, frente a incumplimientos de la normativa, la autoridad competente o el ministro de fe asumen la existencia de un riesgo, pues la normativa representa el estándar mínimo de seguridad y legalidad a la que se deben adecuar los actos de los particulares. La autoridad sanitaria se ha referido a este asunto, expresando que, “las infracciones a las normas sanitarias (...) se sustentan en el carácter objetivo de dichas infracciones al fundarse en un deber de conducta descrito en la ley (Código Sanitario y D.S 1876 de 1995). En razón de lo anterior es que, la infracción de esta normativa se sanciona en razón del “riesgo” que genera para los bienes jurídicos tutelados la infracción por el agente a la normativa sanitaria, sin necesidad de que ello devenga en un daño efectivo para la salud de la población.”(ISP, Resolución N° 5510, 19.08.2008, C-10. En el mismo sentido ISP, Resolución N° 5505, 19.08.2008, C-5)

En síntesis, “cuando hay un serio peligro de que los intereses o derechos subjetivos que pudieran ser reconocidos o amparados en la futura resolución final resultasen ya irrealizables o gravemente lesionados; y deben ser acordadas cuando todavía, por no haber finalizado el procedimiento, no se puede anticipar un juicio sobre el problema de fondo. Todo ello hace que, salvo los casos en que ya existan elementos que de manera ostensible apunten hacia la alta probabilidad de una concreta solución para el problema de fondo en la decisión final del procedimiento, esa tutela cautelar deba ser decidida en función de una mera valoración indiciaria de la importancia que presenten los concretos intereses en conflicto”¹⁸⁸.

Considerando todo lo reseñado, y pese a que las disposiciones aplicables no lo exigen expresamente (art. 32 LBPA, art. 178 Código Sanitario, art. 48 Ley N° 20.417, art. 3 N°22 Ley N° 18.419), la adecuada motivación de la resolución que decreta una medida provisional, es trascendental. Desde ahí a autoridad competente debe señalar los elementos que determinan la adopción de la medida, configurando cada uno de los presupuestos, así como la necesidad, idoneidad, y menor onerosidad de la medida impuesta, que no puede ocasionar perjuicios de difícil o imposible reparación, y en definitiva, la proporcionalidad que trasciende la decisión. Al tratarse de una decisión basada en la discrecionalidad de la Administración, la motivación debe ser completa, “no bastará una sucinta

¹⁸⁷PONS C. F. Op. cit. p. 162

¹⁸⁸STS, ROJ 3773/2017, 25.10.2017, FJ 1, p. 3. Citando STS de 01.10.2003

referencia de hechos y fundamentos de derecho, sino que deberá existir una motivación real, suficiente y no meramente formal”¹⁸⁹.

A continuación procedemos a exponer algunos casos prácticos donde es posible apreciar la concurrencia de estos presupuestos:

- El ISP, frente a productos falsificados, alterados, que no cuentan con registro sanitario o no cumplen con la rotulación, adopta medidas provisionales, naturalmente, antes de la tramitación de un sumario sanitario que pueda establecer la existencia de estas infracciones y determinar responsabilidades. Así ocurrió en febrero del 2017, donde el Instituto ordenó el retiro de una serie de cosméticos y productos de belleza importados desde China, y emitió una alerta para la población donde expresaba que “El Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), a través del Departamento Agencia Nacional de Medicamentos ANAMED, ha tomado las medidas sanitarias correspondientes y hace un llamado a la comunidad a no utilizar estos productos debido al alto riesgo sanitario que implica usar productos falsificados, alterados y sin registro, ya que se desconoce su fabricante, fórmula, condiciones de fabricación, a su vez algunos se encuentran siendo comercializados, con fechas de vigencia superior a la otorgada en el registro sanitario, implicando un mayor riesgo en su uso ya que no es posible garantizar su seguridad y calidad”¹⁹⁰.
- En el denominado caso de las “Vacas Locas”, el Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana que decretó la medida provisional de decomiso y posterior destrucción de más de 67 toneladas de carne importada desde Canadá por Productos Fernández S.A, pese a que su internación cumplió con toda la normativa sanitaria, debido a la detección en el país de origen, de algunos animales que presentaban síntomas de la enfermedad de las “vacas locas”. Instruido sumario sanitario, la autoridad confirmó la medida de decomiso y destrucción, fundada en “resguardar la salud de la comunidad atendida la peligrosidad de la enfermedad de encefalopatía espongiforme bovina para la salud humana”¹⁹¹, aun cuando no logró establecer la existencia de infracción, y a pesar de que en Canadá se practicaron cuarentenas en las que la autoridad determinó la ausencia de la enfermedad en los bovinos, por lo cual los productos decomisados en Chile no habrían sido capaces de transmitir la enfermedad¹⁹².

¹⁸⁹MARINA J., B. 2017. Op. cit. pp. 179, 181.

¹⁹⁰CHILE. Instituto de Salud Pública .2017. Referencia N° SI 476/17. Alerta sobre comercialización de productos cosméticos falsificados, alterados, sin registro sanitario, y que no cumplen con la rotulación establecida en la legislación sanitaria vigente.

¹⁹¹SCS, Rol 9924-2015, 20.11.2012, (C-3)

¹⁹²Lo interesante de este caso es que si bien existen elementos de juicio mínimos, como lo es el hecho de que algunos animales presentarían síntomas de la enfermedad, el presupuesto del *periculum in mora* se encuentra muy fortalecido, toda vez que el peligro asociado al consumo de productos contagiados es muy alto, por tratarse de una enfermedad de gravísimas consecuencias para la salud de la población. Sin embargo consideramos que la medida carece de proporcionalidad, ya que el

- La Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia español se pronunció el 2016, estimando el recurso contencioso administrativo deducido por el sujeto pasivo de una medida provisional de suspensión de la autorización de uso de armas. La autoridad administrativa competente adoptó la medida basada en imágenes de videovigilancia donde se observaba a un sujeto en la comisión de un delito que, dada su similitud física, pudiera ser el recurrente. El Tribunal sostuvo que, de la comisión delictiva por parte del recurrente “no se tiene un conocimiento cierto sino indicios racionales, concretamente, los proporcionados por las mencionadas imágenes grabadas, en las que, sin embargo y según dice en el auto judicial, no llegaba a observarse que el recurrente interviniera en el daño causado a la denunciante (...) el mero indicio de esa comisión, no evidencia por sí sola el peligro real del manejo de armas de fuego por el actor, peligro que únicamente aparecerá si se prueba efectivamente que el recurrente intervino en aquellos hechos y es condenado penalmente, mostrando así la peligrosidad que supone el uso del arma (...) No quiere decirse con ello que los hechos considerados en la adopción de medidas cautelares penales no puedan ser tenidos en cuenta a fin de resolver procedimientos administrativos como el que se trata, sino que ello solo será posible cuando tales hechos muestren la existencia de un peligro actual no de su mera eventualidad, como sucede en el presente supuesto”¹⁹³.

1.3 Principios. Su particular aplicación a las medidas decretadas en el ámbito sancionador

En el Capítulo I estudiamos los principios que se relacionan con las medidas provisionales decretadas en procedimientos administrativos no sancionadores, por lo que ya fueron analizados los

decomiso hubiese sido suficiente para resguardar la salud de la población hasta que se verificara la presencia de la enfermedad en los ejemplares bovinos, y sólo una vez verificado ello, se debía proceder a la destrucción o desnaturalización de los productos. Si se pretende reaccionar frente a un riesgo, se debe hacer mediante una medida provisional, que precisamente tiene la característica de provisionalidad, ya que la incertidumbre que envuelve el caso concreto impide que se adopten medidas irreversibles. En el caso, el decomiso y la destrucción son ratificados por una resolución adoptada después de la tramitación de un sumario sanitario, no obstante, no se trató de una sanción pues no se estableció infracción alguna, pero tampoco se establecieron elementos de juicio suficientes capaces de asentar indicios claros respecto a la presencia de la enfermedad de las vacas locas. En este caso, Productos Fernández S.A demandó indemnización de perjuicios, que fue acogida en primera instancia y ratificada en segunda, fundado en que, si bien es cierto que el Estado tiene el deber de velar por el interés general, y en virtud de ello puede decretar medidas cuyas consecuencias generalmente son lícitas, no es menos cierto que el resguardo de un interés general -como la salud pública en este caso- no se puede alcanzar sacrificando el interés de un particular -en el caso el derecho de propiedad-, lo cual justifica la indemnización de perjuicios por parte del Estado. La Corte Suprema en fallo de 20.11.2012, Rol 9924-2015, revocó los pronunciamientos que la precedían, acogió el recurso de casación, y asentó una nueva tesis en materia de responsabilidad del Estado, sosteniendo que se trataba de un caso de responsabilidad objetiva por acto lícito, los cuales solo originan responsabilidad cuando una ley expresamente establece ese título de imputación, lo que no ocurría en los hechos, por lo cual desestimó la indemnización de perjuicios.

¹⁹³STSJ, ROJ 3823/2016, 04.04.2016, FJ 5.

principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad. Sin embargo, y como ya fue señalado en el Primer Capítulo, todos ellos han sido consagrados en relación al Derecho Penal y desde ahí se ha extendido su aplicación al DAS, de modo que si bien fueron revisados los aspectos centrales de estos principios, esencialmente en su aplicación a las medidas provisionales, es en este acápite donde serán analizados con mayor detención, por tratarse del área del Derecho Administrativo donde cuentan con mayor desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal.

Adicionalmente, será estudiado el principio de presunción de inocencia, que no fue considerado en el Primer Capítulo, puesto que tiene aplicación exclusivamente en procedimientos sancionadores, por lo que corresponde, en este punto, proceder a su estudio.

1.3.1 Legalidad y tipicidad

La Constitución consigna “de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal (...)”¹⁹⁴. Su artículo 19 N°3, incisos octavo y noveno, reconoce el principio de legalidad, indicando que “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley (...)”, y “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. La Corte Suprema se ha pronunciado en torno a este principio, refiriendo que los términos en que fue consagrado en el artículo 19 N°3, comprenden “(...) tanto a la descripción típica del hecho ilícito, como a la sanción que de manera estricta se señale al respecto de un determinado ilícito, para evitar, por supuesto, tanto la interpretación extensiva del precepto, como asimismo utilizar la analogía”¹⁹⁵.

Por otra parte, el principio de legalidad, también es recogido por tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art.9).

Para que el principio de legalidad se perfeccione, es necesario que la ley que contiene la infracción y la pena, cumpla con tres requisitos: en primer lugar, debe ser **previa** (*lex praevia*), esto significa que la ley debe estar promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho; en segundo lugar, es necesario que la ley sea **escrita** (*lex scripta*), es decir, que se trate de una ley propiamente tal, como fuente formal del Derecho; y finalmente, la ley debe ser **estricta** (*lex stricta*). Normalmente, bajo el concepto de *lex stricta*, se incluye otro aspecto, el de ley cierta o *lex certa*, y pese a que ambos aforismos suelen usarse como términos sinónimos, cada cual tiene su alcance. Por un lado, la *lex certa* “obligaría a que, tanto los hechos punibles, como las consecuencias jurídicas, deban estar consagrados

¹⁹⁴STC, Rol 244-96, 26.08.96, p.4 (C-12).

¹⁹⁵SCS, Rol 5990-04, 20.04.05, p. 4 (C-8).

de manera clara, precisa y determinada en la ley, reservándose por tanto la exigencia de *lex stricta* a la exclusión de la analogía en materia penal”¹⁹⁶. De esta forma, la *lex certa*, viene a configurar el denominado principio de tipicidad.

Dado que la “descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma”¹⁹⁷, colaboran, para la concreción de la misma, la potestad reglamentaria y la función hermenéutica del juez. El artículo 32 N° 6 de la Constitución, faculta al Presidente de la República para dictar los “reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”, consagrando, de esta forma, la potestad reglamentaria de ejecución¹⁹⁸, que en palabras del TC, “no puede sino dar aplicación a los preceptos legales en las mismas materias reservadas al dominio legal”¹⁹⁹. Por otra parte, la hermenéutica del juez también colabora en la concreción de la norma, donde el magistrado a partir de los supuestos fácticos que se desprenden ella, por medio de operaciones intelectuales basadas en elementos de interpretación, puede obtener una representación cabal de la conducta²⁰⁰.

En el ámbito administrativo, también recibe aplicación el principio de legalidad. Lo anterior se desprende de la consolidada jurisprudencia relativa a la existencia de un único *ius puniendi* del Estado, y la aplicación, “con matices”, de los principios penales al derecho administrativo sancionador. Por su parte, los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, refuerzan el principio de legalidad, y en idéntico sentido el artículo 2 de la Ley N° 18.575 que reza: “Los órganos de la Administración del Estado

¹⁹⁶VILLAVICENCIO, R. 2004. Principio de legalidad y tipo imprudente. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. [en línea] <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjv727p/html/index-frames.html>> [consulta: 05 mayo 2017]

¹⁹⁷STC, Rol 549-06, 30.03.07, p.8 (C-4). Dicha sentencia se basa en la STC, Rol 24-84, 04.12.84, y la cita en su considerando cuarto, donde señala que: “De acuerdo a los términos del inciso final del N° 3 del artículo 19, basta, pues, que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales”.

En la misma línea la STC, Rol 2773: “DECIMOCUARTO: (...) La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida cuando la conducta que se sanciona está claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales. El carácter expreso –claro, patente, especificado– que, conforme a la Constitución Política de la República, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales (STC N° 468, c. 4°). (En el mismo sentido, STC N° 549, c. 4°, STC N° 559, c. 5°, STC N° 1352, c. 26°, STC N° 1432, c. 28°, STC N° 1443, c. 25°, STC N° 1973, cc. 21° y 5°, STC N° 2154, c. 17°, STC N° 2615, c. 27°, STC N° 2651, c. 13°, STC N° 2716, c. 35°)”.

¹⁹⁸ Vid. STC Roles 2773 (2817, 2849, 2859)- 15, acumulados, 28.01.16, p. 19 (C-7).

¹⁹⁹ STC, Rol 480-06, 27.07.06, pp. 36-37(C-13).

²⁰⁰ Vid. STC Roles: 549-06(C-12), 2648-14(C-5). Es relevante recalcar que la labor interpretativa del juez se concreta a partir de los elementos que inequívocamente se desprenden la norma, en ningún caso el juez crea la norma, de lo contrario transgrediría los principios de legalidad y tipicidad, al mismo que “(...) quebranta el principio de igualdad ante la ley, toda vez que las razones inefables y desconocidas en la misma literalidad de la ley, en base a las cuales el juez aplica la multa de una magnitud o cuantía mayor o menor, dentro de un marco penal excesivamente amplio o extenso, envuelve *per se* arbitrariedad, ya que se ignoran las razones objetivas que existan – vale decir, eventualmente también aplicables a otros casos similares – en virtud de las cuales se impone una multa de un monto u otro, albergando crípticamente la posibilidad de desviación de fin en una tal decisión jurisdiccional” STC, Rol 2648-14, 03.09.15, p. 13 (C-6) .

someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico (...)

El Tribunal Constitucional ha sostenido que “la potestad sancionadora administrativa se sujeta al principio de legalidad y tipicidad”²⁰¹, y en el mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado, que el principio de legalidad “tiene lugar tanto en el ámbito de la potestad sancionatoria penal que ejercen los Tribunales de Justicia (...) como en aquél de la potestad sancionatoria administrativa, que se reconoce a la Administración del Estado para sancionar determinadas conductas infraccionales”²⁰².

La aplicación del principio de legalidad al Derecho Administrativo Sancionador, implica que tanto las infracciones administrativas, como sus correspondientes sanciones, deban ser establecidas por ley²⁰³. No obstante, la tipificación de la conducta no requiere ser tan minuciosa como en materia penal, en el ámbito administrativo “la reserva legal tiene como nota distintiva la posibilidad de una mayor intervención regulatoria de la potestad reglamentaria, por razones como el carácter de la sanción administrativa (que no debiese afectar bienes jurídicos de naturaleza superior), la necesidad de acudir a la potestad reglamentaria en materias de especial contenido técnico, y su aptitud para incrementar la seguridad jurídica y limitar el poder discrecional del Estado mediante elementos reglados”²⁰⁴.

La colaboración reglamentaria recibe aplicación en cuanto a la descripción de la conducta, sin embargo, la atribución de facultad sancionadora a la Administración, así como la determinación de las sanciones, necesariamente deben ser reguladas por ley, en conformidad a los mencionados artículos 6 y 7 de la Constitución. Ahora bien, en relación a la sanción, el principio de legalidad aplica respecto a su determinación, pero la individualización de la misma, la realiza discrecionalmente el administrador, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, y siempre dentro de los parámetros que establezca la norma.

En cuanto a las medidas provisionales, los principios de legalidad y tipicidad tienen difusa aplicación.

Respecto al principio de legalidad, existen ámbitos del Administrativo Sancionador en que han sido reguladas estas medidas, y la mayoría de ellos lo hace por medio de leyes, por lo que en este aspecto se respeta el principio de legalidad. No obstante, existe al menos un área del DAS en que las medidas provisionales son especialmente reguladas, aunque en una norma que no tiene rango de ley, faltando por ende al principio de legalidad; es lo que ocurre en materia educacional, donde un decreto supremo faculta a la SEREMI para disponer la retención temporal, total o parcial de la subvención en el contexto de un procedimiento sancionador contra el sostenedor de un establecimiento educacional

²⁰¹STC, Rol 1413-09, 16.11.10, pp. 33, 34 (C-30).

²⁰²SCS, Rol 4404-2005, 08.11.2005, p.14 (C-25).

²⁰³Vid. STC, Rol 244-96, 26.08.96, p.3 (C-10).

²⁰⁴BERMÚDEZ S., J. 2010. Derecho Administrativo General. Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing. p. 186. En: STC, Rol 2666-14, 03.09.15, p.21 (C-14). En términos similares STC, Rol 2722-14, 15.10.15, pp. 19, 20 (C-16).

(Véase DS. 8144, art. 32 inc. 5). Por otro lado y como sabemos, en muchos ámbitos no existe regulación de las medidas provisionales, por lo tanto, en todos ellos debiera aplicar el artículo 32 de la LBPA, partiendo de la premisa de que esta norma habilita de manera general la imposición de estas medidas en procedimientos administrativos; siendo así, el artículo igualmente se encuentra contenido en una ley, por lo que respeta igualmente el principio de legalidad en tanto *lex scripta*.

En relación a la exclusión de la interpretación por analogía, es bastante complejo que esta arista del principio de legalidad pueda tener cabida de manera general en las medidas provisionales, debido a que la regulación de estas medidas es muy diversa. Existen, por un lado, materias en las que las medidas derechamente no han sido reguladas, por lo que aplica el artículo 32; existen materias que cuentan con una regulación deficiente, ya sea porque se limitan a hacer remisión a la aplicación del artículo 32, o porque regulan estas medidas de modo muy general; y por último existen un par de materias en las que las medidas provisionales han normadas de manera más completa. En definitiva, en todas aquellas áreas del DAS en que no exista una cabal regulación de las medidas provisionales, se abre la puerta a la discrecionalidad, no siendo posible afirmar que la autoridad competente excluirá, en cada una de las decisiones referentes a la imposición de una medida provisional, la interpretación por analogía.

Por último, la *lex praevia* es un aspecto del principio de legalidad que deberá ser analizado en el momento en que se disponga la medida provisional y que va a depender de la norma que justifique la adopción de una medida de este tipo.

En relación al principio de tipicidad, la descripción de la conducta que deben mantener los administrados, se contiene en la regulación sectorial que corresponda. Sin embargo, no podemos olvidar, que estas medidas pueden ser adoptadas aun cuando el administrado se ajuste a los deberes de conducta que determine la norma, por la concurrencia de un riesgo, consistente en la potencial afectación de ciertos derechos o intereses superiores, generado por la actividad -ajustada a derecho- del administrado (*vid. Supra*, Procedimiento de Adopción de las Medidas Provisionales bajo la Ley N° 19.880, p. 37). Por otro lado, aún en el caso de que exista tal incumplimiento, la medida es adoptada previo al establecimiento de la respectiva responsabilidad, puesto que las medidas provisionales son decretadas antes o durante la tramitación del procedimiento, de tal manera que, frente al incumplimiento de un deber de conducta, se impone la medida a un sujeto, respecto del cual se desconoce si dicho incumplimiento le es imputable o no. En suma, no es posible establecer la existencia de una relación necesaria entre la conducta debida y la medida provisional, por lo cual, en el aspecto relativo a la descripción de la conducta, no rige el principio de tipicidad.

Si bien la tipicidad ha sido conceptualizada como la descripción acabada de la conducta, aplicada a las medidas provisionales debe referirse al establecimiento concreto de los presupuestos que habilitan para la imposición de la medida, ya que como pudimos apreciar en el párrafo precedente, la conducta no es determinante a la hora de imponer una medida provisional. No obstante ello, la regulación de la materia, señala los presupuestos con excesiva generalidad, dando cabida a la discrecionalidad, y descartando de esa forma la vigencia de la tipicidad en este aspecto. Es relevante destacar que, debido a la necesidad de que estas medidas puedan ser adoptadas en las más diversas situaciones, en tanto las circunstancias del caso lo requieran, la generalidad en la redacción de los presupuestos es adecuada, y la discrecionalidad, indispensable.

La tipicidad implica también, la determinación completa de la consecuencia jurídica asociada a la infracción, es decir la sanción, lo que trasladado a las medidas provisionales, se traduce en la determinación de las medidas que se pueden adoptar. En este sentido, el artículo 32 de la Ley N° 19.880, siendo la norma de aplicación general, no contiene un catálogo de posibles medidas, por el contrario, se limita a señalar que, “Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo podrá adoptar, de oficio o a petición de parte, **las medidas provisionales que estime oportunas** para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”; en tanto que, “antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar **las medidas correspondientes**” (énfasis añadido). De esta forma, se consagran las medidas en términos muy generales, otorgando amplia discrecionalidad al órgano administrativo encargado de adoptarlas.

Sin embargo, es preciso considerar la consagración que reciben las medidas provisionales en el área administrativa que corresponda, ya que si cuentan con regulación en la normativa administrativa atinente, debe preferirse esa regulación, dada su especialidad. Así por ejemplo, la Ley N° 20.417, que “Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente” regula de manera detallada las medidas provisionales, estableciendo en su artículo 48 un catálogo de medidas, junto con sus presupuestos y procedimiento de adopción (*vid. Supra. Ámbito Medio Ambiental*, p. 69), así mismo, aunque con una regulación menos exhaustiva, lo hace el Código Sanitario en su artículo 178 bajo la denominación de “medidas sanitarias” (*vid. Supra. Ámbito Sanitario. Farmacéutico*, p. 58).

Por otro lado, existen áreas administrativas en las que no están reguladas las medidas provisionales. Muestra de ello es el Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de

Servicios de Telecomunicaciones²⁰⁵, que en su artículo 24 se refiere a estas medidas señalando: “ (...) sin perjuicio de las medidas provisionales que la Subsecretaría de Telecomunicaciones pueda adoptar en virtud de lo previsto en el artículo 32° de la Ley N° 19.880, las cuales en ningún caso podrán causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los afectados por dichas medidas, o implicar violación de derechos amparados por las leyes.”, como se puede apreciar, la disposición citada, no entrega un listado de posibles medidas, tampoco establece presupuestos ni procedimiento de adopción, simplemente hace remisión al artículo 32 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. No obstante, existen materias en las que no se efectúa referencia normativa a estas medidas, así por ejemplo, la Ley N° 19.946 que "Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores", y crea el SERNAC, no consigna entre las facultades de este organismo la adopción de medidas provisionales.

En suma, no existe una acabada y completa regulación de las medidas provisionales en los procedimientos administrativos sancionadores, que permita sostener que los principios de legalidad y tipicidad reciben plena aplicación, pero, más allá de lo que ocurra en la práctica, el principio de legalidad debiera ser aplicado, y por lo menos la norma sectorial que regule las medidas provisionales debe ser una ley. Si bien es conveniente que la ley que regule estas medidas dé cabida a la discrecionalidad de la autoridad administrativa, no deja de ser cierto que la regulación de la materia, es aún insuficiente. Por último, solo resta destacar la relación de este tema, con la aplicación supletoria²⁰⁶, de la Ley N° 19.880, y específicamente del artículo 32, que serán desarrollados en los puntos 2 y 3 de este Capítulo II.(*vid.* pp. 112 y ss., 117 y ss.)

1.3.2 Proporcionalidad

En el Capítulo I estudiamos el principio de proporcionalidad de manera general y en relación a las medidas contempladas en el artículo 32 de la LBPA, y además dejamos establecida la especial relevancia que tiene este principio en la decisión de imponer una medida provisional. En este segundo Capítulo, dedicado a las medidas provisionales decretadas en el contexto de un proceso administrativo sancionador, la proporcionalidad es estudiada en su aplicación a aquellas medidas adoptadas en ese tipo de procesos, donde, dado que la medida puede resultar particularmente gravosa para los intereses del sujeto pasivo, llegando en ocasiones a producir idénticos efectos a los de la sanción, este principio

²⁰⁵CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Subsecretaría de Telecomunicaciones. 2013. Decreto 194: Aprueba Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones, febrero 2013.

²⁰⁶La supletoriedad de la Ley N° 19.880 será desarrollada en el punto 2 del Capítulo II. Este principio es reconocido en el artículo 1° inciso 1° de la ley en comento, que consigna: “En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.”

reviste aún mayor relevancia, siendo un límite a la discrecionalidad de la autoridad competente y un criterio de orientación en la determinación concreta de la medida.

El siguiente acápite se divide en 2 partes, la primera dedicada al principio de proporcionalidad y su relación con la sanción administrativa, y la segunda dedicada a este principio en su aplicación a las medidas provisionales adoptadas a la luz de un procedimiento administrativo sancionador.

a) El Principio de Proporcionalidad y la Sanción Administrativa

El principio de proporcionalidad aplicado al Ámbito Administrativo Sancionador debe ser analizado desde una doble perspectiva. Opera, en una primera etapa, en la actividad legislativa, “al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla”²⁰⁷; y, en una segunda etapa, limitando la discrecionalidad de la autoridad administrativa “al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo”²⁰⁸. Nuestro Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos relativos a la aplicación del principio de proporcionalidad, tanto respecto de la labor del legislador al definir el marco sancionador, como en torno a la labor del órgano administrativo al determinar la sanción pertinente.

La correspondencia que debe existir entre la conducta imputada y el castigo impuesto, es el reflejo de la aplicación del principio de proporcionalidad en la esfera legislativa, lo que, en otras palabras, determina que “las sanciones que se establezcan en la ley, en términos abstractos o genéricos, deben ser proporcionales -razonables y adecuadas- al ilícito que se pretende castigar y, por cierto, al riesgo o daño que la conducta puede generar al bien común o interés jurídico que se estima digno de tutela (...)”²⁰⁹. El establecimiento de una norma respetuosa del principio de proporcionalidad, debe ponderar el derecho fundamental que limita con la sanción, así como el objetivo constitucionalmente válido que procura alcanzar, ya que “una limitación a un derecho fundamental es justificable cuando dicho mecanismo *‘es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales’*”²¹⁰.

²⁰⁷CORDERO Q., E. 2014. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (42), p. 425. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>>

²⁰⁸Ibíd. p. 425

²⁰⁹CÁRCAMO R., A. La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el derecho administrativo sancionador: fundamentos, alcances y aplicaciones, en obra colectiva "Las sanciones administrativas", X Jornadas de Derecho Administrativo. p. 156. Citado en: STC, Rol 2922-15, 29.09.16, p. 23 (C-24°).

²¹⁰STC, Rol 1518-09, 21.10.10, p. 14 (C-14°) citando a sentencias roles 519 y 576.

En este orden, es necesario el establecimiento de “criterios de graduación de las sanciones, basados en diversos baremos, incluso derivados de otros principios como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia en la misma sanción”²¹¹, entre otros; pues a partir de la consideración e instauración de tales criterios, el legislador puede impedir, tanto que la ley autorice, como que el administrador adopte, medidas innecesarias y excesivas, que difieren de lo preceptuado por la proporcionalidad. El TC ha respaldado la trascendencia de los criterios de graduación, valorando la garantía de una ley que establezca “aquellos criterios o factores que la autoridad debe considerar al momento de seleccionar la concreta sanción atribuida”, así como la clasificación de “las infracciones a su normativa en gravísimas, graves y leves, con un correlativo margen de castigos”²¹². Es más, según el Tribunal Constitucional, el legislador tiene prohibido prescindir de todo criterio de graduación en el establecimiento del marco sancionatorio, pues lo contrario, conlleva la potencial vulneración del principio de proporcionalidad²¹³.

Por otra parte, en la determinación de la sanción que efectúa la Administración, el principio de proporcionalidad cumple una labor fundamental, toda vez que, la autoridad administrativa cuenta con un margen de discrecionalidad o libre apreciación al momento de definir qué sanción corresponde aplicar al caso concreto, y la proporcionalidad opera como límite a dicha discrecionalidad²¹⁴. En efecto, tal límite se configura, a partir de los mencionados criterios de graduación, donde, la Administración debe elegir el tipo de sanción que corresponda, y dentro de ese tipo, la sanción que sea adecuada en grado, extensión o duración en relación a la gravedad de la infracción que se pretende sancionar. Sin embargo, la autoridad administrativa no sólo debe considerar los parámetros que establezca la ley, sino que además, y especialmente cuando la ley no señale tales parámetros, el órgano administrador competente, guiado por el principio de proporcionalidad, debe considerar las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados al imponer una sanción, así el TC “ ha afirmado que la observancia práctica del principio de proporcionalidad conlleva una lógica ponderación de todas las diversas circunstancias concurrentes en un caso, lo que ha de evidenciarse en la motivación de la sanción”²¹⁵.

²¹¹ARANCIBIA, T. 2015. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones Administrativas. Cuaderno N° 58. p. 41.

²¹²STC, Rol 2884-15, 26.07.16, p. 19, 20. (C-22°). En el mismo sentido, STC, Rol 2658-14, 09.10.14, p.14 (C-7°). Vid. STC, Rol 2264-12, C-18° y 19°.

²¹³En este sentido, STC, Rol 2922-15, 29.09.16, p. 25 (C-27°).

²¹⁴En este sentido, Eduardo Cordero ha señalado que en el “Derecho administrativo la proporcionalidad constituye un principio general que cumple una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos administrativos. Si bien se ha sostenido tradicionalmente que las potestades sancionadoras son siempre regladas, la realidad nos demuestra que existe un margen de libre apreciación que queda entregado a la autoridad administrativa y en donde este principio juega un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción.” CORDERO Q., E. Op. cit. p. 423.

²¹⁵STC, Rol 2922-15, 29.09.16, p.16 (C-15°)

En nuestra legislación no existe una norma general que consagre la vigencia del principio de proporcionalidad respecto a la sanción administrativa²¹⁶, lo cual genera regulaciones y consagraciones diversas en los distintos sectores del ámbito administrativo. No obstante lo anterior, se ha entendido que la garantía constitucional del debido proceso (art.19 N°3) implica necesariamente la proporcionalidad de las penas y sanciones que se impongan en el contexto del proceso, proporcionalidad que viene dada por la existencia de “una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada”²¹⁷. En este sentido, es necesario “que la descripción de la conducta sea formulada con mayor precisión cuanto más grave sea la pena amenazada” puesto que “en la medida en que la descripción típica adolezca de una relativa indeterminación, a fin de incluir conductas de muy diversa gravedad, la escala punitiva habrá de ser ampliada para permitir adecuar la pena concreta a las diferentes manifestaciones de la conducta realizada, sopesando la magnitud de la infracción y las atenuantes que concurren”²¹⁸. En otras palabras, la garantía del debido proceso, involucra el adecuado equilibrio legal entre la descripción típica de la conducta y la pena o sanción, pero no basta con ello, es imprescindible que esa adecuación se extienda hasta el caso concreto para que exista proporcionalidad.

Independiente de lo diverso que puede resultar el reconocimiento normativo del principio de proporcionalidad en la sanción administrativa, su aplicación a ésta y en general a cualquier manifestación de las potestades discrecionales de los órganos administrativos, es absolutamente indiscutida. Como muestra de ello, el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado estimando: que la

²¹⁶Contrastando esta situación, la regulación de las medidas disciplinarias consagra expresamente el principio de proporcionalidad. El Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834, en su artículo 121, expresa: “Las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes.” En este sentido, la Contraloría: “debe velar porque los procedimientos sumariales se ajusten a los principios de juridicidad y del debido proceso, establecidos en los artículos 6°, 7° y 19 N° 3, de la Constitución Política, fiscalizando que se substancien con estricto apego al ordenamiento jurídico, emitiendo decisiones exentas de discriminaciones arbitrarias, aplicando sanciones que se correspondan con la gravedad de los hechos y la participación de los servidores en ellos, resguardando el principio de proporcionalidad contemplado en el inciso segundo del artículo 121 de la ley N° 18.834 (...)” -CGR, Dictamen N° 93.878, 03.12.2014. En términos similares los dictámenes N°: 77.634 de 2016, y 17.737 de 2012-. Pues “(...) si bien la potestad disciplinaria reside en las autoridades de los órganos de la Administración, ello no obsta a que esta Contraloría General, en virtud de las atribuciones constitucionales y legales de que ha sido dotada, pueda objetar tal decisión si verifica una falta de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos cometidos y el castigo impuesto (...)”. CGR, Dictamen N° 22.305, 19.06.2017. Así, para que proceda aplicar, por ejemplo, una medida de destitución, atendida la magnitud de sus efectos jurídicos y de hecho, “(...) es exigible que del mérito del sumario aparezca, indubitada e irrefutablemente, que no existe otro castigo que sea correspondiente a la falta funcionaria; es decir, que la única sanción que pueda ser ordenada, sea el alejamiento del Servicio (...)”CGR, Dictamen N° 13.337, 07.03.2012. En el mismo sentido, dictámenes N°: 77.634 de 2016, 25.318 de 2013, 62.001 de 2011, y 74.035 de 2010.

²¹⁷El Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 1518-09, de 21.10.10, señala: “**VIGESIMOCTAVO:** Que el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (rol N° 437, considerando 14°), como es -entre otras dimensiones- garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada”. p. 21.

²¹⁸STC, Rol 1413-09, 16.11.10. Voto en contra de los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza e Iván Aróstica Maldonado, consideración 4°, p. 39, citando a OSSANDÓN, M. 2009. La Formulación de Tipos Penales. pp.469-470. Chile. Editorial Jurídica de Chile, con cita a: ESER, A., BURKHARDT, B. 1995. Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencia. p.58. Madrid. Editorial Colex.

multa sanitaria impuesta por el Instituto de Salud Pública (ISP) que podía derivar en prisión, era desproporcionada²¹⁹; que las sanciones de amonestación, multa y revocación contempladas en la ley N° 20.473, resultan desproporcionadas por la ausencia de criterios de graduación para su imposición²²⁰; y que, la multa aplicada por la Corporación Nacional Forestal (CONAF), correspondiente al doble del valor comercial de los productos cortados y explotados, frente a la corta no autorizada de árboles nativos, resulta proporcionada a la finalidad de la norma, consistente en proteger el bosque nativo²²¹; por mencionar algunos fallos²²².

A diferencia de lo que ocurre en Chile, el Derecho Administrativo Español, regula cabalmente el principio de proporcionalidad, en una norma aplicable a todas las sanciones administrativas. La Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, consagra en su artículo 29, que en la imposición de sanciones se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su debida adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, y además establece los criterios de graduación para lograr dicha adecuación, entre los cuales se incluye: culpabilidad o intencionalidad, persistencia en la conducta infractora, naturaleza de los perjuicios, y la reincidencia. Una normativa de aplicación general, que fija las bases del principio de proporcionalidad, independiente de que en las

²¹⁹El TC se pronunció a favor de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 169 del Código Sanitario, actualmente derogado, que permitía como medio de sustitución y apremio, reemplazar la multa con que se hubiese sancionado al infractor por un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprendiera dicha multa, si existiera retraso en su pago. En dicha sentencia, el TC sostuvo que un procedimiento justo y racional debe garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud, y que el artículo 169, atentaría contra este principio “toda vez que por vía administrativa y sin ninguna cautela judicial previa, (...) permite consolidar irremediablemente una pena privativa de libertad (...)”, convirtiendo “administrativa e indiscriminadamente en prisión cualquiera multa impaga por no estar ejecutoriada, sin atender a la circunstancia de que ésta debió modularse, antes, en relación con la naturaleza o entidad de la falta cometida. Si las multas sanitarias aun por hechos leves o menores pueden derivar en prisión, entonces ello implica desvirtuar todo el procedimiento seguido con antelación”. STC, Rol 1518-09, 21.10.10, pp. 21, 22 (C-29°, 30°).

²²⁰Ante el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero, del artículo único de la Ley N° 20.473, el Tribunal Constitucional se pronunció acogiendo la acción de inaplicabilidad, toda vez que la normativa impugnada atentaba contra el principio de proporcionalidad. Expresó el TC que: “Factores que -como el daño ambiental, el perjuicio a la salud o al orden público sectorial- están ausentes en la Ley N° 20.473, lo que ha servido a la autoridad administrativa, en este caso, para aplicar una sanción sin invocar ningún grado de afectación a estos u otros bienes jurídicos relevantes; (...) es ese vacío del Artículo único de la Ley N° 20.473, lo que permite a la autoridad sancionar de un modo inexplicado -sin fundamentos coherentes e inteligiblemente expresados- un concurso real o material de supuestas infracciones distintas, independientes y separadas, con una sola multa agravada”. STC, Rol 2946-15, 27.12.16, p. 20(C-22°, 23°).

²²¹El requirente sostenía que el artículo 51 de la Ley N° 20.283 -en virtud del cual se sanciona la corta no autorizada de bosque, con una multa equivalente al valor de los productos cortados o explotados, incrementada en un 200% en el caso de que tales productos no estuviesen en poder del infractor- resultaba desproporcionada y atentaba contra su derecho a la propiedad, por lo que solicitaba la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma. Frente a esto, el TC rechazó el requerimiento, señalando: “Que en el caso del artículo 51 de la Ley N° 20.283 no nos encontramos frente a una multa desproporcionada, pues resulta una medida idónea, necesaria y proporcional para conseguir el cumplimiento de la finalidad de la norma, que es proteger el bosque nativo (...) El exigir el doble de lo que se podría ganar por la tala de bosques es proporcionado, incluso infra-proporcionado. Lo anterior, porque si estimamos los daños que su conducta puede provocar al medio ambiente, ello podría configurar efectos irreparables. La idea de la multa cumple con la finalidad constitucionalmente legítima de desincentivar el corte ilegal de árboles nativos y la única manera de propiciar la disuasión es haciendo más costosas las sanciones que el efecto de la actividad ilícita (...) En síntesis, satisface la dimensión de proporcionalidad que alienta el cumplimiento de las finalidades constitucionales definidas en el artículo 19, numerales 8° y 24°, inciso segundo, de la Constitución”. STC, Rol 2884-15, 26.07.16, p.21(C-23°).

²²²Vid, STC Roles: 1951-11; 2045-11; 2254-12; 2666-14.

regulaciones administrativas sectoriales puedan existir otras especificaciones, reduce el margen ambigüedad que inevitablemente tienen los pronunciamientos jurisprudenciales con sus efectos relativos, brindando, de esa manera, mayor seguridad jurídica y un trato más igualitario entre los administrados.

b) El Principio de Proporcionalidad en las Medidas Provisionales adoptadas en un procedimiento administrativo sancionador

La proporcionalidad aplicada a las medidas provisionales decretadas en un procedimiento administrativo sancionador está dotada de una especial relevancia, donde debido a la gravedad que pueden tener las medidas en cuanto a sus efectos, que en ocasiones pueden ser idénticos a los de la sanción, es particularmente significativa la ponderación que realiza la autoridad administrativa competente de los intereses involucrados -intereses generales que pretende resguardar la medida v/s intereses del particular afectado con la medida-, imponiendo la obligación de que la medida sea idónea para resguardar o proteger los fines que persigue, así como, que dentro de las diversas alternativas que pueden resultar idóneas, se imponga la medida menos lesiva para el sujeto pasivo.

El principio de proporcionalidad cierra cualquier espacio de arbitrariedad, al configurar un freno que impide que la autoridad adopte medidas que sean excesivas o abusivas, lo que se traduce en la prohibición de disponer medidas que deroguen o anulen derechos o libertades del sujeto pasivo, estando únicamente permitido, decretar medidas limitativas de derechos o libertades, lo cual se relaciona directamente con la temporalidad o provisionalidad de estas medidas, que impide que tengan efectos definitivos. De esta forma el principio de proporcionalidad orienta la discrecionalidad administrativa hacia la opción más razonable para alcanzar los fines legítimos que se persiguen.

A diferencia de lo que ocurre en procesos administrativos no sancionadores, donde la única consagración de este principio es la contenida en el artículo 32 (porque, en definitiva, estas medidas no cuentan con mayor regulación en ese ámbito), en el ámbito sancionador, sí existen ejemplos de reconocimiento del principio de proporcionalidad. Naturalmente solo algunas materias del DAS regulan las medidas provisionales, y de ellas, solo algunas reconocen, de manera diversa, la aplicación del principio de proporcionalidad.

Dicho reconocimiento puede ser expreso, a partir de la consagración del principio de proporcionalidad como tal, o bien, a partir la exigencia de que la medida impuesta por el órgano competente sea proporcionada. Pero también es posible que se consagre este principio de manera menos literal, a partir del establecimiento de aquellos elementos que limitan la discrecionalidad de la autoridad administrativa competente en su decisión de imponer una medida de este tipo, tales

elementos involucran la definición de las finalidades, de los tipos de medidas y el establecimiento de los criterios de graduación.

El artículo 48 de la LOSMA, que regula las medidas provisionales medioambientales, comprende ambos tipos de reconocimiento del principio de proporcionalidad. Por una parte, en su inciso 2°, establece que estas medidas “deberán ser **proporcionales** al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40” (énfasis de la autora). Y por otra parte, entrega cada uno de los elementos que estructuran la proporcionalidad, los cuales son: la finalidad de estas medidas, consistente en “evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas”; un catálogo de medidas que puede decretar la autoridad competente, entre las cuales se encuentra, la clausura temporal, la detención del funcionamiento de las instalaciones y la suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental; y por último, hace remisión expresa a los criterios de graduación establecidos en el artículo 40, que aunque se prevén para la sanción administrativa, por disposición del propio artículo 48 se extienden a las medidas provisionales, donde destacan como criterios, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo verse afectada, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la intencionalidad y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, y la capacidad económica del infractor.

Como lo hemos señalado anteriormente, la denominada Ley de Medio Ambiente, es un referente en la regulación de las medidas provisionales, y el escenario en otros ámbitos administrativos sancionadores, es muy distinto. Así, como estudiamos en este capítulo, en materia sanitaria²²³ no hay referencia expresa al principio de proporcionalidad y únicamente se consigna un listado de posibles medidas, en tanto que en el ámbito de competencia de la SEC²²⁴ tampoco se menciona el principio de proporcionalidad, y de los elementos que lo integran, solo se establece la finalidad de las medidas decretadas en ese contexto.

Independiente del grado de consagración del principio de proporcionalidad, o los elementos que lo integran, indefectiblemente este principio recibe aplicación respecto de todas las medidas provisionales. Es tal la relevancia del principio en comento, que debe estar presente en la decisión

²²³ Artículo 178.- La autoridad podrá también, como medida sanitaria, ordenar en casos justificados la **clausura, prohibición de funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos**. Estas medidas podrán ser impuestas por el ministro de fe, con el solo mérito del acta levantada, cuando exista un riesgo inminente para la salud, de lo que deberá dar cuenta inmediata a su jefe directo. Copia del acta deberá ser entregada al interesado.” (énfasis añadido) CHILE. Ministerio de Salud Pública. 1968. DFL 725. “Código Sanitario”. Última versión Septiembre de 2017.

²²⁴ Artículo 3°.- Corresponderá a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles: 22.- Adoptar, transitoriamente, las medidas que estime necesarias **para la seguridad del público y el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores** de energía eléctrica, de gas y de combustibles líquidos, pudiendo requerir de la autoridad administrativa, el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones.” (énfasis añadido). CHILE. Ministerio de Economía. 1985. Ley 18.410. “Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles”. Última versión Julio de 2016.

administrativa de imponer una medida provisional cuando la ley lo exige expresamente, cuando la ley consigna los elementos que lo configuran, e incluso cuando la ley no se refiere a él, la medida provisional siempre debe ser proporcionada, y esa proporcionalidad, está determinada por el contenido y la extensión de la medida, más que por los fundamentos que sostenga la autoridad para su adopción, pues aun cuando la autoridad administrativa no justifique razonadamente la proporcionalidad de la medida ésta puede ser proporcionada.

A continuación se exponen brevemente algunos pronunciamientos relativos a la aplicación de este principio a las medidas provisionales decretadas en procesos administrativos sancionadores:

- Pese la regulación legal de las medidas provisionales, la Superintendencia de Medio Ambiente decretó medidas sin hacer mención expresa a disposición alguna, por lo que el particular, minera Pampa Camarones S.A, interpuso reclamación en contra de dichas medidas provisionales, alegando que la discrecionalidad en la imposición de las medidas atentaba contra el principio de proporcionalidad. El Tribunal Ambiental señaló que “aun cuando no se haya hecho referencia particular respecto de cada una de las circunstancias del artículo 40 de la referida ley, ni al “tipo de infracción cometida” o a los cargos que después podrían haberse formulado” las medidas adoptadas “son las adecuadas y necesarias para el tipo de riesgo a evitar, razón por la cual la alegación de falta de ponderación del principio de proporcionalidad será desestimada”²²⁵.
- La institución educacional San Andrés Ltda. interpuso recurso de protección en contra del SEREMI de Educación de la Región del Maule, por considerar que la medida consistente en la retención total de la subvención escolar, resultaba ilegal y arbitraria, ya que le ocasionaba perjuicios de difícil o imposible reparación. La normativa aplicable, el artículo 32 del D.S de Educación N° 8.144 de 1980, establece que el SEREMI puede “ordenar la retención inmediata, ya sea total o parcial, del pago de la subvención atendida la naturaleza y cuantía de la presunta infracción”. Aplicando el principio de proporcionalidad, la Corte fue más allá de lo expresamente contenido en el artículo en cuestión, y ponderó como circunstancia concurrente del caso, el objetivo que se pretendía cautelar con la medida, lo que derivó en la decisión de acoger el recurso de protección, puesto que “(a)l resolver la retención de la totalidad de la subvención para asegurar el pago de una décima parte, no se ha respetado la proporcionalidad que debe existir al resolver sobre una medida precautoria, en relación con el objetivo que se pretende cautelar

²²⁵Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol 88-2015, 27.07.16, (C-52).

y aparece en consecuencia la decisión adoptada como injusta y arbitraria.”²²⁶

- Las denuncias de vecinos frente a los ruidos molestos originados por la construcción de una Clínica en Antofagasta, desencadenó la fiscalización por parte de la SMA, que tras constatar el incumplimiento de la norma de emisión de ruidos, instruyó proceso sancionatorio, y dispuso medidas provisionales de corrección consistentes en la construcción e instalación de barreras acústicas, junto con medidas de monitoreo que procuraban verificar la efectividad de las medidas de control. Además, la SMA solicitó al Tribunal Ambiental que autorizara la medida de detención de funcionamiento de las instalaciones, basada en que “la operación de la faena constructiva que constituye la fuente fija emisora de ruidos está afectando la salud de la población, especialmente de aquéllos que se encuentran aledaños a las obras en cuestión, lo cual hace patente la urgencia de la adopción de medidas provisionales”. El Tribunal señaló que las medidas de corrección eran suficientes para evitar la materialización del daño a la salud de las personas, desestimando la detención de funcionamiento, que a su juicio resultaba “desproporcionada en relación al resultado que se pretende alcanzar, cual es la disminución de los niveles de ruido que (...) se puede lograr imponiendo medidas menos gravosas y que no requieren de la autorización del Tribunal”²²⁷.

1.3.3 Presunción de Inocencia²²⁸

La presunción de inocencia, también denominada principio de culpabilidad, no se encuentra expresamente contemplada en la Constitución Política, pese a ser un derecho fundamental y básico. Sin embargo, un importante sector de la doctrina ha entendido que este principio, se encuentra consagrado

²²⁶Sentencia Corte de Apelaciones de Talca, Rol 1582-2007, 20.12.2007, (CC-8 y 9). Confirmada por Sentencia Corte Suprema, Rol 244-2008, 14.02.2008.

²²⁷Resolución Segundo Tribunal Ambiental, Rol S-59-2017, 20.02.17, (CC-7 y 13).

²²⁸El Tribunal Constitucional, en diversos fallos, ha recogido doctrina que critica la denominación de este principio, debido a que no se trataría de una presunción. Así, la STC Rol 2936-15, de octubre de 2016, en su considerando sexto, cita al tratadista hispano Miguel Ángel Montañés, quien “ha sostenido que ‘la presunción de inocencia no es una presunción en sentido técnico-procesal, ni pertenece a la categoría de las presunciones judiciales o legales. En efecto, en estricto sentido jurídico toda presunción exige: 1º) Un hecho base o indicio, que ha de ser afirmado y probado por una parte, y que no integra el supuesto fáctico de la norma aplicable; 2º) Un hecho presumido afirmado por la parte y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide; y 3º) Un nexo lógico entre los dos hechos, que es precisamente la presunción, operación mental en virtud de la cual partiendo de la existencia del inicio probado se llega a dar por existente el hecho presumido. Entendida así la presunción, no hace falta insistir en que la presunción de inocencia no es una auténtica presunción ni por su estructura ni por su funcionamiento y que, por ello, es una manera incorrecta de decir que el acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario’ (...)”. En el mismo sentido la STC Rol 1443-09, de Agosto de 2010, que en su considerando cuadragésimo sexto señala: “la denominada ‘presunción de inocencia’ no pertenece a la categoría de las presunciones legales o judiciales; obsta para ello la inexistencia de un nexo lógico entre el hecho base y el hecho presumido. Como señala un autor, ‘es un estado jurídico de una persona involucrada en un proceso penal y debe recogerse como principio orientador en la actividad de investigación y decisión. La inocencia no necesita cumplir con los elementos de la presunción, ya que se trata de la situación jurídica de una persona, que requiere ser desvirtuada por quien la sindicó como culpable’ (...)”.

indirectamente, a partir del artículo 19 N° 3, que proclama: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”²²⁹, en armonía con el derecho a la libertad personal (art. 19 N° 7 CPR), y la seguridad de que los preceptos legales que regulen, complementen o limiten garantías constitucionales, no podrán afectar la esencia de las mismas (art. 19 N° 26 CPR). El Tribunal Constitucional ha seguido la misma línea argumentativa, agregando que la presunción de inocencia “es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Carta Fundamental, y del derecho a la defensa efectiva en el marco de un procedimiento justo y racional, en los términos que reconoce y ampara su artículo 19”²³⁰.

Adicionalmente, en virtud del artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental, y del artículo 10 inciso 1° del Código Procesal Penal, es posible entender incorporada la presunción de inocencia como garantía constitucional, a partir de su consagración en tratados internacionales. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2 consigna: “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Y, en términos casi idénticos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 14.2 establece: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Por su parte el Código Procesal Penal, en su artículo 4° establece de manera expresa el principio de inocencia al señalar que, “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

Para conceptualizar el principio de presunción de inocencia, es preciso comprender que está integrado por dos aforismos latinos, “*nulla poena sine iudicio*” e “*in dubio pro reo*”, los cuales se complementan entre sí.

El primero de ellos, “*nulla poena sine iudicio*”, consiste en una “regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario”²³¹, lo que implica que las restricciones, limitaciones y/o perturbaciones en sus derechos, deben ser reducidas al mínimo indispensable para alcanzar los fines del proceso.

El segundo aforismo, “*in dubio pro reo*”, es una “regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la

²²⁹“Para otros, como para María Teresa Hoyos, el artículo recién citado no consagra el derecho a la presunción de inocencia, si no que se trata exclusivamente de una norma que impide presumir de derecho la responsabilidad penal, cuestión completamente diferente a proclamar que las personas se presumen inocentes mientras una sentencia judicial no establezca lo contrario”. GOHURDETT, R. y ROBLES, M.T. 2013. El Principio de Inocencia en el Derecho Administrativo Sancionador. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Sociales y jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 91

²³⁰ STC, Rol 2896-15, 25.08.16, p.8 (C-9). En términos similares, STC, Rol 1518-09; 1584-09; 2744-14.

²³¹STC, Rol 739-07, 21.08.07, p. 12 (C-8). En términos similares, STC, Rol 993-07; 1351-09; 1352-09; 1443-09; 1584-09; 2936-15.

existencia del hecho punible y la participación del acusado”²³². En la práctica, esta regla de juicio, se traduce en la obligación de absolver al acusado, si rendida y valorada toda la prueba, persisten las dudas sobre su culpabilidad.

A partir de lo señalado, queda en evidencia que es imposible extender este principio a un procedimiento administrativo cualquiera, resultando obligatorio verificar su aplicación remitido al Derecho Administrativo Sancionador²³³.

Si bien el Proyecto de Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios del año 2004²³⁴, que fuera archivado el año 2006²³⁵, establecía en su artículo 15, “En todo procedimiento sancionador se respetará la presunción de no existencia de responsabilidad mientras no se demuestre lo contrario”, y pese a lo señalado por la Corte Suprema en el citado fallo de 1966, el Tribunal Constitucional ha expresado que, aun cuando las garantías constitucionales de un proceso penal deben extenderse a un proceso administrativo²³⁶, “la presunción de inocencia no resulta adecuada a la esfera del derecho administrativo sancionador, puesto que dicha categoría conceptual, se relaciona más bien con el campo penal y procesal penal, donde el legislador estableció un verdadero estado de inocencia mientras no existiera una sentencia ejecutoriada de condena, y el factor subjetivo (culpabilidad) en la

²³²STC, Rol 739-07, 21.08.07, p. 12 (C-8).

²³³“A nuestro entender dentro de los principios básicos para el Procedimiento Administrativo Sancionador, se encuentra el principio de inocencia. Puesto que si consideramos que la presunción de inocencia nace como reacción a la tortura, es decir, es una respuesta al poder absoluto del Estado frente a las personas, se debe entregar herramientas a los ciudadanos que les permitan equilibrar la gran diferencia de poderes existente entre las partes. A través de este principio se le otorga la posibilidad a los administrados de estar protegidos de la potestad del Estado de imponer sanciones ya que la presunción de inocencia asegura a las personas que no serán consideradas culpables, mientras una sentencia firme no determine lo contrario.” GOHURDETT, R. y ROBLES, M.T. Op. cit. p. 158.

²³⁴Proyecto de ley que establece las bases de los Procedimientos Administrativos sancionatorios y Modifica ley N° 19.884, sobre transparencia, límite y control de gasto electoral. Boletín N° 3475-2006. [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3799&prmBL=3475-06>

²³⁵Cristian Román señaló respecto al “proyecto de ley de bases de los procedimientos administrativos sancionatorios, del año 2004, que lamentablemente fuera retirado, por constituir, con todos sus virtudes y defectos, el único intento legislativo que en nuestro país ha existido en orden a establecer, en forma general, principios sustantivos y adjetivos del Derecho Administrativo Sancionador, y un procedimiento administrativo sancionador con carácter general y supletorio.” ROMÁN C., C. 2009. El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. Revista de Derecho Público (71), p. 184.

²³⁶En este sentido el TC, en STC Rol 480-06 expresó: “**Sexto:** Que no es obstáculo a lo afirmado el hecho que los incisos finales del numeral tercero empleen un lenguaje penal, pues como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal, “... sustantiva y procesalmente, el artículo 19 N° 3 de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo, porque sólo así es posible cumplir, cabalmente, cuanto exige la serie de principios fundamentales (...)lo cierto e indudable es que la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como asimismo, las concreciones de ese principio que aparecen en los incisos siguientes del mismo numeral, deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducirlas por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la Carta Fundamental vigente;” (sentencia de 21 de abril de 2005, Rol N° 437, considerando 16°);**Séptimo:** Que la aplicación de las garantías constitucionales del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador tiene una larga tradición en el derecho chileno (...) hace ya cuarenta años nuestra Corte Suprema hacía aplicables al derecho administrativo sancionador las garantías constitucionales propias del derecho penal”.

Por su parte la STC, Rol 2722-14, de 2015, señaló: “**VIGESIMOTERCERO:** Que la doctrina se encuentra conteste en que cuando la Constitución habla de la responsabilidad penal, ello no obsta a que la exigencia de culpabilidad sea aplicable al ámbito administrativo sancionador pues esta Magistratura ha entendido que el lenguaje utilizado en estos preceptos es amplio y omnicompreensivo, incluyendo a las sanciones administrativas tal como se señaló en la STC Rol N°480-2006, considerando 6°”.

explicación del ilícito penal, requería la presencia de elementos subjetivos para configurar el delito como tal en el campo penal”²³⁷.

Existen múltiples fundamentos que respaldan la postura del TC. En primer lugar, la responsabilidad administrativa, es distinta de la responsabilidad penal, “acorde con lo prescrito en el artículo 18 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), el personal de la Administración (...) se encuentra sujeto a responsabilidad administrativa, la que es independiente de la civil y de la penal, lo cual implica que el sobreseimiento o la absolución en un eventual proceso criminal, no excluye la posibilidad de aplicar al servidor una medida administrativa en razón de los mismos hechos (...)”²³⁸.

En segundo lugar, la presunción de legalidad de que están revestidos los actos de la Administración del Estado consagrada en el artículo 3 de la Ley N° 19.880, produce el efecto de otorgar “eficacia inmediata a los actos administrativos, (...) lo que resulta fundamental para que la Administración pueda cumplir sus fines. No obstante (...) la aplicación de la presunción de legalidad en el ámbito sancionatorio vulneraría la presunción de inocencia, ya que al imponer la autoridad administrativa una sanción, ésta resultaría exigible de manera inmediata (...) a pesar de que existan aún otras instancias pendientes de resolución”²³⁹.

Finalmente²⁴⁰, el aforismo latino “*solve et repete*”²⁴¹, en virtud del cual se condiciona “la admisibilidad de los reclamos administrativos o las acciones contenciosas administrativas en contra de multas, u otras obligaciones dinerarias declaradas a favor de la Administración, al pago previo de ésta

²³⁷STC, Roles acumulados N°s. 2722-14, 2729-14, 15.10.15, p.23 (C-23)

²³⁸CGR, Dictamen N° 49.749, 14.08.12. En el caso, el ex-director de una Escuela Municipal, alega la vulneración del principio de presunción de inocencia, por el sometimiento a sumario administrativo, con la consecuente aplicación de una sanción administrativa, en circunstancias en que había sido sobreseído en las causas penales seguidas en su contra por los mismos hechos.

²³⁹GOHURDETT, R. y ROBLES, M.T. Op. cit. p. 159-160.

²⁴⁰Las autoras Gohurdett y Robles, afirman la existencia de otro caso de vulneración de la presunción de inocencia, que estaría dado por las actas de inspección, al respecto han señalado que: “La regla general en el Derecho Nacional, es que el que alega los hechos debe probarlos, lo que en el caso concreto significa que sería la Administración la que debe probar la culpabilidad del sancionado. Sin embargo, existen casos en que esta regla general no es respetada, lo que atenta contra el principio de inocencia. El más típico es el de las actas de inspección en los siguientes casos: el artículo 51 inciso final de la Ley N° 20.417, que señala que los hechos constatados por los funcionarios y que sean formalizados en el expediente respectivo tendrán el valor de presunción legal y el artículo 166 del Sumario Sanitario, el que dispone que el acta que levante el funcionario bastará para darse por establecida la existencia de la infracción.” GOHURDETT, R. y ROBLES, M.T. Op. cit. p. 160. No compartimos esta postura por dos razones. La primera, el principio de presunción de inocencia prohíbe las presunciones de derecho, y no las presunciones legales, así lo ha establecido el TC, en su sentencia Rol 2896-15, de 25.08.16, “OCTAVO: Que, acotando el concepto de presunción, se ha declarado: “no son inconstitucionales las presunciones legales, es decir, las presunciones que admiten prueba en contrario, pues la Constitución sólo prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. (STC Rol 993, c. 15°)”. La segunda razón, descarta la aplicación de este principio a materia administrativa sancionatoria, toda vez que siendo estrictos, el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental, consigna: ‘La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal (...)’. Por el contrario, no existe impedimento constitucional para que el legislador establezca presunciones de derecho en materias distintas a las referidas a la responsabilidad penal”, STC Rol 834-07, 13.05.08, C-24.

²⁴¹Sobre el particular, véase, STC, Rol 2475-13, 07.08.14

o una fracción, por parte del particular afectado”²⁴². Ejemplo de ello es el artículo 19 de la Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y lo fue también el artículo 30 inciso 2° del DL N° 3.538 que crea la Superintendencia de Valores y Seguros (modificado en Diciembre de 2017), ambas disposiciones con la exigencia de consignar un 25% del total de la multa, para efectuar el reclamo; y el artículo 8° de la Ley N° 17.322 sobre cotizaciones previsionales, que condiciona la apelación, a la consignación del total de lo que ordene pagar la sentencia.

Ahora bien, si respecto de las sanciones administrativas resulta cuestionable la aplicación del principio de presunción de inocencia, respecto de las medidas provisionales, no tiene cabida alguna²⁴³. Cuando se impone una de estas medidas, como señalaba en párrafos anteriores (*vid. Supra*. Presupuestos, p. 20 y ss., p. 86 y ss.), es necesaria la concurrencia de un *fumus boni iuris*, que está dado por la existencia de “indicios claros y suficientes en torno a la realización de actuaciones u omisiones que sean constitutivos de infracciones administrativas”²⁴⁴, es decir, este *fumus* se remite a la infracción, de modo que nada tiene que ver con la responsabilidad del presunto infractor. Pese a que la medida provisional pueda producir efectos jurídicos y materiales idénticos a los de la sanción, sólo durante la tramitación del proceso administrativo sancionador, y en el contexto de determinación de la imposición de la sanción, se realizará el juicio de reproche relativo a la conducta del presunto infractor, puesto que, para la adopción de la medida provisional se requiere únicamente la apariencia de la existencia de una infracción y la concurrencia de un *periculum in mora*²⁴⁵.

El Tribunal Supremo Español se ha pronunciado, respaldando nuestra línea argumentativa, al señalar, frente a un recurso de casación, en el contexto de campañas de saneamiento ganadero, que “los programas de erradicación de enfermedades de los animales no son una faceta de actuaciones de inspección encaminadas a detectar determinados incumplimientos, y en su caso, a un eventual procedimiento sancionador, sino antes bien, a realizar una actuación preventiva y de erradicación con fines de salud pública (...). De ahí también que la invocación en la demanda del art. 137 de la

²⁴²FERRADA B., J. 2007. Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. Revista de Derecho (Valdivia). 20(2), p.84. [en línea] <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200004>>

²⁴³Las medidas provisionales pueden ser clasificadas dentro de la denominada “tutela de urgencia”, donde básicamente se adopta la medida sin dar audiencia al afectado con ella, en palabras de Andrés Bordalí: “La posibilidad de postergar el contradictorio para un momento posterior a la dictación de una medida asegurativa se da en el ámbito de una tutela de urgencia de tipo cautelar”.

²⁴⁴PONS C. F. Op. cit. p. 152.

²⁴⁵En materia penal, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido que la adopción de una medida cautelar no vulnera el principio de presunción de inocencia, incluso cuando estas medidas son adoptadas sin audiencia del afectado. “Han sido varias las ocasiones en las que este Tribunal ha dicho que la adopción de una medida cautelar no implica un juicio de culpabilidad lesivo del art. 24 C.E. (por todas STC 24/1999). Y la sumariedad del proceso de protección penal de derechos fundamentales estatuido en la Ley 62/1978, y la urgencia y revisibilidad de la medida preventiva de su art. 3.2, permiten sin lesionar a priori las garantías del art. 24 C.E., tanto la inicial adopción de la resolución que las acuerda inaudita parte como que puedan afectar a terceros ajenos al proceso penal en el que se sustancia este incidente.” El artículo 24 referido considera garantías como el derecho a defensa, debido proceso y naturalmente la presunción de inocencia. STCE, 187/1999, 25.10.1999, Antecedente de hecho 11. BOE (286) Suplemento: 3-14, 30 de Noviembre de 1999.

LRJAPyPAC, relativa al principio de presunción de inocencia, carezca de relevancia dado que no se está ejerciendo una potestad sancionadora”²⁴⁶.

2. Aplicación supletoria de la ley N°19.880 a los procedimientos administrativos

La aplicación supletoria de la ley implica que, frente a las lagunas o ausencia de regulación en la normativa especial, se aplica la ley general con el objetivo de llenar esas lagunas o vacíos. Como ya es sabido, las medidas provisionales, en su mayoría, no cuentan con una regulación completa y acabada, por lo que en muchas ocasiones, resulta necesario aplicar la norma general para regular aquellas situaciones no previstas por el legislador.

En el presente título, se estudia la supletoriedad en su expresión más general, estableciendo en el punto 1, en qué consiste y cómo debe ser aplicada, para luego, en el punto 2, proceder a analizar la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 -en cuanto ley general- respecto de los diversos procedimientos administrativos. De esta forma, las líneas que se siguen pretenden ser el punto de partida para la resolución del tema central de esta tesis, que será desarrollado en el último título de este capítulo (*vid. Infra*. 3. Aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 a los procedimientos sancionadores en cuanto a medidas provisionales, p. 117), ya que al quedar sentadas las bases de la supletoriedad de la ley N° 19.880, será posible puntualizar el tema en relación a las medidas provisionales.

2.1. La Supletoriedad de la Ley

La supletoriedad es “el método de integración normativa que opera integrando de un modo subsidiario el texto de las leyes de carácter general o común respecto de aquellas de carácter singular o de excepción”²⁴⁷, también denominadas leyes especiales. En definitiva, la supletoriedad es una solución frente a la ausencia -dentro de la regulación sectorial- de una norma que prevea una determinada situación que se genera en la práctica; esa falta de previsión puede deberse a una insuficiencia formal, consistente en que “el legislador no ha desarrollado lo suficientemente las hipótesis para el caso abstracto que tuvo en vistas al dictarla”, o material, si es que “definitivamente la norma ha guardado silencio respecto de la hipótesis que tal caso real ofrece”²⁴⁸.

²⁴⁶STS, ROJ 2011/2016, 06.05.16, Antecedente de hecho 10.

²⁴⁷VERGARA B., A. 2010. El Derecho Administrativo como Sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”, también denominadas leyes especiales. Santiago, Editorial Abeledo Perrot - Legal Publishing, p. 31.

²⁴⁸ORELLANA R. L. 2000. La Supletoriedad de las Leyes. Revista Chilena de Derecho 27(4), p. 808.

En un escenario ideal, en base a los principios de legalidad y tipicidad, no debiesen existir vacíos o lagunas en la ley, pues si bien el legislador difícilmente puede llegar a prever todas las situaciones que la realidad ofrece, bastaría con que la ley sectorial fuese redactada en términos suficientemente generales para que a partir de una interpretación lógica, y comprensiva de los elementos que de ella se desprenden, pudieran ser resueltos los casos concretos que no fueron expresamente normados. Sin embargo, la realidad demuestra que, comúnmente, la ley no avanza a la velocidad que lo requiere la sociedad, y en muchas oportunidades, el legislador regula en base a lo que está ocurriendo, en lugar de hacerlo en base a lo que podría ocurrir, y surgen de esta forma, en tanto no sea emitida la norma correspondiente, lagunas y vacíos en la regulación sectorial.

Los vacíos, insuficiencias y lagunas de la legislación especial, pueden ser llenados o suplidos a partir de la aplicación de la ley general. Esto implica entender el ordenamiento jurídico como un sistema interconectado, donde la diversa legislación sectorial, integra alguna rama del Derecho, conformando “un conjunto cerrado, coherente y totalitario al que no cabe atribuir sino la capacidad de generar siempre y en todo caso la solución para la contienda o la problemática (heterointegración), ya que ninguno de sus elementos constituye un microsistema autosuficiente, sino que son interactivos (...)”²⁴⁹. Existe, por lo tanto, una relación de género-especie entre la ley especial y la ley general²⁵⁰, donde la ley especial, si bien desarrolla alguna materia de manera más específica y acotada, se encuentra igualmente inspirada y orientada por los principios que se consignan en la ley general.

Frente a la incapacidad de prever todas las situaciones posibles, y considerando esta interconexión de la ley general y la ley especial, la supletoriedad se erige como un mecanismo de interpretación e integración de la ley sectorial a partir de la aplicación de la ley común. En ocasiones la propia ley especial se remite a la ley general, reconociendo expresamente la supletoriedad, pero en muchas otras ocasiones no existe tal remisión, o está limitada a cierta materia contemplada en la ley especial, en estos casos, a partir de la visión del ordenamiento jurídico como un sistema interconectado y completo, en tanto exista un vacío o laguna, igualmente opera la supletoriedad.

²⁴⁹ORELLANA R. L. 2000. Op. cit. p. 814.

²⁵⁰“Las clasificaciones que realiza la Ciencia jurídica en público/privado y, enseguida, en otras ramas especiales: tributario, forestal, financiero, medio ambiente, etc., están dirigidas a construir disciplinas de estudio, configurando principios jurídicos a partir de los cuales ofrecer modelos de solución; para ello la Ciencia del Derecho “sistematiza” leyes vigentes en un momento determinado. A tales leyes la Ciencia del Derecho les otorga una naturaleza jurídica, y sea donde sea que estén recopiladas, o la denominación que el legislador (o el constituyente) les haya dado, el jurista las “sistematiza” en una disciplina determinada. Así, lo que hace a una disciplina pública o privada es la clasificación doctrinaria. Las normas en sí mismas siempre tienen una naturaleza; pero esta naturaleza no surge de su pertenencia a un cuerpo legal con una denominación más o menos afortunada dada por el legislador; ni es el legislador el que lo enuncia; tal naturaleza surge del contenido esencial de cada disciplina y de la clasificación que realiza el jurista, según sea que forme parte del núcleo de una disciplina determinada.” VERGARA B., A. 2010. La *Summa Divisio Iuris* Público/Privado de las Disciplinas Jurídicas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (1) p. 124.

Por último, es importante destacar que la aplicación supletoria de la ley, reconoce como limitación el principio de especialidad. En base a este principio lo especial prevalece sobre lo genérico, de manera que, naturalmente, la ley general se aplica de manera supletoria solo cuando existan vacíos o lagunas, pues de lo contrario no se justifica su aplicación.

En síntesis, si la ley especial regula una materia, esa materia debe regirse por lo señalado en la ley especial; sin embargo, si al aplicar la norma especial al caso concreto no se alcanza una solución adecuada, porque:

- a) La hipótesis que se presenta no fue lo suficientemente desarrollada por el legislador (insuficiencia formal): Ante esta insuficiencia la supletoriedad permite, en primer orden, recurrir a todo el desarrollo normativo existente en el ámbito específico de que se trate (aplica el principio de especialidad), por medio de una interpretación extensiva. Si pese a la interpretación extensiva la hipótesis permanece irresoluta, la supletoriedad permite considerar las normas generales que desarrollen la misma materia, aunque la interpretación ahora es más mesurada, pues implica trasladar normas generales al ámbito especial;
- b) La ley nada dice de la hipótesis que la realidad ofrece (insuficiencia material): Aplicando la noción del ordenamiento jurídico interconectado, la supletoriedad permite integrar la solución que ante una hipótesis similar presenta la legislación de una materia diversa dentro del mismo ámbito normativo, o en su defecto integrar directamente la norma general para afrontar el vacío.

2.2 La aplicación supletoria de la LBPA a los procedimientos administrativos

En opinión de Jorge Bermúdez, “el Derecho Administrativo no constituye un ordenamiento jurídico completo, ni mucho menos. Y en realidad no se trata aquí de que el ordenamiento jurídico administrativo adolezca de lagunas o de vacíos, ni para qué hablar de contradicciones u oscuridad de sus disposiciones. En realidad lo que ocurre en el Derecho Administrativo es una verdadera *carencia de ordenación*”²⁵¹.

Precisamente, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, intenta salvar algunas de las deficiencias que existen en las diversas áreas del Derecho Administrativo, al consagrar

²⁵¹BERMÚDEZ S., J. 2014. Derecho Administrativo General. 3ª ed. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 48.

expresamente su aplicación supletoria en su artículo 1° inciso 1°, en los siguientes términos: “En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”. En definitiva, la LBPA es una ley general de procedimientos, que como tal, puede ser aplicada supletoriamente en todos aquellos procedimientos administrativos especiales que cuenten con una regulación insuficiente, con el objetivo de que en ella, “el legislador sectorial o el instructor de cada procedimiento encuentre las herramientas procedimentales necesarias para la finalidad concreta perseguida en los distintos sectores materiales”²⁵².

En este sentido se ha pronunciado la Contraloría señalando que la “Ley N° 19.880, al fijar las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública, estableció los elementos fundamentales y esenciales de dicha regulación, disponiendo una normativa de general aplicación para la Administración Pública, y de carácter supletorio frente a los procedimientos especiales establecidos por ley (...) dicho texto legal se aplica sólo en aquellos casos en donde no exista un cuerpo normativo que regule un determinado procedimiento (...). Así, considerando el carácter supletorio de la mencionada Ley N° 19.880, debe entenderse que sus normas no afectan a los procedimientos especiales establecidos por ley (...)”²⁵³.

Lo señalado por la Contraloría debe ser entendido como un análisis macro, ya que la aplicación supletoria de la Ley de Bases reconoce una serie de matices, que la doctrina ha denominado como grados, niveles, o estándares de supletoriedad. En este sentido, la supletoriedad puede ser: de primer grado, si responde a una insuficiencia de tipo material, es decir si no existe legislación aplicable al procedimiento especial. “Esta circunstancia sucederá no sólo en el caso de omisión legal, sino también en aquellos casos en donde exista regulación reglamentaria del procedimiento, pues en este caso se viola la ‘reserva de ley’ del procedimiento administrativo frente a lo cual se aplica íntegramente el procedimiento de ‘bases’ o ‘tipo’”²⁵⁴. Este primer grado de supletoriedad se relaciona directamente con el principio de legalidad.

La supletoriedad de segundo grado se refiere a un procedimiento especial parcialmente regulado por el legislador, donde aspectos centrales del procedimiento carecen de legislación. Se trata

²⁵²CORDERO V., L. 2006. La supletoriedad en la ley de bases de procedimiento administrativo. En: Jornadas de Derecho Administrativo. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. p. 64. En similar sentido Jorge Bermúdez: “Constituye así la LBPA un “complemento” normativo, una técnica de integración normativa, de tal modo que por la vía de la supletoriedad, se rellenen todas las lagunas existentes. Y existirán lagunas en las leyes preexistentes cada vez que éstas no contengan regulaciones “especiales” relativas a procedimiento administrativo.” BERMÚDEZ S., J. 2006. Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. En: Jornadas de Derecho Administrativo. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. p. 41.

²⁵³CGR, Dictamen N° 48.869, 29.09.2004. En el mismo sentido los dictámenes N°: 1.896 de 2005, 15.134 de 2014, y 26.215 de 2018.

²⁵⁴CORDERO V., L. Op. cit., p. 65.

de una insuficiencia de tipo formal, frente a la cual es necesario integrar aspectos de la Ley N° 19.880 para la tramitación del proceso especial.

Este segundo grado de supletoriedad, está condicionada por la imposibilidad de afectar la naturaleza del procedimiento especial, lo que ocurre cuando la LBPA de alguna forma interfiere con la realización del fin hacia el que se orienta la ley, pues cada procedimiento administrativo especial tiene una finalidad definida por ley, la cual determina la naturaleza de esa ley, de modo que cada vez que se afectan las etapas del proceso orientadas a alcanzar la finalidad, se estará afectando, en definitiva, la naturaleza del proceso especial. Por lo tanto, no basta con la existencia de un vacío o laguna en la legislación especial para que se aplique supletoriamente la Ley N° 19.880, es preciso además que la esta última no atente contra la naturaleza de la primera²⁵⁵.

En este sentido, la Contraloría dictaminó en 2004 que, pese a que la Ley Orgánica de Educación, N° 18.962, no determinaba si los plazos para la acreditación de Universidades e Institutos Profesionales eran de días corridos o hábiles, estos debían ser de días corridos. El órgano contralor consideró que aun cuando el artículo 25 de la LBPA establece que los plazos de la ley son de días hábiles, esta disposición no podía ser aplicada supletoriamente a la Ley de Educación, pues algunos de sus artículos, consignaban plazos de un año, que no eran compatibles con contabilizar únicamente los días hábiles, “toda vez que si se contabilizaran sólo los días hábiles, se excedería el referido plazo de un año”. Así, la CGR determinó que los plazos de días corridos eran parte de la naturaleza de la Ley Orgánica de Educación, y que pese a la laguna existente en los plazos de acreditación, no era posible aplicar la Ley N° 19.880 sin afectar la naturaleza de dicha ley especial.

Finalmente, el tercer grado de supletoriedad es el menos evidente y el más relevante, ya que destaca la trascendencia y generalidad de la Ley N° 19.880. En aquellos procesos que se encuentran cabalmente regulados, por aplicación del principio de especialidad deben prevalecer las normas contenidas en la ley que regula el procedimiento especial, pero igualmente, opera la supletoriedad, en este denominado tercer grado, imponiendo la obligación de que la LBPA sea utilizada “como fuente última de normas de ejecución reglamentaria, criterios interpretativos y principios generales aptos para resolver casos concretos, porque las instituciones centrales y las regulaciones matrices del régimen

²⁵⁵La CGR ha señalado que: “la aplicación supletoria en referencia procederá en cuanto ella sea conciliable con la naturaleza del respectivo procedimiento especial, toda vez que su objetivo es solucionar los vacíos que éste presente, sin que pueda afectar o entorpecer el normal desarrollo de las etapas o mecanismos que dicho procedimiento contempla para el cumplimiento de la finalidad particular que le asigna la ley”, dictamen N° 33255 de 2004. En el mismo sentido dictámenes N° 15492 de 2008, y 25891 de 2018.

jurídico común de los actos administrativos en el Derecho chileno se encuentran precisamente en aquel cuerpo normativo”²⁵⁶.

Esta supletoriedad no coincide con ningún tipo de insuficiencia, ni material ni formal, puesto que opera en aquellas materias plenamente reguladas por el legislador, donde surjan, por ejemplo, dudas de aplicación de la norma al caso concreto, o disyuntivas de interpretación. Aceptada la visión del ordenamiento jurídico como un todo interconectado, el tercer grado de supletoriedad permite, recurrir a la norma general, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, y extraer de ella, principios y criterios de interpretación.

3. Aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 a los procedimientos sancionadores en cuanto a medidas provisionales

3.1. Planteamiento

Como hemos podido estudiar a lo largo de este trabajo, las medidas provisionales cuentan con escasa normativa. Por un lado, existe una única disposición general que las regula -el artículo 32 de la LBPA- y el nivel de regulación en la normativa sectorial es prácticamente inexistente.

El ámbito medioambiental cuenta con la regulación más completa, estableciendo en una única disposición legal, presupuestos de adopción, catálogo de medidas y elementos que deben ser ponderados para decretar una medida conforme al principio de proporcionalidad, haciendo además, remisión expresa al artículo 32 de la Ley N° 19.880 en cuanto al procedimiento de dictación, y consignando un proceso especial para aquellas medidas más gravosas. El ámbito sanitario por otra parte, cuenta con una regulación más o menos completa de las medidas provisionales, al señalar de manera muy general los presupuestos de adopción, establecer un listado de medidas, y regular brevemente el procedimiento para imponer medidas pre-procedimentales.

Respecto a todas las demás materias, es posible sostener que escasamente regulan las medidas provisionales, donde, algunas de ellas simplemente contemplan la posibilidad de adoptar medidas de este tipo, así por ejemplo el ámbito eléctrico y el telecomunicacional, otras se refieren de manera muy limitada a las medidas provisionales, como el ámbito educacional, y alguna otra ni siquiera se refiere a la posibilidad de adoptar estas medidas, como en derecho de los consumidores.

²⁵⁶CORDERO V., L. Op. cit., p. 67.

En este escenario, es fundamental dilucidar si la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880, que fue analizada en el acápite precedente, se extiende también a las medidas provisionales, más precisamente el artículo 32, que es la norma general en materia de medidas provisionales. Para esto el estudio se dividirá en dos partes.

En una primera parte, se pretende definir si el artículo 32 tiene aplicación supletoria respecto de las lagunas que existen en la normativa sectorial referente a las medidas provisionales, y en ese sentido, cuál es el alcance de este artículo 32. El enfoque está en aquellos ámbitos del Derecho Administrativo Sancionador que regulan o de alguna manera consagran en una ley la posibilidad de disponer medidas provisionales, con el objetivo de determinar si el artículo 32 es la norma general que aplica supletoriamente en aquellos ámbitos que no regulan debidamente las medidas provisionales, llenando las lagunas y vacíos, pero también en aquellas materias que regulan cabalmente las medidas, aportando principios y criterios de interpretación.

Este planteamiento será revisado a partir de las distintas normas que ya han sido expuestas como ejemplos en este trabajo, y que precisamente sirven de muestra de los distintos tipos de insuficiencia y los distintos grados en que opera la supletoriedad, a partir de lo cual será establecido si el artículo 32 recibe aplicación, y en caso de que la respuesta sea afirmativa, determinar qué aspectos de este artículo de la LBPA deben ser aplicados a las normas especiales, así como los aspectos de la norma especial que deben primar por sobre la norma general en base al principio de especialidad.

La segunda parte de este análisis comprende aquellos ámbitos del DAS que en su normativa no se refieren a las medidas provisionales. Este es el punto más conflictivo del presente trabajo, ya que existen 2 posturas absolutamente opuestas.

De un lado, es posible sostener que, por más general que sea la redacción del artículo 32 de la Ley N° 19.880, igualmente se encuentra dentro de una Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, que como tal, al regular las medidas provisionales, no puede tener un alcance mayor que el establecer el procedimiento de adopción de las medidas provisionales. De esta forma, el artículo 32 no sería una norma que atribuya competencias, sino que en el caso de que el órgano de la Administración cuente con la facultad de imponer estas medidas, por disposición expresa de su propia normativa sectorial, el artículo 32 opera supletoriamente llenando los vacíos o lagunas de dicha normativa sectorial. Sin embargo, en aquellos ámbitos del DAS, que no mencionen en su ley especial la facultad de la autoridad competente de adoptar medidas provisionales, no existiría competencia para disponerlas.

Siendo así, “para determinar si un órgano de la Administración puede adoptar medidas provisionales, será necesario revisar su estatuto jurídico particular a fin de precisar si se dotó al órgano

de la respectiva competencia”²⁵⁷, lo cual se traduce en términos prácticos, en que la mayoría de los órganos de la Administración no estarían facultados para disponer medidas provisionales.

En contraposición a esta teoría, es posible afirmar que el artículo 32 es una norma general, ubicada en una ley general, y que consagra una competencia de la que disponen los órganos de la Administración, de modo que toda autoridad administrativa se encontraría facultada para disponer medidas provisionales en el contexto de un procedimiento administrativo. Este planteamiento se ve reforzado por la aplicación supletoria de la LBPA, consagrada en el artículo 1° inciso 1° de la misma,

Los argumentos que respaldan una y otra tesis serán desarrollados en el punto 2 de este título. Por ahora baste con señalar que apoyamos la segunda tesis.

3.2. Aplicación frente a los vacíos de la legislación sectorial que contempla medidas provisionales

En virtud de que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos es una ley general y, naturalmente, cada una de las disposiciones que la integran comparten esta generalidad que caracteriza a la Ley, es forzoso aceptar que el artículo 32 es la norma general en materia de medidas provisionales, no solo por la ley en que se encuentra inserta esta disposición, sino que también por los términos en que está redactada. La segunda premisa que debe quedar establecida es que, con base en el artículo 1° inciso 1° de la LBPA, el artículo 32, como cada uno de los artículos que componen la ley, recibe aplicación supletoria en tanto exista una legislación sectorial deficiente.

Existiendo una normativa legal que reconozca la facultad de la autoridad administrativa competente para disponer medidas provisionales, la aplicación supletoria del artículo 32 no admite discusión. El conflicto se plantea en aquellos ámbitos administrativos que no cuentan con una disposición que consagre las medidas provisionales, donde más que la supletoriedad del artículo 32, se discute la competencia de la autoridad administrativa para disponer estas medidas, lo cual es objeto de estudio del acápite 3.3 siguiente (*vid. Infra* Aplicación en los procedimientos sancionadores en que la legislación sectorial no contempla medidas provisionales, p. 125).

En este punto, en que se analizan aquellas medidas provisionales que, con mayor o menor precisión, son reguladas por la legislación sectorial, corresponde estudiar qué aspectos del artículo 32 son aplicables a estas distintas medidas. Para ello, las líneas que se siguen, se centran en aquellos

²⁵⁷LARA, J. y HELFMANN, C. 2010. Op. cit. p. 61.

ámbitos del Derecho Administrativo Sancionador que ya fueron estudiados, es decir, el ámbito medioambiental, el sanitario y el eléctrico.

a) **Ámbito Medioambiental**

El ámbito medioambiental, ya lo hemos señalado en reiteradas ocasiones, es un referente en cuanto a la rigurosidad con que regula las medidas provisionales, no obstante ello, el artículo 32 igualmente resulta aplicable de manera supletoria.

En primer lugar, a partir de la expresa remisión que efectúa el artículo 48 de la LOSMA, al señalar que todas las medidas del listado que entrega “podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, **de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la ley N° 19.880**”²⁵⁸. El principal efecto de esta remisión es que la Superintendencia queda obligada a iniciar el procedimiento sancionador en un plazo de quince días desde la adopción de la medida, y que, al inicio del proceso, debe existir pronunciamiento respecto a la mantención, modificación o alzamiento de la medida. En el caso de que no se inicie el proceso en el plazo establecido en el artículo 32, o que al iniciarse no exista pronunciamiento expreso respecto a la medida, ésta quedará sin efecto.

Ahora bien, la norma general no requiere una remisión expresa para operar supletoriamente, pues es la precisión de la ley sectorial y las circunstancias del caso concreto, las que determinan la vigencia de la supletoriedad.

En este sentido, si bien es cierto que la normativa de las medidas provisionales medioambientales regula aspectos a los que no se refiere el artículo 32 de la LBPA²⁵⁹, no es menos cierto que la norma general contiene elementos no referidos en la legislación medioambiental. Así, la proporcionalidad de que debe estar dotada la medida, puede ser definida como la exigencia de que la medida no cause perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados, o que implique violación de los derechos amparados por las leyes (art. 32 inc. 4). Adicionalmente, las medidas medioambientales, como toda medida provisional, pueden ser alzadas o modificadas durante la tramitación del proceso si cambian las circunstancias que justificaron su adopción (art. 32 inc. 5). A su vez, independiente de que la medida tenga fijada una duración máxima, nunca puede sobrevivir al procedimiento, o lo que es equivalente, la medida se extingue con la resolución que pone fin al

²⁵⁸ Artículo 48, inciso 2°, Ley N° 20.417. Énfasis de la autora.

²⁵⁹ Son elementos establecidos en el artículo 48 de la LOSMA, y a los que no se refiere el artículo 32 de la LBPA, los siguientes: listado de medidas; temporalidad expresada en un plazo máximo de duración de la medida; proporcionalidad consagrada expresamente como tal, con el establecimiento de las circunstancias que la conforman; y exigencia de autorización judicial para disponer aquellas medidas que sean más gravosas para el sujeto pasivo.

procedimiento (art.32 inc.6). Por último, y en relación a la duración máxima de la medida, el artículo 48 no establece desde cuándo se comienza a contar ese plazo, por lo que la jurisprudencia ha aplicado el artículo 25 de la Ley N° 19.880, que consigna que “los plazos se computarán desde el día siguiente a aquel en que se notifique o publique el acto de que se trate”, es decir para las medidas provisionales, desde el día siguiente a su notificación²⁶⁰.

Esto no es ninguna novedad, porque en la práctica, todos los aspectos aquí señalados como propios de la norma general, ya se aplican a las medidas provisionales sectoriales, en este caso, a las medidas medioambientales, en virtud de la supletoriedad consagrada en el artículo 1° de la LBPA, y también por aplicación del artículo 62 de la propia LOSMA que dispone: “En todo lo no previsto en la presente ley, se aplicará supletoriamente la ley N° 19.880”. Lo realmente significativo aquí, es destacar que opera la supletoriedad, y señalar de qué forma lo hace. Naturalmente, existen insuficiencias de tipo formal en la Ley de Medio Ambiente que son completadas a partir de la aplicación de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, es decir, opera una supletoriedad de segundo grado, que permite que el artículo 32 de la LBPA complemente el artículo 48 de la LOSMA, en aquellos aspectos que la norma especial no regula. El propio Tribunal Ambiental de Santiago ha señalado que “para dictar una medida provisional se debe cumplir con una serie de exigencias formales, especificadas tanto en el artículo 48 de la LOSMA como en el artículo 32 de la Ley N° 19.880”²⁶¹.

Pero, existe además una supletoriedad de tercer grado, que permite que las medidas provisionales medioambientales compartan características y principios de las medidas provisionales generales, lo que se determina en la decisión de imponerlas en el caso concreto, y en la aplicación que tienen una vez impuestas.

Resulta fundamental en cuanto a la aplicación de la supletoriedad de segundo grado, pero principalmente de tercer grado, donde hay mayor margen de apreciación de las circunstancias por parte de la autoridad competente de imponer la medida, el respeto de la naturaleza de las medidas provisionales especiales, que en el caso de las medidas ambientales viene determinada por la finalidad particular que persiguen, que como sabemos “no está en relación directa con ‘asegurar la eficacia de la

²⁶⁰En este sentido el Segundo Tribunal Ambiental, señaló en Sentencia de 17 de noviembre de 2016, “Que, respecto del inicio del cómputo del plazo, cabe señalar que si bien la LOSMA no regula expresamente la materia, en su artículo 62 dispone que “En todo lo no previsto en la presente ley, se aplicará supletoriamente la ley N° 19.880”. Por su parte, el artículo 25 inciso segundo de dicho cuerpo legal, en lo pertinente dispone que: “Los plazos se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate [...]”, fijando de este modo la regla general para el inicio del cómputo del inicio del plazo de los actos administrativos, y que para el caso particular de la medida provisional, se produce desde el día siguiente al de su notificación (...)” TAS. Sentencia Rol 95-2016, (C-10).

²⁶¹STAS, Rol 111-2016, 31.08.2017, (C-21).

resolución que pudiera recaer’, sino que están dirigidas a evitar un daño inminente al medio ambiente o la salud de las personas”²⁶².

b) Ámbito Sanitario

Las medidas sanitarias se encuentran menos reguladas que las medidas ambientales, por lo que el ámbito de injerencia del artículo 32 de la LBPA en ellas es aún mayor que en materia medioambiental. Pese a ello, no existe una remisión expresa de las medidas sanitarias al artículo 32, ni tampoco existe una disposición en el Código Sanitario que explicita la aplicación supletoria de la Ley de Bases en materia sanitaria, de modo que la LBPA aplica supletoriamente dada la generalidad que la caracteriza, y en virtud de su propio artículo 1°.

El artículo 178 del Código Sanitario, que es la norma que regula las medidas provisionales en este ámbito, clasifica las medidas atendiendo a quién las adopta, establece los presupuestos de adopción (caso justificado y riesgo inminente para la salud de la población), y entrega un catálogo taxativo de seis medidas. Las críticas al artículo 178 ya fueron realizadas al estudiar las medidas sanitarias (*vid. Supra*, Ámbito Sanitario. Farmacéutico, p. 58), por lo que en este punto basta con dejar establecido que la regulación de las medidas sanitarias es escueta, de modo que la aplicación supletoria del artículo 32 de la Ley N° 19.880 se extiende a múltiples aspectos que procedo a enunciar.

A partir de la interpretación de las palabras del artículo 178 pudiera llegar a entenderse que las medidas que adopta la autoridad son impuestas durante el desarrollo del proceso, en tanto que las medidas adoptadas por el ministro de fe, en un acto de fiscalización, son de carácter pre-procedimental; sin embargo, lo cierto es que este artículo no se refiere al momento de adopción de las medidas sanitarias, pues no es correcto establecer una relación entre quien adopte estas medidas y el momento de adopción²⁶³, de modo que la aplicación supletoria del artículo 32 de LBPA permite distinguir las medidas según el momento de su adopción -durante la vigencia del proceso/ previo al inicio del proceso-, así como aplicar la regulación que el artículo 32 otorga a cada una de ellas.

De esta forma, y ante la omisión del artículo 178, se extiende a las medidas sanitarias dispuestas durante la vigencia del proceso, la exigencia de elementos de juicio suficientes para su

²⁶²STAS, Rol 44-2014, 4.12.2015, (C-18).

²⁶³Respecto de las medidas adoptadas antes de inicio el proceso éstas no solamente pueden surgir a causa de una fiscalización sino que también pueden surgir a partir de alertas internacionales, denuncias, reacciones adversas a medicamentos (RAM), etc., por lo que, una medida sanitaria puede ser impuesta por la propia autoridad competente antes de que se inicie un proceso sancionador; y por otro lado, el propio ministro de fe puede imponer una medida durante la vigencia del proceso a partir de una fiscalización, de modo que su labor no se encuentra limitada a los momentos previos al inicio del proceso, sino que siempre puede llevar a cabo una fiscalización, y cada vez que determine que concurren los presupuestos necesarios, debe disponer la medida sanitaria que estime más adecuada para las circunstancias del caso.

adopción, es decir el presupuesto de *fumus boni iuris* ya estudiado (*Vid. supra* p. 21 y ss., p. 86 y ss.), y que es un presupuesto común a toda medida provisional, por lo que resulta adecuado extender este presupuesto a las medidas adoptadas antes del inicio del proceso. Respecto de estas últimas aplica la obligación de iniciar el proceso en un plazo de 15 días, con expreso pronunciamiento respecto a su mantención, modificación, o alzamiento, so pena de quedar sin efecto.

Adicionalmente, por aplicación supletoria del artículo 32 de la LBPA la medida sanitaria debe ser proporcional, esto equivale a la prohibición de que ocasione perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados, o que conlleven la violación de derechos amparados por las leyes. Las medidas sanitarias, pese a que el artículo 178 del Código Sanitario no lo refiera, pueden ser alzadas o modificadas durante la tramitación del proceso, si cambian las circunstancias que justificaron su adopción (art. 32 inc. 5), y se extinguen con la dictación de la resolución que pone fin al procedimiento (art.32 inc.6).

Como ha quedado establecido, el desarrollo normativo de las medidas sanitarias presenta insuficiencias, las cuales corresponden a insuficiencias formales, ya que el legislador, si bien regula estas medidas en el artículo 178, no lo hace de manera completa y suficiente, dado que existen una serie de hipótesis que no son resueltas, como por ejemplo la posibilidad de disponer medidas previo al inicio del procedimiento sanitario. En todas las hipótesis irresolutas en la ley sanitaria, aplica de manera supletoria el artículo 32 de la LBPA, completando las insuficiencias de la norma sectorial, aunque con la particularidad de que, en el ámbito sanitario, las medidas provisionales se adoptan con una finalidad distinta a la que contempla la norma general, y que consiste en resguardar la salud de la población.

c) Ámbito Eléctrico

No es posible sostener que en el ámbito eléctrico exista regulación de las medidas provisionales, cuando el artículo 3N° 22 de la Ley SEC se limita a contemplar la facultad del Superintendente de Electricidad y Combustibles para disponer medidas provisionales, expresando el carácter transitorio de estas medidas y su finalidad. De este modo, el artículo 32 de la LBPA, aplica plenamente respecto de las medidas provisionales decretadas en el ámbito eléctrico, con la salvedad de que la finalidad de estas medidas no es asegurar la eficacia de la resolución, sino que tutelar “la seguridad del público y el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores de energía eléctrica, de gas y de combustibles líquidos”, finalidad que debe orientar y justificar la decisión de imponer una medida de este tipo.

Así, iniciado el procedimiento, si existen elementos de juicio suficientes, la Superintendencia puede disponer las medidas provisionales que estime oportunas; en tanto que, antes del inicio del proceso, en casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses y derechos involucrados, puede adoptar las medidas que correspondan. Respecto de estas últimas rige la obligación de iniciar un proceso sancionador en un plazo de 15 días, el cual al momento de su inicio debe pronunciarse expresamente respecto a la mantención, modificación o alzamiento de la medida.

Es fundamental destacar que independiente del momento de adopción la finalidad de las medidas provisionales eléctricas siempre es la misma, brindar seguridad al público y resguardar el derecho de los concesionarios y consumidores.

Rige también respecto de las medidas eléctricas, por aplicación supletoria del artículo 32 de la LBPA, la exigencia de proporcionalidad, determinada por la prohibición de que la medida ocasione perjuicios de difícil o imposible reparación, o que impliquen violación de derechos. Por lo demás, estas medidas, al igual que toda medida provisional, deben ser alzadas o modificadas durante la tramitación del proceso si mudan las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción. Finalmente, por aplicación supletoria del artículo 32, las medidas eléctricas son instrumentales al procedimiento, por lo cual, se extinguen con la resolución que pone fin al proceso.

La supletoriedad que rige en esta materia es de primer grado, pues el legislador no reguló el procedimiento de dictación de una medida provisional eléctrica, ni su régimen jurídico²⁶⁴, simplemente señaló la finalidad de las medidas y la característica que las define como provisionales, es decir, su temporalidad. Frente a la ausencia de normativa que establezca el procedimiento de dictación de las medidas provisionales eléctricas, el artículo 32 se aplica plenamente. De esta forma, a partir de la aplicación supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, justificada por su propio artículo 1°, los vacíos que presenta la legislación aplicable a las medidas provisionales son llenados, quedando establecido entonces, no sólo el procedimiento de adopción de una medida eléctrica, sino que también los presupuestos que habilitan para su adopción, y otras características esenciales de estas medidas.

²⁶⁴En este sentido, Luis Cordero en su texto “La supletoriedad en la ley de bases de procedimiento administrativo”, señaló que: “La *supletoriedad de primer grado* se dará cuando el legislador no regule un procedimiento específico para un acto administrativo, así como su régimen jurídico aplicable (...) frente a lo cual se aplica íntegramente el procedimiento de ‘bases’ o ‘tipo’”. CORDERO V., L. Op. cit. p. 65.

Para finalizar con este título dedicado a la aplicación supletoria de la ley general respecto a las medidas provisionales contempladas en la ley sectorial, solo resta insistir en el rol preponderante de la supletoriedad.

Más allá de la completitud con que hayan sido reguladas las medidas provisionales, siempre es posible aplicar de manera supletoria la ley N° 19.880. Pese a que la norma prevea, desde el nacimiento de la medida hasta su extinción, el procedimiento de dictación y el régimen jurídico aplicable, pueden surgir dudas en su aplicación, siendo necesario recurrir a principios generales o criterios de interpretación contenidos en la ley general. En este escenario, la ley especial es completa, pero igualmente opera la denominada supletoriedad de tercer grado, que permite utilizar la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos -no solo el artículo 32, sino que la ley en su totalidad- para orientar al órgano competente en la aplicación de la ley sectorial que regula las medidas provisionales.

Sin embargo, sabemos que la regulación de las medidas provisionales generalmente no es completa y acabada, muy por el contrario presenta insuficiencias. En ese sentido, cuando la ley establezca un procedimiento de adopción de medidas provisionales, omitiendo aspectos centrales del proceso que debieran estar regulados, se aplica supletoriamente el artículo 32 de la LBPA, pero también algunas otras disposiciones procesales que puedan completar las falencias de la norma sectorial. Por otra parte, cuando la ley especial omite establecer el procedimiento de adopción de las medidas provisionales, se aplica directamente el 32, llenando los vacíos de la legislación especial.

Finalmente, dependiendo del panorama que ofrezca la realidad, va a operar o no la supletoriedad; dependiendo del nivel de especificidad y plenitud con que se regulan las medidas provisionales en la ley sectorial, va a variar el grado de supletoriedad que corresponda aplicar; e independiente del grado en que opere la supletoriedad, siempre se debe mantener respeto irrestricto por la naturaleza de la materia a la cual se está aplicando la norma general, y considerar, primordialmente, la particular finalidad para la cual fue prevista cada medida provisional sectorial.

3.3. Aplicación en los procedimientos sancionadores en que la legislación sectorial no contempla medidas provisionales

En el título anterior quedó establecido que no hay discusión en torno a la aplicación supletoria de la Ley de Bases, y específicamente del artículo 32, respecto de las medidas provisionales que se encuentran expresamente previstas por el legislador en alguna ley sectorial. Sin embargo, respecto de aquellos ámbitos en los que no se contempla la facultad de la autoridad administrativa competente para

adoptar medidas provisionales, la aplicación supletoria de la LBPA, y de su artículo 32 no es una cuestión pacífica. En definitiva, el foco de la discusión se centra en la siguiente interrogante: ¿es posible que el artículo 32 actúe como una norma de habilitación general que, por ende, permita que cualquier órgano de la Administración disponga medidas provisionales, en tanto se verifiquen los presupuestos generales de adopción de una medida de este tipo?

Se trata, en concreto, de una cuestión de competencia.

Una primera postura, desarrollada por los autores José Luis Lara y Carolina Helfmann en su texto “Las Medidas Provisionales y la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo: Reflexiones acerca de su sentido y alcance”, sostiene que el artículo 32 no atribuye una competencia general para que la autoridad administrativa disponga medidas provisionales, sino que simplemente regula el procedimiento de adopción. De esta forma, el artículo 32 recibe aplicación únicamente en aquellas áreas administrativas en que la propia legislación sectorial haya contemplado la posibilidad de decretar estas medidas. Lo anterior implica que “para determinar si un órgano de la Administración puede adoptar medidas provisionales, será necesario revisar su estatuto jurídico particular a fin de precisar si se dotó al órgano de la respectiva competencia”²⁶⁵.

Esta postura, tiene como punto de partida, el principio de juridicidad, que es pilar fundamental del Derecho Público, y puede ser definido como “la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”²⁶⁶. Los artículos 6 y 7 de la Constitución contienen este principio.

El artículo 6° establece que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (...)”, y la inobservancia a esta disposición, genera “las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Por su parte, el artículo 7, dispone que “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. Estos órganos solo cuentan con los poderes jurídicos que expresamente les fueron atribuidos por la Constitución o por ley dictada conforme a ella, quedando descartada la existencia de poderes tácitos, implícitos o derivados. La infracción al artículo 7° origina la nulidad del acto emitido o dictado por el órgano estatal, además de las responsabilidades que puedan existir por aplicación del artículo 6°. Para “que sea válida la actuación de un órgano estatal, cualquiera sea la función (si constituyente, legislativa, judicial, administrativa o contralora) o la jerarquía que ostente, debe actuar atribuido de la potestad correspondiente; esto es, previo a la actuación ha de haberle sido conferido el poder jurídico

²⁶⁵LARA, J. Y HELFMANN, C. 2010. Op. cit. p. 61.

²⁶⁶SOTO., E. 1996. Derecho Administrativo. Bases fundamentales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II: El principio de juridicidad. p. 24.

para actuar, y si no lo posee, su acto es nulo, por cuanto ha actuado sin competencia, sin atribución *previa* de dicho poder/potestad”²⁶⁷.

Por aplicación de las normas constitucionales referidas, “en ámbito del derecho público chileno, los órganos y autoridades sólo pueden actuar dentro de las competencias expresamente atribuidas y cumpliendo los presupuestos legales que expresamente dispone el ordenamiento jurídico, para ejercer sus actuaciones, tanto en sus aspectos sustantivos y adjetivos”²⁶⁸.

En efecto, los órganos de la Administración disponen exclusivamente de las competencias y potestades que la Constitución o las leyes les atribuyen, es decir, en silencio de la ley, la Administración carece de competencias y potestades. Adicionalmente, la atribución legal de poderes a la Administración, necesariamente, debe ser expresa. Conforme lo ha señalado el máximo tribunal nacional, son “vicios aptos para provocar la nulidad de derecho público de un acto estatal la desviación de poder, ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, violación de la ley –ley de fondo– y defectos de forma”²⁶⁹.

De esta forma, los autores Lara y Helfmann, concluyen que “la consagración que hace la Ley N° 19.880 respecto de las medidas provisionales, no otorga una nueva competencia, sino más bien prevé la habilitación y oportunidad para que el órgano competente pueda ejercer una competencia ya atribuida. Para estar frente a una norma atributiva de competencia, hubiera sido preciso que la disposición legal estableciera expresamente cuáles son las completas medidas provisionales que pueden adoptar los órganos de la Administración (...)”²⁷⁰.

No concuerdo con la postura de Arroyo y Helfmann por las siguientes razones.

En primer lugar, por aplicación del principio de juridicidad, contenido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, queda establecido que los órganos de la Administración deben actuar dentro del ámbito de su competencia, sin embargo, “esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo”²⁷¹. No se trata de inventar competencias y potestades, por el contrario, se trata de poderes efectivamente atribuidos en el ordenamiento jurídico, aunque no de manera expresa

²⁶⁷SOTO, E. 1996. Op. cit. p. 50.

²⁶⁸ZÚÑIGA U., F. Y OSORIO V., C. 2016. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Estudios Constitucionales Año 14 (2), p. 472.

²⁶⁹SCS, Rol 11216-2011, 10.01.2013, C-6. En idéntico sentido la Corte Suprema ha indicado que “es menester dejar asentado que la nulidad de derecho público ha sido concebida dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo instrumental adscrito al principio de juridicidad en que se deben inspirar las actuaciones de los órganos del Estado, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental y 2° de la Ley N° 18.575 (...) cuya consecuencia se traduce en la ineficacia de lo obrado en contravención a ese criterio orientador de la actividad estatal” (SCS Rol 10849-2014, 12.08.2014, C-6)

²⁷⁰LARA, J. Y HELFMANN, C. 2010. Op. cit. p. 61.

²⁷¹FERNÁNDEZ, T. Y GARCÍA DE ENTERRÍA, F. 2005. Curso de Derecho Administrativo. 12ª ed. Madrid. Thomson Civitas. p. 456.

en la ley. Esta teoría considera que el ordenamiento no se agota en la ley escrita, existen otras fuentes del derecho, como lo son los principios generales o la costumbre, y a partir de las finalidades que debe cumplir la Administración y la comprensión del ordenamiento jurídico como un sistema interconectado, se interpreta la ley -cuando no es lo suficientemente completa- y se subsanan sus insuficiencias a partir de la integración de estas otras fuentes del derecho, al servicio de las finalidades que en virtud del propio mandato legal corresponden a la Administración.

“Si la ley atribuye expresa y literalmente la potestad A' que sólo alcanza a servir congruentemente al fin A, debe entenderse que también otorgó las potestades B' y C', congruentes con el fin B y C, que la Administración debe inexorablemente cumplir por propio imperativo de la ley (...) todo acto de interpretación debe fundamentarse para la Administración en una consideración de las circunstancias políticas, económicas y sociales en que la ley nace, para ajustar, dentro de estas circunstancias, el verdadero fin de la norma y, por ende, el alcance de la potestad administrativa”²⁷². No es posible considerar que se trata de una extensión desmesurada y arbitraria de las facultades de la Administración, pues su fuente está en el propio ordenamiento jurídico, y queda excluido el abuso de poder, ya que el ejercicio de la potestad está al servicio de una finalidad establecida en la ley.

Como sabemos la regulación de nuestras medidas provisionales, y en general nuestro Derecho Administrativo se encuentra inspirado en el Derecho Administrativo Hispano, por lo que resulta pertinente señalar que el Tribunal Supremo Español, admite la doctrina de las potestades implícitas. En este sentido, en relación a la adopción de medidas provisionales, el máximo tribunal ha expresado que “(l)os poderes públicos no sólo están habilitados para el ejercicio de las potestades que el ordenamiento expresamente les atribuye, sino también, implícitamente, para el de las facultades necesarias para la efectividad de aquellas”²⁷³.

La extensión de la aplicación de las medidas provisionales a los diversos procesos administrativos, puede encontrar su fundamento en la doctrina de las potestades implícitas, ya que en virtud de finalidades superiores que deben ser resguardadas durante la tramitación del proceso, se justifica la adopción de medidas provisionales. Sin embargo, de no aceptarse la atribución de poderes implícitos a la Administración, igualmente las medidas provisionales están justificadas por aplicación supletoria de la LBPA, toda vez que el artículo 32 es una norma común, que habilita de manera general a los órganos de la Administración para la adopción de estas medidas.

²⁷²OELCKERS, O. 1977. El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (1), p. 135 [en línea] <<http://www.rdpuev.cl/index.php/rderecho/article/view/10/5>>

²⁷³ STS, ROJ 6189/1996, 08.11.1996, pp. 3 y 4 (FJ 3).

En definitiva, la Ley N° 19.880, en tanto Ley de Bases, tiene vocación de generalidad y es aplicable de manera supletoria en los diversos procesos administrativos, esto se desprende de los términos generales en que se encuentra redactada, así como de lo dispuesto en su propio artículo 1°. Respecto de los procesos sancionatorios, no existe una ley de bases propia que considere las particularidades de los procedimientos administrativos sancionadores, por lo que necesariamente debe ser aplicada la ley general en cuanto a procesos administrativos, es decir, la LBPA.

Una ley de bases consagra garantías mínimas para los particulares -precisamente las medidas provisionales son una garantía para los particulares y la sociedad civil de que ciertos intereses serán resguardados con la celeridad que se requiere-, establece pautas comunes para la relación de los particulares con la administración, y consigna las reglas y principios sustanciales de la materia que regula. El objetivo de ley de bases es establecer “procesos uniformes y armónicos” para lo cual “utilizan un lenguaje jurídico claro y presentan una estructura ordenada de sus disposiciones”²⁷⁴. De esta forma se otorga “homogeneidad esencial a los procedimientos y a las garantías de los particulares frente a la Administración, aparece entre nosotros claramente conectada a la garantía constitucional ‘de igual protección en el ejercicio de los derechos’ que asegura el N° 3 del artículo 19 de la Carta Política. Este derecho es consecuencia inmediata de la igualdad ante la ley”²⁷⁵.

La Ley N° 19.880 consigna las garantías mínimas del proceso para los ciudadanos y para el desarrollo de la labor administrativa, por lo que su aplicación puede ser excluida únicamente por la primacía de una ley especial, que sin afectar la esencia de la ley general, regula una materia con las particularidades que esta presenta. Es por ello que, excluir la aplicación del artículo 32 de la LBPA, que configura una garantía para los administrados, y desestimar su aplicación supletoria en aquellas materias en que no existe otra norma aplicable, resulta incongruente con derechos constitucionales como lo son la igualdad ante la ley y el debido proceso. El “debate no radica en la ‘existencia de particularidades propias’ del procedimiento sectorial sino que la cuestión es la *exclusión de la directa aplicación de la ley básica de procedimiento administrativo*, con su núcleo común de instituciones, garantías y derechos procedimentales. (...) La pura apelación a ‘características singulares’ de un sector procedimentalizado para justificar la inaplicación directa a éste del núcleo común de garantías no resulta compatible con los principios constitucionales”²⁷⁶.

El artículo 32 de la Ley de Bases, siguiendo la tónica de la ley, fue redactado en términos sumamente amplios, y a partir de lo preceptuado por el aludido artículo primero, puede ser aplicado de

²⁷⁴GÓMEZ G., R. 2016. Rol e importancia de las Leyes de Bases en el Derecho Administrativo chileno. Revista de Derecho 29(2), p. 224 213-228.

²⁷⁵JARA. S., J. 2015. La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N°19.880. Revista de Derecho Público (70), p. 288.

²⁷⁶Ibíd. p. 310

manera supletoria a todo procedimiento administrativo, independiente de las “características singulares” que presente dicho procedimiento. Precisamente, respecto de aquellos procedimientos administrativos sancionadores que no consignan la facultad de disponer medidas provisionales, el artículo 32 opera con una supletoriedad de primer grado, que es aquella supletoriedad que permite llenar vacíos en todos los casos no previstos por la norma. En suma, en virtud de la aplicación supletoria de la LBPA, que es determinada por la misma ley, si una norma sectorial no regula las medidas provisionales, está sujeta en los procedimientos a la ley de bases de los procedimientos administrativos y ello incluye la garantía que representa la posibilidad de disponer medidas provisionales.

Siguiendo la línea argumentativa, en segundo lugar, conviene referir algunas materias del Derecho Administrativo Sancionador que no establecen la facultad de la autoridad administrativa de disponer medidas provisionales.

Así, en la legislación vigente en materia de transporte, las expresiones “medida provisional”, “medida urgencia”, “medida temporal o transitoria”, no son mencionadas por lo que tales facultades no se radican ni en el Ministerio ni en la SEREMI, sin embargo la ley establece que los inspectores fiscales pueden disponer el retiro de vehículos. Esta facultad se encuentra específicamente normada por un instructivo emitido por la Subsecretaría de Transporte, y a partir de su regulación y la finalidad de resguardar la seguridad de los pasajeros, no puede sino estimarse que corresponde a una medida provisional. Más allá de que la legislación no consigne la facultad de la autoridad competente de disponer medidas provisionales, y únicamente atribuya a los inspectores fiscales, en un par de ocasiones, la posibilidad de disponer el retiro de vehículos, por aplicación supletoria del artículo 32 podemos estimar que el ente fiscalizador podría disponer también otras medidas, como por ejemplo, la inmovilización de vehículos.

Es interesante destacar que este caso es distinto a aquellos que consignan la facultad de la autoridad administrativa competente para disponer medidas provisionales, sin regular el procedimiento de adopción ni señalar las medidas que pueden ser dictadas, como ocurre en materia de Electricidad y Combustibles, y en materia de Telecomunicaciones²⁷⁷; en ellos aplica, como es natural, de manera supletoria el artículo 32 de la LBPA, pues existe una competencia que ha sido atribuida expresamente por la ley, a diferencia de la materia de Transporte, donde se consigna una medida -que queda sujeta a la discusión doctrinaria de si se trata de una medida provisional o no-, sin establecer competencia

²⁷⁷Ley N° 18.168, art. 25 bis, inc. 7. “(...) Lo anterior es sin perjuicio de las medidas provisionales que, con el solo objeto de resguardar la continuidad del servicio y previa calificación de la Subsecretaría, corresponda adoptar a la autoridad de telecomunicaciones en caso que el Organismo Administrador de la Portabilidad deba ser cesado en sus funciones por incurrir en estado de insolvencia o infracción grave a sus obligaciones”.

alguna, pero precisamente es la ausencia de regulación, lo que justifica la aplicación supletoria del artículo 32 de la Ley de Bases, que otorga la competencia de adoptar estas medidas en tanto concurren los presupuestos que dicha norma prevé.

Algo similar ocurre en materia educacional, donde el Decreto Supremo N° 8.144 faculta a la SEREMI para disponer la retención total o parcial de la subvención del sostenedor frente a una presunta infracción, medida que pese a ser descrita en como medida precautoria, por su finalidad de asegurar la eficacia de la resolución final en el contexto de un proceso administrativo sancionador, puede ser calificada como medida provisional. Sin embargo, es fundamental destacar que en este ámbito no es la ley la que establece la medida provisional, sino que un decreto, por lo cual, no es aceptable estimar que existe una atribución de competencia para adoptar una medida provisional en materia de educación, una postura diversa implicaría atentar contra el principio de legalidad, de modo que, solo en virtud de la aplicación supletoria del artículo 32 puede ser aceptada la facultad general de la SEREMI u otra autoridad administrativa educacional para decretar medidas provisionales en este ámbito, las que, verificados los presupuestos de adopción contemplados en la norma general, estarán justificadas por finalidades tales como asegurar la eficacia de la resolución sancionadora, o la continuidad en la educación de los niños, etc.

Por último, existe un argumento lógico que justifica la existencia de una competencia general para disponer medidas provisionales en los distintos ámbitos administrativos. El argumento *a maiori ad minus*, en virtud del cual se consagra que si la ley autoriza lo más, implícitamente autoriza lo menos, permite entender que, en aquellos casos en que no existe una norma expresa, la autoridad es competente para adoptar medidas provisionales. En definitiva, por aplicación del argumento *a maiori ad minus*, se comprende que, si la autoridad administrativa se encuentra facultada por ley para llevar a cabo un proceso sancionador, e imponer a su término una sanción, que tiene efectos más bien definitivos, es lógico que también se encuentre facultada para disponer las medidas que, de manera provisional, resguarden los intereses involucrados o afectados, y aseguren la eficacia de la resolución sancionadora que pueda ser emitida.

CONCLUSIONES

1. Las medidas provisionales son una herramienta de la Administración para responder con celeridad a la necesidad de garantizar la eficacia de sus futuras resoluciones o resguardar provisionalmente los intereses implicados que pudieran verse afectados de esperar a la conclusión del proceso. En este sentido, las medidas provisionales son también una garantía para los particulares y la sociedad civil, entorno a que la Administración brindará la debida protección a intereses tan fundamentales como lo son la salud, la vida, el medio ambiente libre de contaminación, la continuidad en el suministro de servicios básicos o la seguridad de los productos.
2. Conforme lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, para decretar estas medidas deben concurrir los mismos presupuestos que se requieren para adoptar una medida cautelar, es decir, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

El *fumus boni iuris* se manifiesta en la existencia de elementos de juicio suficientes, es decir, en la existencia de indicios que hagan presumible la veracidad de la pretensión, esto implica necesariamente proyectar el eventual contenido de la resolución final, dado que la pretensión será verosímil en tanto exista la probabilidad cierta de que la resolución final se pronuncia en su resguardo. En materia administrativa sancionadora, de manera más precisa, este presupuesto está determinado por la existencia de elementos que permitan determinar con cierto grado de probabilidad, la comisión de una infracción.

Por su parte, el *periculum in mora* se relaciona directamente con los fines para los cuales se adopta una medida, donde la finalidad principal, y que subyace a toda medida provisional es evitar la concreción del daño, o bien que éste se agrave en los casos en que ya se haya perfeccionado. De acuerdo a lo establecido en el artículo 32, los fines de las medidas provisionales son “asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer” y “la protección provisional de los intereses implicados”, y pese a lo que se desprende de una interpretación literal de la norma -que identifica el primer fin con las medidas adoptadas durante el proceso y el segundo con las medidas previas-, ambas finalidades pueden ser perseguidas por medidas adoptadas durante la vigencia del proceso, pero las medidas pre-procedimentales solo pueden proteger provisionalmente los intereses involucrados, ya que no es factible asegurar la eficacia de la resolución final cuando siquiera existe un procedimiento.

Las finalidades descritas en el artículo 32, tienen como fin último evitar la concreción del daño, dicho daño se deriva de la afectación de los derechos o intereses legítimos que la medida resguarda, a causa de, en el primer supuesto, una sentencia tardía incapaz de producir los efectos que pretende, y en segundo supuesto, directamente de la falta de protección oportuna de tales intereses. En definitiva, la finalidad de evitar la concreción del daño o que éste se agrave, es una finalidad trascendente, que subyace a toda medida provisional, sin perjuicio de que la medida se adopte con otro objetivo externo más específico, en ese sentido, la normativa sectorial puede precisar los fines de las medidas provisionales, así por ejemplo, en el ámbito sanitario las medidas son adoptadas para proteger la salud de la población, en medioambiental para evitar daños al medio ambiente y resguardar la salud de las personas, y en eléctrico para la seguridad del público y el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores.

3. Respecto de estas medidas rigen los principios de legalidad y proporcionalidad.

El principio de legalidad recogido en los artículos 6 y 7 de la Constitución, y en el artículo 2 de la Ley N° 18.575, impone a los órganos de la Administración la obligación de actuar dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley. En relación a las medidas provisionales, este principio se manifiesta en la exigencia de que la autoridad que dispone la medida haya sido expresamente facultada para ello por una ley, es decir, que cuente con la competencia necesaria para la adopción de medidas provisionales. La competencia para disponer estas medidas puede ser atribuida por una ley sectorial, como ocurre en algunas áreas del Derecho Administrativo Sancionador, o bien por la ley general, que es el artículo 32 de la LBPA, y que a falta de norma especial, recibe aplicación supletoria. Solo en cuanto a la atribución de competencia, es posible sostener que rige el principio de legalidad en las medidas provisionales, ya que la escasa regulación existente entorno a estas medidas, no permite apreciar otras manifestaciones del principio; concretamente queda excluido el principio de tipicidad (expresión del de legalidad), que conlleva la exigencia de que la ley contenga una descripción clara, precisa y determinada, de los presupuestos de adopción y de las medidas que pueden ser decretadas, esto, debido a que la legislación de estas medidas se caracteriza por utilizar términos excesivamente amplios, y presentar lagunas y vacíos.

Por su parte, el principio de proporcionalidad se erige como el principio más relevante y de necesaria aplicación a la hora de adoptar una medida provisional, pues es un límite a la discrecionalidad de la autoridad administrativa y al mismo tiempo es la directriz o el

fundamento en la decisión de imponer una medida provisional. La adopción de una medida de este tipo es una decisión discrecional, y el principio de proporcionalidad limita esa discrecionalidad al imponer la obligación de ponderar los intereses en conflicto, esto es, los derechos e intereses que la medida pretende resguardar con aquellos que pueden ser afectados con su imposición, donde la autoridad competente debe elegir la medida menos gravosa dentro de las diversas posibles medidas que permitan alcanzar los fines que motivan su adopción, de esta forma el principio de proporcionalidad impide que la autoridad administrativa adopte medidas excesivas o innecesarias. Por aplicación de este principio es posible afectar provisionalmente derechos privados para la protección de intereses superiores o públicos, contando con menos elementos de juicio cuando el peligro en la demora, normalmente en razón de los derechos que podrían verse afectados, es muy elevado.

Idealmente la legislación sectorial y el propio artículo 32 debieran establecer criterios de graduación, que son elementos auxiliares entregados por el legislador para orientar la decisión de la autoridad respecto a qué medida provisional imponer y la extensión de esa medida, sin embargo la realidad es que únicamente la legislación medioambiental establece criterios de graduación, y en todos los otros ámbitos la autoridad administrativa toma la decisión en base a la ponderación de intereses que puede realizar de manera autónoma por no contar con estos criterios. Pese a la ausencia de estos criterios, el principio de proporcionalidad es de tal relevancia, que es el único principio reconocido por el artículo 32 de la LBPA, que en su inciso 4 señala: “No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.

4. La decisión de imponer una medida provisional es eminentemente discrecional.

Por un lado, estas medidas han sido legisladas en términos muy generales, otorgando amplio margen a la discrecionalidad, lo que se debe a su escasa regulación en la ley sectorial que en muchas ocasiones simplemente establece la competencia para decretarlas, o bien, omite aspectos esenciales de las medidas provisionales y su proceso de adopción; lo anterior se traduce en que el artículo 32 sea, por aplicación supletoria, la norma reguladora de buena parte de las medidas provisionales, un artículo que por estar inserto en una ley de bases, se encuentra redactado en términos suficientemente amplios, que le permiten recibir aplicación respecto a las medidas que se disponen en los distintos procesos administrativos. En síntesis, ya sea

porque la norma sectorial de las medidas provisionales está redactada en términos amplios, o porque el artículo 32 sea la disposición que aplica de manera directa o supletoria, la autoridad administrativa competente, carece de criterios de graduación, de un catálogo de medidas, y/o de presupuestos o finalidades que hayan sido establecidos específicamente para el ámbito en que ésta se decreta, y debe tomar la decisión de adoptar una medida provisional, en base a la ponderación de los intereses en juego, guiada por su propio criterio.

Pero por otro lado, la discrecionalidad es absolutamente necesaria. Si bien es cierto que la actual regulación de las medidas provisionales es deficiente, y que podría aportar muchos más elementos en la decisión de imponer una medida de este tipo, también es cierto que la autoridad administrativa siempre deberá apreciar las circunstancias concurrentes en el caso concreto para determinar si imponer o no una medida provisional, y si la decisión resulta afirmativa, establecer qué medida es más adecuada para los fines que se propone y cuál es la extensión que requiere tener esa medida. La decisión de adoptar una medida provisional es innegablemente casuística, y aún en una materia como la medioambiental que ha sido minuciosamente regulada, la autoridad debe tomar su decisión con base en las circunstancias del caso apreciadas según su criterio, pues si bien la ley puede entregar parámetros orientadores, la decisión radica en la valoración que realice la autoridad competente.

Dado el alto nivel de discrecionalidad involucrado en la adopción de una medida provisional, la adecuada motivación de la resolución que la decreta es trascendental. En dicha resolución deben quedar determinados los elementos de juicio suficientes, el fin de la medida (*periculum in mora*), la proporcionalidad de ésta establecida a partir de la ponderación de los intereses en juego, y considerando además la necesidad, idoneidad y menor onerosidad de la medida. Si la resolución que dispone una medida provisional no se encuentra debidamente motivada, la decisión de la autoridad puede resultar innecesaria, irracional, o injusta.

5. Por estar reguladas en la LBPA, que es una ley de aplicación general, y específicamente en el artículo 32, una disposición redactada en términos amplios, y que se configura como la norma general en materia de medidas provisionales, es posible determinar que estas medidas pueden ser decretadas en todo procedimiento administrativo, independiente del contenido o naturaleza de éste, en tanto concurren los presupuestos habilitantes y las circunstancias del caso así lo requieran, ya sea para resguardar la eficacia de la eventual resolución final, o para proteger provisionalmente los intereses implicados.

6. En el caso de que la ley sectorial regule específicamente las medidas provisionales, esa norma debe preferirse en su aplicación, por sobre el artículo 32 de la LBPA, en virtud del principio de especialidad que determina que lo especial prevalece sobre lo genérico. Si la ley especial no regula todos los aspectos de las medidas provisionales, y de su proceso de dictación, recibe aplicación supletoria el artículo 32, que es en esta materia la norma general.

La supletoriedad tiene como punto de partida la comprensión del ordenamiento jurídico como un sistema interconectado y coherente, dotado de la capacidad de generar siempre y en todo caso solución para los problemas de interpretación o aplicación de la norma, ya sea a partir de una disposición contenida en la ley general, o bien, empleando los lineamientos y principios que se desprenden de la ley general. El artículo 1° de la LBPA consagra la supletoriedad de esta ley, la cual se encuentra justificada por el carácter general de la misma, que determina los elementos más fundamentales de los procedimientos administrativos, y que además ha sido redactada en términos suficientemente amplios.

La supletoriedad puede operar en 3 grados. Opera en un primer grado cuando no existe legislación especial aplicable, lo cual se puede deber a que las medidas provisionales no han sido normadas en la ley sectorial, pero también a causa de que la norma especial que regula estas medidas -consagrando la facultad de decretarlas y/o regulando el proceso de adopción- es un reglamento y no una ley. Solo la ley puede atribuir competencias, conforme a lo preceptuado por el principio de legalidad (arts. 6 y 7 de la Constitución), y a su vez, los procedimientos administrativos son materia de ley, de acuerdo a la reserva de ley (art. 63 N° 18 de la Constitución); en estos aspectos de la medida provisional, la regulación reglamentaria se considera inexistente, por lo debe aplicar directamente el artículo 32 de la LBPA.

La supletoriedad de segundo grado se presenta en casos de insuficiencia formal de la ley especial, es decir, aquella derivada de la falta de regulación de aspectos centrales de las medidas provisionales, que deben ser resueltos por la integración del artículo 32 de la Ley N° 19.880. Este segundo grado de supletoriedad reconoce como limitación el respeto por la naturaleza del procedimiento especial, naturaleza que se define a partir de los fines hacia los que se orienta la ley, de modo que no es posible aplicar supletoriamente la LBPA, si ésta interfiere con la realización de alguno de los fines que se propone la ley especial, pues estaría afectando la naturaleza de esa ley.

Por último, el tercer grado de supletoriedad surge en aquellas situaciones en que la ley especial no presenta vacíos, pero que, aplicada a un determinado caso surgen algunas dudas, de tal manera que es preciso recurrir a la ley general para extraer de ella criterios de interpretación y principios generales. Este tercer grado de supletoriedad reconoce la trascendencia de la LBPA, en cuanto legisla los pilares fundamentales de los procesos administrativos, sus aspectos e instituciones centrales, y permite que más allá de la insuficiencia de la ley especial, esta ley general sea utilizada como orientadora en la aplicación práctica de la norma sectorial.

7. En aquellos ámbitos administrativos que no regulan las medidas provisionales, es cuestionado que el artículo 32 de la LBPA pueda, a partir de su aplicación supletoria, atribuir competencia para decretar estas medidas, debido a que el artículo simplemente regularía el proceso de adopción de ellas, estableciendo la oportunidad para que la autoridad ejerza una competencia ya atribuida en la ley especial correspondiente. No comparto esta postura, defendida por los autores José Lara y Carolina Helfmann, por varias razones.

En primer lugar, porque la LBPA es una ley general, que recibe aplicación supletoria en los diversos procesos administrativos, incluso sancionadores, y que en tanto ley de bases, consagra garantías mínimas para los particulares. El objetivo de una ley de bases es fijar parámetros comunes, y la Ley N° 19.880 procura homogeneizar los procesos administrativos en sus aspectos esenciales y en las garantías de los particulares ante la Administración, lo cual se vincula con la igualdad ante la ley, e igual protección en el ejercicio de los derechos. Por lo tanto, no existen razones para excluir la vigencia del artículo 32 en algunos procesos administrativos, bajo el argumento de que la ley sectorial no ha establecido la competencia de adoptar estas medidas, pues ello implica privar a los particulares de la garantía que las medidas provisionales representan, al ser una herramienta que permite que intereses individuales y colectivos sean resguardados con la celeridad que las circunstancias requieren. La consagración de estas medidas en una ley de bases habilita a los órganos de la Administración para su adopción en tanto concurren los presupuestos necesarios para ello, y si la especial no se refiere a estas medidas, el artículo 32 opera con una supletoriedad de primer grado, facultando a la autoridad administrativa para su dictación.

En segundo lugar, existen materias, en las que el órgano administrativo dispone medidas provisionales, pese a no haber sido expresamente facultado en una ley para ello. Así ocurre, por ejemplo, en materia de educación, donde un decreto supremo establece la competencia del SEREMI para adoptar determinadas medidas provisionales; en este caso, no es posible considerar la norma por carecer de la entidad para otorgar competencias, sin

embargo el SEREMI de Educación dispone medidas provisionales, aunque, para ser precisos, debe hacerlo amparado por el artículo 32 de la LBPA. Si el artículo 32 no pudiera recibir aplicación general, las medidas dispuestas por el SEREMI deberían ser sancionadas con nulidad, lo que no ocurre en los hechos.

Finalmente el argumento “*a maiori ad minus*”, en virtud de cual si la ley autoriza lo más, implícitamente autoriza lo menos, permite entender que, si la autoridad administrativa se encuentra facultada por su ley especial para llevar a cabo procesos sancionadores, e imponer sanciones al final de la tramitación correspondiente, es lógico que también se encuentre facultada para adoptar, en el contexto del mismo proceso, las medidas que resguarden los intereses involucrados o afectados, y que aseguren la eficacia de la resolución sancionadora que pueda ser emitida. Resulta razonable que todas las autoridades administrativas que están facultadas para sancionar, sean también competentes para disponer estas medidas, que naturalmente resultan menos lesivas que una sanción, en muchas ocasiones por su contenido, pero de manera evidente por la temporalidad que las caracteriza, en comparación con una sanción que presenta efectos más bien definitivos. Este último argumento se relaciona con la teoría de los poderes implícitos, que entiende que existen potestades que no son atribuidas expresamente en la ley, pero que se desprenden de otras fuentes del derecho, lo que conlleva una interpretación comprensiva de la ley, al servicio de las finalidades que la Administración debe cumplir por mandato legal; de esta forma, los órganos de la Administración no solo están facultados para ejercer aquellas potestades que la ley expresamente les otorga, sino que, implícitamente, también están facultados para ejercer las potestades requeridas para que aquellas expresamente reconocidas puedan ser efectivas.

8. Dada la relevancia de las medidas provisionales en el Derecho Administrativo, es imperioso avanzar hacia su inclusión en la normativa sectorial, lo que involucra: la regulación detallada de los elementos que se deben verificar para configurar los presupuestos que habilitan a su dictación, el establecimiento de los factores que deben ser ponderados para determinar la medida que corresponda adoptar y su extensión, la consagración de un catálogo no taxativo de medidas, y el procedimiento que se debe seguir para imponer una medida provisional. En este sentido, el ámbito medioambiental es un buen ejemplo de cómo regular de manera completa las medidas provisionales.

Pero aún antes de mejorar la ley sectorial, es aún más necesario completar el artículo 32 de la Ley N° 19.880, ya que debido a la escasa normativa especial existente en la materia, estas medidas son adoptadas, en muchas ocasiones en virtud de la aplicación supletoria de dicho

artículo. Como mínimo, la norma general aplicable, debiera incorporar un listado no taxativo de medidas, que entregue una serie de posibilidades a la autoridad administrativa competente a la hora de definir qué medida provisional imponer, e incluir además, los criterios de graduación que deben ser ponderados por la autoridad en su decisión.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVA

Normativa Nacional

1. Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile. 22 de Septiembre de 2005
2. Decreto con Fuerza de Ley 323. Ley de Servicios de Gas. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio del Interior. Santiago, Chile. 30 de Mayo de 1931.
3. Decreto con Fuerza de Ley 725. Código Sanitario. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Salud Pública. Santiago, Chile. 31 de Enero de 1968.
4. Decreto con Fuerza de Ley 1. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile. 17 de Noviembre de 2001.
5. Decreto con Fuerza de Ley 1. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y 18.469. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública. Santiago, Chile. 24 de Abril de 2006.
6. Decreto con Fuerza de Ley 4. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en Materia de Energía Eléctrica. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Santiago, Chile. 05 de Febrero de 2007
7. Ley 17.322. Normas para la Cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de Previsión Social. Santiago, Chile. 19 de Agosto de 1970.
8. Ley 18.410. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Economía. Santiago, Chile. 22 de Mayo de 1985.
9. Ley 19.496. Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Santiago, Chile. 07 de Marzo de 1997.

10. Ley 19.696. Establece Código Procesal Penal. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. 12 de Octubre de 2000.
11. Ley 19.880. Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile. 29 de Mayo de 2003
12. Ley 19.937. Modifica el D.L. 2.763 de 1979, Con la Finalidad de Establecer una Nueva Concepción de la Autoridad Sanitaria, Distintas Modalidades de Gestión y Fortalecer la Participación Ciudadana. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Salud. Santiago, Chile. 24 de Febrero de 2004.
13. Ley 20.417. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile. 26 de Enero de 2010.
14. Ley 20.529. Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Educación. Santiago, Chile. 27 de Agosto de 2011.
15. Ley 20.600. Crea los Tribunales Ambientales. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio del Medio Ambiente. Santiago, Chile. 28 de Junio de 2012.
16. Decreto 8114. Reglamenta Decreto Ley N° 3.476, De 1980, Sobre Subvenciones a Establecimientos Particulares Gratuitos de Enseñanza. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Educación Pública. Santiago, Chile. 04 de Noviembre de 1980.
17. Decreto 119. Aprueba Reglamento de Sanciones en Materia de Electricidad y Combustibles. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Economía. Santiago, Chile. 25 de Agosto de 1989.
18. Decreto 1.222. Aprueba el Reglamento del Instituto de Salud Pública de Chile. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Salud. Santiago, Chile. 26 de Agosto de 1997.
19. Decreto 327. Fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Minería. Santiago, Chile. 10 de Septiembre de 1998.
20. Decreto 67: Aprueba Reglamento de Servicios de Gas de Red. CHILE. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. Santiago, Chile. 07 de Mayo de 2004.
21. Decreto 160. Aprueba Reglamento de Seguridad para las Instalaciones y Operaciones de Producción y Refinación, Transporte, Almacenamiento, Distribución y Abastecimiento de Combustibles Líquidos. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Economía,

Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. Santiago, Chile. 07 de Julio de 2009.

22. Decreto 3. Aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública. Santiago, Chile. 25 de Junio de 2011.
23. Decreto 194. Aprueba Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones. Diario Oficial de la República de Chile. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Subsecretaría de Telecomunicaciones. Santiago, Chile. 16 de Febrero 2013.
24. Resolución Exenta 1290. Aprueba Manual de Fiscalización del Instituto de Salud Pública de Chile. Instituto de Salud Pública. 01 de Abril de 2016.
25. Resolución Exenta 334. Crea el Departamento Agencia Nacional de Medicamentos, determina su estructura interna y delega facultades y establece orden de subrogación que indica. Instituto de Salud Pública. 03 de Mayo de 2011.
26. Resolución Exenta 754. Instruye adopción de medidas ante una contingencia en el abastecimiento de gas natural. Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 22 de Abril de 2004.
27. Resolución Exenta 251. Aprueba guía para el llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental. Superintendencia de Medio Ambiente. 01. 03.2018.
28. Proyecto de ley que establece las bases de los Procedimientos Administrativos sancionatorios y modifica ley N° 19.884, sobre transparencia, límite y control de gasto electoral. Boletín N° 3475-2006. [en línea]
<https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3799&prmBL=3475-06>

Tratados Internacionales

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Normativa Hispana

1. Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado. Jefatura del Estado. Madrid, España. 02 de Octubre de 2015.
2. Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado. Jefatura del Estado. Madrid, España. 02 de Octubre de 2015.

3. Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Boletín Oficial del Estado. Jefatura del Estado. Madrid, España. 27 de Noviembre de 1992.
4. Ley 14/1986, General de Sanidad Boletín Oficial del Estado. Jefatura del Estado. Madrid, España. 29 de Abril de 1986
5. Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se el texto refundido aprueba de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado. Ministerio de la Presidencia. Madrid, España. 30 de Noviembre de 2007.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Jurisprudencia Constitucional

Tribunal Constitucional

1. Sentencia, Rol 24-84, 04.12.1984
2. Sentencia, Rol 43-87, 24.02.1987
3. Sentencia, Rol 244-96, 26.08.1996
4. Sentencia, Rol 480-06, 27.06.2006
5. Sentencia, Rol 541-06, 26.12.2006
6. Sentencia, Rol 549-06, 30.03.2007
7. Sentencia, Rol 739-07, 21.08.2007
8. Sentencia, Rol 790-07, 11.12.2007
9. Sentencia, Rol 986-07, 30.01.2008
10. Sentencia, Rol 834-07, 13.05.2008
11. Sentencia, Rol 993-07, 13.05.2008
12. Sentencia, Rol 1182-08, 18.11.2008
13. Sentencia, Rol 1351-09, 20.05.2010
14. Sentencia, Rol 1352-09, 20.05.2010
15. Sentencia, Rol 1584-09, 17.06.2010
16. Sentencia, Rol 1443-09, 26.08.2010
17. Sentencia, Rol 1448-09, 07.09.2010
18. Sentencia, Rol 1463-09, 23.09.2010
19. Sentencia, Rol 1518-09, 21.10.2010
20. Sentencia, Rol 1413-09, 16.11.2010

21. Sentencia, Rol 1568-09, 16.11.2010
22. Sentencia, Rol 2045-11, 07.06.2012
23. Sentencia, Rol 1951-11; 13.09.2012
24. Sentencia, Rol 2254-12; 18.12.2012
25. Sentencia, Rol 2264-12, 10.10.2013
26. Sentencia, Rol 2437-13, 14.01.2014
27. Sentencia, Rol 2475-13, 07.08.2014
28. Sentencia, Rol 2658-14, 09.10.2014
29. Sentencia, Rol 2731-14, 26.11.2014
30. Sentencia, Rol 2552-13, 24.12.2014
31. Sentencia, Rol 2666-14, 03.09.2015
32. Sentencia, Rol 2648-14, 07.09.2015
33. Sentencia, Rol 2744-14, 08.10.2015
34. Sentencia, Rol 2722-14, 15.10.2015
35. Sentencia, Rol 2773-15, 28.01.2016
36. Sentencia, Rol 2896-15, 25.08.2016
37. Sentencia, Rol 2936-15, 20.10.2016
38. Sentencia, Rol 3081-16, 14.06.2016
39. Sentencia, Rol 2884-15, 26.07.2016
40. Sentencia, Rol 2896-15, 25.08.2016
41. Sentencia, Rol 2922-15, 29.09.2016
42. Sentencia, Rol 2946-15, 27.12.2016
43. Sentencia, Rol 3111-16, 23.03.2017
44. Sentencia, Rol 3119-16, 20.04.2017

Jurisprudencia Judicial

Corte Suprema

1. Sentencia, Rol 5990-04, 20.04.2005
2. Sentencia, Rol 1439-2005, 16.05.2005
3. Sentencia, Rol 4404-2005, 08.11.2005
4. Sentencia, Rol 244-2008, 14.02.2008
5. Sentencia, Rol 9924-2015, 20.11.2012
6. Sentencia, Rol 11.216-2011, 10.01.2013

7. Sentencia, Rol 10.045-2011, 18.01.2013
8. Sentencia, Rol 10.849-2014, 12.08.2014

Corte de Apelaciones

1. Sentencia Corte de Santiago, Rol 7575-2004, 07.03.2005
2. Sentencia Corte de Talca, Rol 1582-2007, 20.12.2007

Tribunal Ambiental

1. Sentencia Segundo Tribunal, Rol 44-2014, 4.12.2015
2. Sentencia Segundo Tribunal, Rol 88-2015, 27.07.2016
3. Sentencia Segundo Tribunal, Rol 95-2016, 17.11.2016
4. Sentencia Segundo Tribunal, Rol 111-2017, 31.08.2017
5. Resolución Segundo Tribunal, Rol S-8-2014, 22.09.2014
6. Resolución Tercer Tribunal, Rol S-5-2015, 01.09.2015
7. Resolución Segundo Tribunal, Rol S-27-2016, 12.02.2016
8. Resolución Segundo Tribunal, Rol S-31-2016, 22.03.2016
9. Resolución Segundo Tribunal, Rol S-34-2016, 28.04.2016
10. Resolución Segundo Tribunal, Rol S-37-2016, 31.05.2016
11. Resolución Segundo Tribunal, Rol S-40-2016, 30.06.2016
12. Resolución Segundo Tribunal, Rol S-44-2016, 29.07.2016
13. Resolución Segundo Tribunal, Rol S-48-2016, 01.09.2016
14. Resolución Segundo Tribunal, Rol S-53-2016, 28.10.2016
15. Resolución Segundo Tribunal, Rol S-59-2017, 20.02.2017
16. Segundo Tribunal, Acta de Sesión Ordinaria N° 22, 04.03.2013
17. Tercer Tribunal, Acta de Sesión Ordinaria N° 2, 09.12.2013

Jurisprudencia Administrativa

Contraloría General de la República

1. Dictamen N° 33255 de 2004
2. Dictamen N° 48.869 de 2004
3. Dictamen N° 1.896 de 2005
4. Dictamen N° 15492 de 2008

5. Dictamen N° 60.170 de 2008
6. Dictamen N° 74.035 de 2010
7. Dictamen N° 60.656 de 2011
8. Dictamen N° 62.001 de 2011
9. Dictamen N° 13.337 de 2012
10. Dictamen N° 17.737 de 2012
11. Dictamen N° 42.373 de 2012
12. Dictamen N° 49.749 de 2012
13. Dictamen N° 953 de 2013
14. Dictamen N° 16.766 de 2013
15. Dictamen N° 25.318 de 2013
16. Dictamen N° 30.077 de 2013
17. Dictamen N° 483 de 2014
18. Dictamen N° 15.134 de 2014
19. Dictamen N° 82.040 de 2014
20. Dictamen N° 93.878 de 2014
21. Dictamen N° 34.598 de 2015
22. Dictamen N° 47.314 de 2015
23. Dictamen N° 101.183 de 2015
24. Dictamen N° 30.871 de 2016
25. Dictamen N° 67.939 de 2016
26. Dictamen N° 77.634 de 2016
27. Dictamen N° 78.967 de 2016
28. Dictamen N° 91.604 de 2016
29. Dictamen N° 22.305 de 2017
30. Dictamen N° 25891 de 2018
31. Dictamen N° 26.215 de 2018

Instituto de Salud Pública

1. Resolución N° 5510, 19.08.2008. Sentencia de sumario sanitario instruido por resolución exenta N°1873 de 31.03.2008, en contra de Laboratorio Bestpharma S.A.
2. Resolución N° 5505, 19.08.2008. Sentencia de sumario sanitario instruido por resolución exenta N° 972 de 22.02.2008, en contra de Laboratorios Lafi Ltda.

3. Resolución Exenta N° 2326, 2006.
4. Resolución Exenta N° 1530, 2006.
5. Alerta. Referencia N° SI 476/17. Alerta sobre comercialización de productos cosméticos falsificados, alterados, sin registro sanitario, y que no cumplen con la rotulación establecida en la legislación sanitaria vigente.

Superintendencia de Medio Ambiente

1. Resolución Exenta N° 1066, 24.08.2018. Ordena medidas provisionales pre-procedimentales que indica.
2. Resolución exenta 918. 30.09.2016. Ordena Medidas Provisionales que Indica.
3. Resolución exenta 809. 02.09.2016. Ordena Medidas Provisionales que Indica.
4. Resolución exenta 705. 02.08.2016. Ordena Medidas Provisionales que Indica.
5. Resolución exenta 601. 01.07.2016. Ordena Medidas Provisionales que Indica.
6. Resolución exenta 505. 01.06.2016. Ordena Medidas Provisionales que Indica.
7. Resolución exenta 371. 29.04.2016. Ordena Medidas Provisionales que Indica.
8. Resolución exenta 254, 04.03.2016. Medidas Provisionales EcoMaule S.A.
9. Resolución exenta 39. 28.01.2014. Ordena Medidas Provisionales que Indica.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Jurisprudencia Constitucional

Tribunal Constitucional

1. Auto 82/2002, 20.05.2002
2. Auto 16/2011, 25.02.2011. BOE de 29 de marzo de 2011
3. Sentencia 148/1993, 29.04.1993 .BOE de 28 de mayo de 1993
4. Sentencia 187/1999, 25.10.1999 .BOE de 30 de noviembre de 1999
5. Sentencia 188/1999, 25.10.1999 .BOE de 30 de noviembre de 1999
6. Sentencia 48/2003, 12.03.2003, BOE de 14 de marzo de 2003
7. Sentencia 331/2006, 20.11.2006
8. Sentencia 159/2008, 12.12.2008. BOE de 09 de enero de 2009
9. Sentencia 121/2010,29.11.2010

10. Sentencia 39/2011, 31.03.2011
11. Sentencia 17/2013, 31.01.2013
12. Sentencia 185/2016, 03.11.2016. BOE de 12 de diciembre de 2016

Jurisprudencia Judicial

Tribunal Supremo

1. Auto, ROJ 1995\3060, 24.04.1995
2. Auto, ROJ 8895/2004, 07.07.2004
3. Auto, ROJ 7855/2017, 14.09.2017
4. Sentencia, ROJ 6726/1988, 01.10.1988
5. Sentencia, ROJ 6189/1996, 08.11.1996
6. Sentencia, ROJ 6791/2005, 07.11.2005
7. Sentencia, ROJ 7364/2010, 21.12.2010
8. Sentencia, ROJ 2011/2016, 06.05.2016
9. Sentencia, ROJ 3773/2017, 25.10.2017

Tribunal Superior

1. Sentencia, ROJ 4224/2015, 24.07.2015
2. Sentencia. ROJ 1076/2015, 06.03.2015
3. Sentencia, ROJ 3823/2016, 04.04.2016

Audiencia Nacional

1. Auto, ROJ 1027/2017, 23.02.2017
2. Auto, ROJ 1099/2017, 07.11.2017

Jurisprudencia Administrativa

Consejo Consultivo

1. Castilla de la Mancha, Dictamen N° 63/2006, 26.04.2006
- 2.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

1. Resolución de 04.07.2006, “Medidas provisionales y solicitud de ampliación de medidas provisionales respecto de la República Federativa del Brasil. Caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complejo do Tatuapé”

DOCTRINA

Artículos de Revista

1. ARNOLD, R., MARTÍNEZ, J.I. y ZÚÑIGA, F. 2012. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, 10(1) [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf>>
2. BAÑO L., J. 2016. Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015, de 1 de Octubre. . En: La reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público. España. Instituto de Estudios Autonómicos. Editorial Col·lecció Debats (4): 23-45. [en línea] <https://www.caib.es/sites/institutestudisautonomics/es/coleccion_debats-49529/>
3. BORDALÍ S., A. 2006. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. Revista de Derecho 19(2), p. 212.
4. CANO C., T. 2016. El autismo del legislador: La <<nueva>> regulación de la potestad sancionadora de la Administración. Revista de Administración Pública. (201): 25-68.
5. CEA, J. L. 1984. “Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa”, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 11 (1): 7-16
6. CIERCO S., C. 2008. Las Medidas Preventivas de Choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres. Revista de Administración Pública (175): 55-111
7. CORDERO Q., E. 2014. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (42): 399-439. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>>
8. DIAZ G., I. 2011. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (36): 167-206. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100005&lng=es&nrm=is>

9. FERRADA B., J. 2007. Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*. 20(2): 69-94. [en línea] <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200004>>
10. GÓMEZ G., R. 2016. Rol e importancia de las Leyes de Bases en el Derecho Administrativo chileno. *Revista de Derecho* 29(2): 213-228.
11. HUBER, P. 2009. Risk Decisions in German Constitutional and Administrative Law. [en línea] <<https://epub.ub.uni-muenchen.de/13872/1/riskdecisions.pdf>>[consulta: 11 Agosto 2018]
12. JARA. S., J. 2015. La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N°19.880. *Revista de Derecho Público* (70): 287-311.
13. LARA, J. y HELFMANN, C. 2010. Las medidas provisionales y la Ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo: Reflexiones acerca de su sentido y alcance. *Ius Publicum*. (25). p. 62, 63.
14. MARÍN G., J. 2001. Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*. (1): 9-54.
15. MARÍN G., J. 2006. Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico Chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. *Revista de Estudios de la Justicia*. (8): 13-40.
16. MARINA J., B. 2017. Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Revista Vasca de Administración Pública*. I (109): 163-188.
17. NUGENT, R. 1953. El Impulso y la Preclusión Procesales. *Revista de Derecho PUCP*. (13): 81-86. [en línea] <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13242>>
18. OELCKERS, O. 1977. El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (1): 111-151. [en línea] <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/10/5>>
19. ORELLANA R. L. 2000. La Supletoriedad de las Leyes. *Revista Chilena de Derecho* 27(4): 807-822.
20. PIERRY, P. 2005. Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo: el reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho*. Consejo de Defensa del Estado. (13): 71-82. Disponible en: <<https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/REVISTA-DE-DERECHO-13-1.pdf>>
21. ROMÁN C., C. 2009. El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho Público* (71): 183-214.

22. VERGARA B., A. 2002. Concepto, elementos y principios del Servicio Público eléctrico. Revista de Derecho. Universidad de Concepción. 2 (212): 573-585.
23. VERGARA B., A. 2010. La *Summa Divisio Iuris* Público/Privado de las Disciplinas Jurídicas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (1): 115-128.
24. VILLA, J. 1987. Principios generales del Derecho y Constitución. Revista de Administración Pública (114): 7-38.
25. ZÚÑIGA U., F. Y OSORIO V., C. 2016. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Estudios Constitucionales Año 14 (2): 461-478.

Libros

1. ARANCIBIA, T. 2015. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones Administrativas. Cuaderno N° 58.
2. BERMÚDEZ S., J. 2015. Fundamentos de Derecho Ambiental. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso.
3. BERMÚDEZ S., J. 2014. Derecho Administrativo General. 3ª ed. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
4. BERMÚDEZ S., J. 2010. Derecho Administrativo General. Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing.
5. BERMÚDEZ S., J. 2006. Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. En: Jornadas de Derecho Administrativo. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. pp. 31-47.
6. CORDERO V., L. 2006. La supletoriedad en la ley de bases de procedimiento administrativo. En: Jornadas de Derecho Administrativo. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. pp. 49-69.
7. FERNÁNDEZ, T. Y GARCÍA DE ENTERRÍA, F. 2005. Curso de Derecho Administrativo. 12ª ed. Madrid, Thomson Civitas.
8. MARINA J., B. 2007. Medidas provisionales en la actividad administrativa. Valladolid, Lex Nova.
9. MORENO, J. A. (Director). 2012. Procedimiento y proceso administrativo práctico. 2ª ed. Madrid, La Ley. Vol. 1.
10. PONS C., F. 2001. Las medidas provisionales en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Monografías Jurídicas. Madrid, Marcial Pons.
11. RODRÍGUEZ T., J. 2008. Deporte y derecho administrativo sancionador. Madrid, Reus.

12. SOTO K., E. Prólogo a: ALARCÓN J., P. 2000. Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la Jurisprudencia Chilena. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.
13. TAPIA C., F. 2018. Las medidas provisionales administrativas en el Derecho Chileno. Santiago, Editorial Ius Civile.
14. VERGARA B., A. 2006. Estatuto general y principios del servicio público chileno. En: SANTOS R., M. y CAMEO B., F. (Coords.). Derecho de la Energía. Madrid, Editorial La Ley. pp. 849-903
15. VERGARA B., A. 2010. El Derecho Administrativo como Sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”, también denominadas leyes especiales. Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing,

Tesis

1. GOHURDETT, R. y ROBLES, M.T. 2013. El Principio de Inocencia en el Derecho Administrativo Sancionador. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Sociales y jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 190p.
2. GUZMÁN S., L. 2001. El Control de la Discrecionalidad Administrativa en Chile. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 187p.
3. HEPNER AUSIN, Felipe. 2016. Criterios de autorización de las medidas provisionales y de medidas urgentes y transitorias de la Superintendencia del Medio Ambiente empleados por los tribunales ambientales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 145p.
4. MOLINA S., F. 2011. Aplicación de medidas cautelares atípicas o innominadas en procesos ambientales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. 49p.
5. ROCHA F., E. 2016 Estudio sobre la motivación del acto administrativo. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 308p. [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/138800/Estudio-sobre-la-motivaci%C3%B3n-del-acto-administrativo.pdf?sequence=1>> [consulta: 30 septiembre 2018]
6. URZÚA R., M. 2014. Derecho Administrativo Sancionador Ambiental (Superintendencia del Medio Ambiente y Sanciones Administrativas: análisis crítico a la luz de la Constitución Política de la República. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 413p.

7. VALPUESTA, R. A. y PÉREZ, P. A. 2013. Repertorio de Jurisprudencia Administrativa de la Ley N° 19.880, “Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado”. Memoria para optar el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p.13.
8. VILLAVICENCIO, R. 2004. Principio de legalidad y tipo imprudente. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. [en línea] <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjv727p/html/index-frames.html>> [consulta: 05 mayo 2017]

Informes en Derecho

1. BERMÚDEZ S., J. 2013. Régimen de Ejecutoriedad de las Resoluciones de Calificación Ambiental y de las Medidas Urgentes y Transitorias del Artículo 3 G) LOSMA. Informe en Derecho presentado en causa seguida ante el Tribunal Ambiental de Santiago, en causa Rol R-6-2013. [en línea] <<https://www.tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/informes-de-derecho/>> [consulta: 21 de octubre de 2018]
2. ROMERO SEGUEL, Alejandro. 2013. Distinción entre el sistema cautelar administrativo y jurisdiccional. Informe en Derecho presentado en causa seguida ante el Tribunal Ambiental de Santiago, en causa Rol R-6-2013, p. 9.[en línea] <<https://www.tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/informes-de-derecho/>> [consulta: 19 de octubre de 2018]
3. SILVA MONTES, Rodrigo. 2013. Informe en Derecho presentado en causa seguida ante el Tribunal Ambiental de Santiago, en causa Rol R-6-2013. [en línea] <<https://www.tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/informes-de-derecho/>> [consulta: 21 de octubre de 2018]