



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de  
Valparaíso  
Chile

Ferrada Borquez, Juan Carlos; Sagredo Reyman, Pablo  
La tutela cautelar en la justicia administrativa chilena: Fundamentos, regulación,  
limitaciones y desafíos  
Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLIV, enero-junio, 2015, pp. 337-367  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173641334016>

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

redalyc.org

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

LA TUTELA CAUTELAR EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA  
CHILENA: FUNDAMENTOS, REGULACIÓN,  
LIMITACIONES Y DESAFÍOS\*

[The Precautionary Measure in the Chilean Administrative Justice: Grounds,  
Regulation, Limitations and Challenges]

Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ\*\*  
Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile

Pablo SAGREDO REYMAN\*\*\*

RESUMEN

La tutela cautelar es uno de los temas más relevantes de la justicia administrativa actual, ya que es uno de los instrumentos que permite equilibrar los

ABSTRACT

The precautionary measure is one of the most relevant issues of today's administrative justice, since it is one of the instruments that allow balancing the

RECIBIDO el 23 de enero y ACEPTADO el 30 de marzo de 2015

---

\* Este trabajo se desarrolló en el marco de la investigación realizada para elaborar la tesis de magíster de uno de los autores bajo la dirección del otro; y forma parte del proyecto de investigación FONDECYT N° 1130588, del que uno de los autores es investigador principal. El texto que aquí se presenta no se corresponde, sin embargo, con la tesis presentada y aprobada en la Universidad de Valparaíso, sino que toma elementos o datos de ésta, pero los utiliza para una reflexión más amplia sobre la materia.

\*\* Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por Universidad de Chile y doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor titular de derecho administrativo en la Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: juancarlos.ferrada@uv.cl

\*\*\* Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Valparaíso y magíster en derecho por la misma universidad. Correo electrónico: pablosagredo@gmail.com.

poderes de la Administración del Estado y los intereses públicos con la defensa y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos. En este sentido, este trabajo analiza la regulación de la tutela cautelar en la justicia administrativa chilena, dando cuenta de las debilidades que ella presenta y poniéndola en tensión con las exigencias que impone la doctrina comparada en esta materia.

#### PALABRAS CLAVE

Garantías constitucionales – Tutela judicial – Tutela cautelar – Autotutela ejecutiva – Justicia administrativa.

powers of the State Administration and the public interests with the defense and protection of the rights and interests of the citizens. In this sense, this work analyzes the regulation of the precautionary measures in the Chilean Administrative justice, accounting for its weaknesses and contrasting it with the demands imposed by the compared doctrine in this matter.

#### KEYWORDS

Constitutional safeguards – Judicial protection – Precautionary measure – Executive self-defense measures – Administrative justice.

## I. INTRODUCCIÓN

La tutela cautelar es una de las materias que despierta mayor interés en la doctrina preocupada del estudio de la justicia administrativa. Ello ha llevado, incluso, a algunos autores de referencia, como García de Enterría, a hablar de “la batalla de las medidas cautelares” para poner en evidencia la centralidad del tema en este ámbito y su relevancia para la configuración de una verdadera justicia administrativa. Esto no es extraño si se considera que la tutela cautelar, como se explicará más adelante, constituye la contracara de las prerrogativas o potestades exorbitantes que tiene la Administración del Estado, donde la tutela de los intereses públicos o generales se equilibra con los derechos e intereses de los ciudadanos afectados por la actividad o inactividad de aquella. Así, a la necesaria eficacia de la actividad administrativa, se opone la tutela judicial inmediata de los derechos de los afectados, sobre todo en aquellos casos en que estos últimos tienen una entidad relevante que permite afectar temporalmente aquella.

No obstante esta relevancia, lamentablemente la tutela cautelar no ha tenido el desarrollo doctrinal que se merece en nuestro derecho administrativo. Más bien son muy escasos los trabajos que abordan esta materia, descansando en las formulaciones generales que plantean la doctrina comparada y la doctrina procesal civil en nuestro medio. Esto motiva, probablemente, que nuestra jurisprudencia no haya elaborado criterios claros y relevantes en esta materia, conformándose con pronunciamientos episódicos aislados, relacionados en la mayoría de los casos con la orden de no innovar, al interior del recurso de protección.

En este contexto, este trabajo pretende aportar elementos para la dis-

cusión de esta temática en nuestra doctrina y jurisprudencia, realizando una reflexión teórica sobre la relevancia del tema y su encaje con la tutela judicial en la justicia administrativa, el estado actual de la tutela cautelar en los procesos administrativos vigentes en Chile y los principales desafíos que impone esta materia en el derecho administrativo del presente. Para ello la hipótesis del presente trabajo es que no es posible definir con precisión el modelo de tutela cautelar en nuestra justicia administrativa, ya que la escasez y dispersión normativa impiden hacer una caracterización general en este ámbito, salvo la formulación general y de baja densidad que se puede construir a partir de las normas comunes del *Código de Procedimiento Civil*, que se aplican en forma supletoria a los juicios administrativos.

Este trabajo se estructura en cuatro apartados principales, más unas conclusiones finales. El primero de ellos aborda el tema del derecho de la tutela cautelar en el marco de la tutela judicial; a continuación se estudia la tutela cautelar en la justicia administrativa en concreto; en el tercer apartado se analiza en profundidad cómo está regulada la tutela cautelar en los procesos administrativos existentes en el ordenamiento jurídico chileno, proponiendo una tipología básica de ordenación; finalmente, en el cuarto apartado se plantean los principales desafíos que presenta la tutela cautelar en la configuración de la justicia administrativa actual, reflexionando cómo ellas impactan en el derecho chileno.

## II. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y LA TUTELA CAUTELAR

### 1. *El derecho a la tutela judicial.*

La garantía de los derechos de las personas en un Estado de Derecho descansa, en primer lugar, en la posibilidad que las eventuales lesiones que puedan sufrir los particulares, puedan ser conocidas por la jurisdicción<sup>1</sup>. Así, una garantía fundamental que reconocen la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es el derecho de las personas a la tutela judicial o derecho a la acción, entendiendo por ésta el derecho a acceder a un tribunal de justicia a solicitar amparo o tutela de sus derechos e intereses, cuando se hace necesaria la intervención estatal<sup>2</sup>. En este sentido, el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental sustantivo, pero al mismo tiempo

---

<sup>1</sup> CARRILLO, Marc, *La justicia cautelar como garantía de los derechos fundamentales*, ahora, en FERRER MAC-GREGOR Eduardo - ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (México, D.F., 2008), IV, p. 233.

<sup>2</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés - FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *Estudios de justicia administrativa* (Santiago, LexisNexis, 2008), p. 139.

instrumental, en la medida que permite a las personas obtener protección jurisdiccional de los derechos subjetivos o intereses que le confiere el propio ordenamiento jurídico, sin necesidad de recurrir a mecanismos auto compositivos o directamente a la autotutela de sus derechos.

En este contexto, la tutela judicial va más allá de ser una mera garantía de la actividad legítima de las partes o del derecho de provocar la actividad del órgano jurisdiccional<sup>3</sup>, sino que incluye también una noción prestataria, en la que el Estado asume un deber de solucionar pacíficamente el conflicto<sup>4</sup>. En este sentido, la tutela judicial asume la obligación de facilitar el acceso a la jurisdicción, en resguardo de los derechos de las personas<sup>5</sup>, permitiendo a éstas recurrir a los tribunales que establece la ley ante la afectación de sus derechos, para pedir tutela de los mismos<sup>6</sup>.

Ahora bien, este derecho a la tutela judicial, como garantía constitucional, si bien en general se relaciona con el reconocimiento a las personas al acceso a la jurisdicción para el conocimiento y resolución pacífica de la controversia jurídica específica, desde una perspectiva más analítica está constituido por un conjunto de derechos vinculados al ejercicio de esta actividad, incluyendo entre éstos, el derecho de las personas a deducir pretensiones ante un tribunal de justicia, a obtener una respuesta del tribunal, si se cumple con los presupuestos procesales específicos, y a una realización efectiva de la decisión judicial, en el caso que se acoja la pretensión deducida<sup>7</sup>. En este último ámbito se encuentran precisamente todos los mecanismos que pretenden hacer efectiva y real lo resuelto por el tribunal, incluyendo la cosa juzgada, las medidas cautelares y la ejecución de las resoluciones judiciales<sup>8</sup>, elementos todos que apuntan a la efectividad de las resoluciones judiciales, lo que permite que el objeto del litigio permanezca intangible<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *La acción en el sistema de derechos* (traducción de S. Santís, Valparaíso, EDEVAL, 1992), p. 36.

<sup>4</sup> GOZAÍNI, Osvaldo, *La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional* (Buenos Aires, Ediciones DePalma, 1994), p. 135.

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme - PÉREZ RAGONE, Álvaro - NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación* (Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 115.

<sup>6</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A. - FERRADA BÓRQUEZ, J. C., cit. (n. 2), p. 138.

<sup>7</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, en *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2011), pp. 329 ss. [visible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000200006&script=sci_arttext)].

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 329.

<sup>9</sup> GARCÍA MACHO, Ricardo, *Acotaciones a la influencia de la Ley de la Justicia Administrativa en la jurisdicción contencioso-administrativa española*, ahora en ABERASTURY,

Este derecho, desde luego, también abarca las controversias que pudieran suscitarse entre un particular y un órgano de la Administración del Estado, ya que en tales conflictos jurídicos también se requiere de un tercero imparcial que juzgue estas materias, evitando la prevalencia de un sujeto jurídico (la Administración del Estado) sobre el otro y resguardando la solución pacífica de las controversias. Esto implica que en el ámbito de los denominados “contencioso-administrativos” también rige y opera integralmente el derecho a la tutela judicial, debiendo resguardarse al ciudadano en sus derechos e intereses, habilitándole el acceso a la jurisdicción, sin perjuicio de las garantías establecidas en el procedimiento administrativo previo<sup>10</sup>. Así, sólo en la medida que se cautele y tutele ese derecho, se hará efectivo el Estado de derecho, ya que se estará habilitando la existencia de una vía impugnatoria de la decisión administrativa unilateral, controlando de esta manera la legalidad del ejercicio de la potestad pública y la tutela de los derechos subjetivos e intereses de los ciudadanos.

Como bien lo ha expuesto Bordalí<sup>11</sup>, pese al amplio reconocimiento de este derecho fundamental en el derecho comparado, en el chileno la tutela judicial ha tenido una compleja afirmación, ya que el texto constitucional vigente no es muy explícito en el establecimiento de esta garantía. No obstante, la mayoría de la doctrina nacional hoy sostiene su reconocimiento en el derecho fundamental a “*la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”, establecido en el artículo 19 N° 3 CPol., en conjunto con otras normas constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Chile<sup>12</sup>. Así, desde una perspectiva sistemática del ordenamiento jurídico chileno, la doctrina afirma la plena vigencia de este derecho fundamental en nuestro derecho, a pesar de la falta de una norma expresa que así lo establezca<sup>13</sup>.

Desde luego, el derecho fundamental a la tutela judicial también alcanza en nuestro derecho a los procesos administrativos, en la medida que también constituyen conflictos jurídicos entre partes necesitadas de tutela judicial, los que quedan cubiertos bajo el concepto genérico de “*causa civil*”

---

Pedro (coordinador), *Ley de la justicia administrativa alemana: análisis comparado y traducción* (Buenos Aires, 2009), p. 78.

<sup>10</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *El derecho a un proceso administrativo con todas las garantías*, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas* (Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993), II, pp. 24 ss.

<sup>11</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A. - FERRADA BÓRQUEZ, J. C., cit. (n. 2), p. 144.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 145.

<sup>13</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La constitucionalización del proceso: El acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso*, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coordinador), *La constitucionalización del derecho chileno* (Santiago, 2003), pp. 169-170.

que utiliza el artículo 76 CPol. En todo caso, la *Constitución* de 1980 se encarga de remarcar este derecho en este tipo de controversias, ya que incorpora expresamente (artículo 38 CPol.) el derecho de las personas a ocurrir a los tribunales que determine la ley, cada vez que sean lesionados sus derechos por un órgano de la Administración del Estado<sup>14</sup>.

No obstante lo anterior, debe reconocerse las complejidades que existen en nuestra doctrina y jurisprudencia a la hora de dar contenido concreto a este derecho fundamental y distinguirlo del derecho al debido proceso o proceso racional o justo, término este último que utiliza la *Constitución* vigente. En efecto, la confusa jurisprudencia constitucional en este sentido, unido a un manejo poco técnico de dichos conceptos jurídicos de distinta tradición constitucional, hacen en ocasiones muy complejo distinguir con claridad el contenido de cada uno de estos derechos establecidos en el mismo numeral 3º del artículo 19 C Pol., lo que no impide reconocer sus elementos principales en uno u otro derecho<sup>15</sup>.

## 2. *La tutela cautelar dentro del derecho a la tutela judicial.*

Como ya se señaló, la garantía de los derechos fundamentales descansa en la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales proporcionen efectivas herramientas a los particulares que pretendan recurrir contra los actos estatales que lesionen sus derechos o intereses, y no solamente juzguen formalmente la legalidad de aquellos<sup>16</sup>. Sin embargo, este derecho a la tutela judicial suele entrar en conflicto con el tiempo de duración del proceso, colisionando, de esta manera dos rasgos o valores opuestos: la seguridad y la efectividad de la decisión judicial. Esto es claro, por ejemplo, en los casos que se adoptan resoluciones judiciales inaudita altera parte, en las que para prevenir un daño la seguridad es desplazada con vistas a “posibilitar la efectividad del derecho probable de la parte”<sup>17</sup>.

En este contexto, uno de los elementos esenciales que integran el derecho a la tutela judicial es la realización efectiva de la decisión judicial, lo que se expresa en la existencia de mecanismos que pretenden hacer

---

<sup>14</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A., cit. (n. 7), *Análisis*, pp. 317-318.

<sup>15</sup> GARCÍA PINO, Gonzalo - CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *El derecho a la tutela judicial y el debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*, en *Estudios Constitucionales*, 2 (2013), pp. 236 ss. [visible en internet: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n2/art07.pdf>].

<sup>16</sup> CARRILLO, M., cit (n. 1), p. 233.

<sup>17</sup> ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*, en *Revista de Derecho*, 22 (Valdivia, 2009), p. 197 [visible en internet: <http://www.scielo.cl/pdf/revder/v22n1/art09.pdf>].

efectivo lo resuelto por el tribunal. Así, la tutela cautelar se erige como uno de los principales dispositivos legales establecidos para asegurar la eficacia de la resolución judicial, haciendo ello real la tutela judicial impetrada por la persona ante una eventual transgresión o desconocimiento de su derecho. De este modo, como señala la doctrina más clásica, la tutela cautelar permite conjugar la existencia del proceso con la protección del derecho o interés que se reclama, impidiendo que la exigencia de aquel, como mecanismo de resolución de las controversias entre las personas se transforme en un obstáculo para la efectividad del mismo derecho<sup>18</sup>. En otras palabras, ante la demora del proceso como medio de solución de conflictos, la posibilidad de impetrar tutela cautelar aparece como una vía efectiva para proteger los derechos e intereses de las personas ante el retardo en la dictación de una decisión jurisdiccional<sup>19</sup>.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la efectividad de las resoluciones judiciales, como elemento integrante del derecho a la tutela judicial, no se agota en el ejercicio del poder cautelar del juez. Existen también en el derecho otras herramientas para asegurar el éxito de la decisión judicial, entre las que se encuentran la sumarización de la función declarativa, la tutela anticipada del derecho y el perfeccionamiento de mecanismos para obtener el cumplimiento efectivo de las sentencias, entre otras<sup>20</sup>. Todos ellos parten del presupuesto de la efectividad de la acción judicial intentada, lo que exige que el tiempo en el que se ejerce la tutela jurisdiccional de los derechos sea razonable y oportuno<sup>21</sup>.

Al contrario de lo antes expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico la tutela cautelar no ha sido afirmada categóricamente como un elemento consubstancial al derecho fundamental a la tutela judicial, sino como un elemento compatible con ésta e instrumental a la eficacia de la actividad judicial. Así, el Tribunal Constitucional ha admitido su procedencia, haciendo excepción a otras garantías constitucionales, como la bilateralidad de la audiencia o el ejercicio pleno de otros derechos, siempre que ello descansa en razones suficientes que justifiquen convenientemente la aplicación de esta medida<sup>22</sup>. En este contexto, como fácilmente se puede advertir, nuestra jurisprudencia constitucional ha sido poco explícita en la

---

<sup>18</sup> Citado por CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa* (Madrid, Civitas, 1991), p. 27.

<sup>19</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Temas de derecho procesal constitucional* (Santiago, Editorial Fallos del Mes, 2002), p. 141.

<sup>20</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012), p. 53.

<sup>21</sup> MARINONI, L. G. - PÉREZ RAGONE, A. - NÚÑEZ OJEDA, R., cit. (n. 5), p. 115.

<sup>22</sup> GARCÍA PINO, Gonzalo - CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *Diccionario constitucional*



vinculación entre tutela judicial y tutela cautelar, admitiendo simplemente esta última como un instrumento idóneo para conseguir el cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales.

### III. LA TUTELA CAUTELAR EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

#### 1. *La tutela cautelar y la actividad administrativa,*

La satisfacción de necesidades generales por parte de la Administración del Estado –misión propia y peculiar de ésta– puede, en ocasiones, pugnar con algunos derechos o intereses de particulares que se ven lesionados por la propia actuación estatal. Ello puede llevar a éstos a la interposición de recursos o acciones –como las denomina nuestro derecho– en contra de las actuaciones concretas que dicta la Administración del Estado, las que se establecen precisamente como medios de control de aquella y de garantía de los derechos e intereses de los particulares<sup>23</sup>.

Especial relevancia tendrán en esta materia los procesos o acciones judiciales, ya que ellos se encuentran previstos por el legislador como medios especiales de impugnación de los actos administrativos que se estiman ilegales por los particulares afectados, alegando que con ellos se lesionan sus derechos o intereses. Así, la ejecutividad de la decisión administrativa, efecto propio y peculiar del acto administrativo, como exigencia de la tutela privilegiada de los intereses públicos, puede entrar en colisión con la tutela concreta de derechos o intereses de particulares afectados por medio de una resolución judicial, lo que exige una ponderación adecuada y oportuna de ambos tipos de intereses<sup>24</sup>.

Es este escenario la tutela cautelar aparece, en el ámbito administrativo, como una herramienta fundamental para contrarrestar la potencialidad imperativa de la actuación administrativa, pues su objetivo será amparar temporalmente los derechos e intereses particulares afectados con la ejecutividad inmediata del acto administrativo, evitando los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la extensión temporal del proceso administrativo<sup>25</sup>. Así, a través de este remedio procesal específico, se limita o restringe

---

chileno, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (Santiago, Tribunal Constitucional 2014), pp. 311 ss.

<sup>23</sup> CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España*, en DAMSKY, Isaac Augusto - LÓPEZ OLVERA, Miguel - PÉREZ CRUZ, Xochitl (coordinadores), *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en Iberoamérica* (México D.F., 2009), p. 132.

<sup>24</sup> BORDALI SALAMANCA, A. - FERRADA BÓRQUEZ, J. C., cit. (n. 2), pp. 187-188.

<sup>25</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil* (traducción de S. Sentís y M. Ayerra, UTEHA, 1944), p. 243.

la ejecutoriedad de un acto o decisión administrativa, es decir, se resta eficacia ejecutoria a un acto antes de la eventual sentencia definitiva que declara la ilegalidad del acto, lo que se funda en los probables daños que éste podría generar para un particular, a partir de la existencia de ciertos elementos que permiten presumir inicialmente su ilegitimidad<sup>26</sup>.

En este sentido, es obvio que la extensión temporal del proceso administrativo impugnatorio –como también ocurre con el proceso civil– es uno de los problemas que se pretende solucionar a través de la tutela cautelar, la que, cualesquiera sean las medidas legislativas dispuestas, jamás puede ser eliminada totalmente. Así, independientemente de cual sea la naturaleza del proceso que pueda ventilarse en un caso concreto, entre la situación de hecho inicial de un juicio y el término del mismo, media necesariamente un período de tiempo durante el cual se prolonga el litigio, con todos los daños que del proceso, atendida su extensión, puedan derivarse para los derechos e intereses de los particulares<sup>27</sup>.

En este marco, una debida protección de los derechos e intereses de las personas, depende en muchas oportunidades que el órgano jurisdiccional, al conocer y fallar un asunto litigioso, pueda detener, retroceder o acelerar el curso del tiempo, sea impidiendo que cambie una situación, eliminando el cambio ocurrido, o bien, anticipando su ocurrencia<sup>28</sup>. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial “se satisface facilitando que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre su suspensión”<sup>29</sup>. En este sentido, la eficacia de una sentencia al interior de un proceso judicial aparece entonces como un elemento necesario de la actividad jurisdiccional, la que con una actividad preventiva impedirá la lesión o deterioro de los derechos que a la parte le puedan asistir<sup>30</sup>.

La tutela cautelar, en el contexto antes apuntado, se configura así como un límite a la eficacia inmediata del acto administrativo, ya que tendrá la virtualidad de suspender la aplicación de éste, mientras no se resuelva la

---

<sup>26</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Reflexiones sobre la justicia administrativa alemana*, en ABERASTURY, Pedro (coordinador), *Ley de la justicia administrativa alemana: análisis comparado y traducción* (Buenos Aires, 2009), p. 57.

<sup>27</sup> CARNELUTTI, F., cit. (n. 25), p. 243.

<sup>28</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A., *Temas*, cit. (n. 19), p. 141.

<sup>29</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona, Bosch, 2012), p. 92.

<sup>30</sup> CASSAGNE, Ezequiel, *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado de derecho procesal administrativo* (Buenos Aires, 2007), II, p. 343.

controversia planteada acerca de su legalidad. Lo anterior es razonable desde la perspectiva del Estado de derecho, ya que el principio de la ejecutividad de la decisión administrativa no puede operar prescindiendo o al margen de la garantía constitucional de la tutela judicial, la que actúa precisamente como un límite al mencionado principio de la ejecutividad administrativa.

## 2. *La tutela cautelar en la justicia administrativa comparada.*

En el derecho comparado existen buenos ejemplos de cómo opera la tutela cautelar en la justicia administrativa, lo que puede servirnos de referencia para analizar posteriormente el caso chileno. Así, en el caso alemán, por ejemplo, la tutela cautelar se construye a partir de la regla de la suspensión automática del acto (artículo 80,1 de la *Ley de la justicia administrativa* alemana de 1960 (en adelante VwGO), mecanismo característico y propio tanto del recurso administrativo previo como de la acción de anulación<sup>31</sup>. La doctrina dominante en Alemania considera que este efecto suspensivo de los recursos impugnatorios de actos desfavorables es una consecuencia del derecho a la tutela judicial establecido en el artículo 19,4 de la *Constitución*, considerándose esa medida cautelar como una respuesta apropiada para la protección efectiva de los derechos de los particulares frente al poder administrativo<sup>32</sup>.

Tal régimen cautelar, no obstante su aparente rigidez y contundencia, presenta algunas excepciones en las que se aparta del régimen suspensivo general automático, entre las que cabe destacar aquellas situaciones en que la propia Administración, de mano propia, decide instar por la ejecutividad inmediata del acto en cuestión en atención al interés público que la ejecución automática lleva envuelta<sup>33</sup>. En este sentido, como señala Schmidt-Assmann, “es posible que intereses públicos preponderantes justifiquen la relegación de la pretensión de tutela judicial del titular de un derecho fundamental para permitir que de este modo puedan ejecutarse a tiempo medidas inaplazables justificadas en la salvaguardia del interés general”<sup>34</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que la justicia administrativa alemana contempla también las denominadas órdenes provisionales, las que constituyen medidas de aseguramiento de un derecho o de regulación de una

---

<sup>31</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *La jurisdicción contenciosa administrativa en Alemania* (Madrid, Civitas, 1993), p. 217.

<sup>32</sup> SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid, Marcial Pons, 2003), p. 237.

<sup>33</sup> BACIGALUPO, Mariano, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, en *Revista de Administración Pública*, 128 (1992), p. 429.

<sup>34</sup> SCHMIDT-ASSMAN, E., cit. (n. 32), p. 237.

situación de hecho para los supuestos de denegación de un acto, al modo de una tutela innovativa<sup>35</sup>. Con ello se asegura una tutela cautelar más amplia que la mera suspensión del acto administrativo, sobre todo para aquellos casos en que la medida administrativa impugnada tiene un contenido no compatible con la mera paralización de los efectos ejecutivos del acto.

Por otra parte, en el caso de España, la tutela cautelar se ha ido construyendo progresivamente como una herramienta de mayor garantía de los ciudadanos frente al poder público, dando cada vez mayor espacio a la suspensión del acto administrativo como medida judicial protectora contra la actividad estatal. Así, si bien la regla general de la *Ley de la jurisdicción contenciosa administrativa* de 1956 era la no suspensión del acto administrativo, salvo casos excepcionales, optando por la protección del principio de la autotutela ejecutiva<sup>36</sup>, la *Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa* de 1998 (= LRJCA.) ha ampliado los supuestos de suspensión del acto administrativo por la impugnación administrativa, siendo ésta actualmente casi la regla general en materia impugnatoria, operando sólo en forma excepcional la ejecutividad del acto<sup>37</sup>. De este modo, esta nueva formulación de la tutela cautelar en España se inscribe, según un sector de la doctrina<sup>38</sup>, en la idea de que ésta constituye una expresión directa e inmediata de la tutela judicial en favor del particular, garantía consagrada constitucionalmente en ese país.

Además, como señala la doctrina, la ley española actual contiene una extraordinaria apertura en cuanto al tipo de medidas cautelares que se pueden solicitar por los particulares y decretar por los tribunales<sup>39</sup> sobre la base de una cláusula general de medidas cautelares innominadas<sup>40</sup>. Así, la ley permite la adopción de un amplio número de medidas cautelares, incluyendo medidas provisionales y anticipadas, facultándose, sin embargo, al órgano jurisdiccional, la posibilidad de denegar o anular la cautela requerida atendido la perturbación grave de los intereses generales o de terceros<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> CARRILLO, M., cit. (n. 1), p. 236.

<sup>36</sup> PARADA, Ramón, *Derecho administrativo. Parte general* (13ª edición, Barcelona, Marcial Pons, 2002), I, p. 733.

<sup>37</sup> CARRILLO, M., cit. (n. 1), p. 236.

<sup>38</sup> CHINCHILLA, C., *Las medidas*, cit. (n. 23), p. 139.

<sup>39</sup> PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa-administrativa en España*, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge - OTERO SALAS, Filiberto (coordinadores), *Justicia contenciosa administrativa* (México D.F., 2013), p. 503.

<sup>40</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional* (3ª edición, Madrid, Civitas, 2001), p. 375.

<sup>41</sup> DEL CACHO FRAGO, Antonio - GARCÍA ALÓS, Luis, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa* (Madrid, La Ley), p. 130.

Finalmente, es preciso señalar que el sistema cautelar español permite, incluso, la dictación de medidas inaudita parte, provisionalísimas, esto es, sin oír a la parte contraria, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en un caso determinado<sup>42</sup>. Estas circunstancias, según el Tribunal Supremo español, corresponden a aquellas que puedan implicar una perturbación de tal entidad que su reparación exija una decisión inmediata, sin esperar, como sería lo normal, a la tramitación completa del incidente cautelar (ATS 2098/2000).

Otro ejemplo más cercano, y de una tradición jurídica similar a la nuestra, es el caso del derecho argentino. Éste se caracteriza por la existencia de un régimen cautelar fraccionado, en el que coexiste, por un lado, la regulación procesal civil común (*Código Procesal y Civil Comercial de la Nación* (= CPCCN.), para el caso del contencioso administrativo provincial y, por otro, la regulación dispuesta en la reciente Ley N° 26.854, de abril de 2013, que establece el régimen aplicable a las medidas cautelares propias de las causas en las que el Estado Nación o Federal es parte o interviene<sup>43</sup>.

El primer régimen, el provincial, se caracteriza fundamentalmente por incorporar la denominada figura de la prohibición de innovar, propia del ámbito procesal civil común, para obtener la suspensión de los efectos de los actos administrativos<sup>44</sup>. A lo anterior debe agregarse el régimen cautelar dispuesto por las medidas innovativas o positivas de los artículos 232 CPCCN., las que complementan y hacen más integral la tutela cautelar en este ámbito<sup>45</sup>.

Por otra parte, el régimen cautelar federal creado por la Ley N° 26.854, incorpora ciertos rasgos particulares, tales como la posibilidad de obtener medidas cautelares dictadas por un juez incompetente, por razones de urgencia, pudiendo ella ser revisada por un tribunal de igual grado que en definitiva resulte competente<sup>46</sup>; la pretensión de evitar las denominadas

---

<sup>42</sup> PARADA, R., cit. (n. 36), p. 736.

<sup>43</sup> VALLEFÍN, Carlos, *Medidas cautelares frente al Estado: continuidades y rupturas* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2013), p. 17.

<sup>44</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*, en *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública: VI Jornadas Hispano-Argentina de derecho administrativo en homenaje al profesor Laureano López-Rodó* (Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2001), p. 211.

<sup>45</sup> LÓPEZ OLVERA, Miguel, *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Argentina*, en LÓPEZ OLVERA, Miguel (coordinador), *Estudios en homenaje a don Alfonso Nava Negrete* (México D.F., 2006), p. 97.

<sup>46</sup> SALGAN RUIZ, Leandro, *El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados aprobado por la ley 26.854*, en TUZIO, Alejandro (director), *Jurisprudencia argentina*, 11 (Buenos Aires, 2013), p. 59.

medidas autosatisfactivas, a fin de impedir la coincidencia entre el objeto de la cautela con la pretensión principal de la acción<sup>47</sup>; y la bilateralidad de la audiencia como requisito previo al otorgamiento de las medidas cautelares, cuestión que, sin embargo, según un sector de la doctrina, desnaturaliza la institución cautelar<sup>48</sup>. No obstante, la innovación más importante que incorpora la reciente legislación federal argentina es limitar el plazo dispuesto para la vigencia de las medidas cautelares decretadas en contra de la Administración federal (seis meses, prorrogable), el que opera previa ponderación del interés público comprometido en el caso concreto<sup>49</sup>.

Un último caso de referencia que podemos tener en cuenta, es el colombiano. La Ley N° 1437, de 2011, del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (= CPACA.), que reemplazó el antiguo *Código Contencioso Administrativo* de 1984, consagró un régimen cautelar en materia contenciosa administrativa cuyas raíces se encuentran en sede constitucional<sup>50</sup>. Esta nueva regulación buscó dar respuesta a las limitaciones que existían en esta materia, ya que sólo se contemplaba la suspensión provisional del acto como medida cautelar prototípica en contra de la actuación administrativa<sup>51</sup>. Además, para el otorgamiento de la medida, la ley establecía la concurrencia estricta de dos supuestos de hecho: la violación manifiesta de una norma superior y la prueba sumaria del perjuicio presente o futuro del acto. Esto último, según la doctrina<sup>52</sup>, constituía un serio obstáculo al ejercicio de la tutela cautelar en el ámbito contencioso administrativo, ya que elevaba los presupuestos procesales en demasía para la tutela judicial exigida.

---

<sup>47</sup> CABRAL, Pablo, *Las medidas cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos*, en TUZIO, Alejandro (director), *Jurisprudencia argentina*, 11 (Buenos Aires, 2013), p. 35.

<sup>48</sup> ARAZI, Ronald, *El Estado y las medidas cautelares (ley 26.854. Dossier sobre medidas cautelares en la que el Estado es parte o interviene el Estado Nacional*, en TUZIO, Alejandro (director), *Jurisprudencia argentina*, 11 (Buenos Aires, 2013), p. 6.

<sup>49</sup> VALLEFIN, C., cit. (n. 43), p. 50.

<sup>50</sup> CASTAÑO PARRA, Daniel, *La protección cautelar en el contencioso administrativo colombiano: hacia un modelo de justicia provisional*, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 4 (2011), p. 311 [visible en internet: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&xpath%5B%5D=2815>]

<sup>51</sup> ARAUJO-OÑATE, Rocío, *Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuestas para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado*, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (2011), p. 278.

<sup>52</sup> CHAVARRO COLPAS, Roberto, *Análisis de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo colombiano desde una perspectiva constitucional*, en *Advocatus*, 18, p. 37 [visible en internet: <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/revistas2/index.php/advocatus/article/view/209>].

Ahora bien, la Ley N° 1437, de 2011, dejando atrás el modelo cautelar contencioso administrativo anterior, permite al juez colombiano, en cualquier estado del proceso, la adopción de medidas cautelares preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, con la finalidad de “*garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”, según reza el artículo 229 CPACA. En esta parte, la normativa colombiana es destacable, pues se ocupa de pormenorizar, en su artículo 230, un catálogo amplio de medidas cautelares en materia contenciosa administrativa, bajo una lógica que recoge tanto la cautela suspensiva como la innovativa, regulando, además, en el artículo 234, el otorgamiento de medidas inaudita parte, es decir, sin notificación de la parte contraria.

De lo sucintamente expuesto es posible concluir que los sistemas de tutela cautelar en la justicia administrativa comparada de referencia se caracteriza por su extensa operatividad, actuando intensa y ampliamente como un contrapeso necesario a las potestades unilaterales y ejecutorias de la Administración del Estado. Así se consagra a la suspensión como la medida cautelar prototípica y general en esta materia, a la que se suma la tutela cautelar innovativa con el fin de asegurar la debida protección de los derechos e intereses de los particulares. Aún más, las últimas tendencias en el derecho comparado son a flexibilizar y rebajar las exigencias procesales para el otorgamiento de estas medidas, abriendo incluso la posibilidad de su otorgamiento sin audiencia de la parte contraria, con el objetivo de asegurar el éxito de la pretensión particular frente al retardo de la decisión jurisdiccional. Ello, lógicamente, se construye sin olvidar los intereses generales o públicos que se ven envueltos en este tipo de controversias judiciales, elemento de especial relevancia y contrapunto indispensable de los derechos e intereses particulares en juego.

#### IV. EL SISTEMA DE TUTELA CAUTELAR EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA CHILENA

##### 1. *La situación general y la tutela cautelar derivada del “Código de Procedimiento Civil”.*

Nuestro sistema de tutela cautelar en el ámbito de la justicia administrativa presenta un rasgo característico: es extremadamente fragmentado. Esto es consecuencia lógica del gran número y variedad de procedimientos contenciosos administrativos existentes en nuestro derecho, careciendo de una normativa uniforme y orgánica que permita ordenar esta materia<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno*, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime - MARTÍNEZ ESTAY, José

Lo anterior es bastante obvio si se tiene en cuenta que existen cerca de un centenar y medio de procedimientos judiciales especiales en esta materia, cada uno con una regulación muy diversa, lo que evidentemente es una anomalía en nuestro entorno jurídico<sup>54</sup>.

Ello, como ya indicé, también afecta a la tutela cautelar, materia en la que se presentan soluciones diversas e inorgánicas, sin que sea posible divisar, de un modo claro, los criterios o elementos que definen y caracterizan nuestro sistema contencioso administrativo en este ámbito. De este modo, en nuestro derecho no es fácil enunciar una teoría general de la tutela cautelar en materia de justicia administrativa, lo que evidentemente hace muy difícil cualquier intento de sistematización en este campo. La única formulación general que pudiera hacerse es aquella que deriva de la regulación general dispuesta para las medidas precautorias en el *Código de Procedimiento Civil*, la que es aplicable en forma supletoria a los procesos administrativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 CPC. En efecto, esta disposición permite aplicar las disposiciones del libro II del referido texto legal a los procedimientos que “*no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza*”, libro en el que precisamente se encuentran insertos los artículos 290 y 298 CPC. antes referidos.

Ahora bien, como indica Casarino, el carácter supletorio del libro II, permite aplicar, por expresa decisión del legislador, las disposiciones del juicio ordinario de mayor cuantía a todos los procedimientos judiciales chilenos, atendido su carácter de procedimiento general o común<sup>55</sup>. Por ello, el autor indica que si la acción deducida carece de reglamentación especial respecto a cuál será el procedimiento aplicable a la misma, entonces se aplican las disposiciones del libro II CPC. De esta manera, y desde un punto de vista cuantitativo, la mayoría de los procedimientos contenciosos administrativos que existen en el derecho chileno, incluyendo el contencioso general de la denominada acción de nulidad de derecho público, como se advirtió, en los cuales el legislador ha guardado silencio, quedan cubiertos por esta regulación general, salvo las prohibiciones expresas que establece la ley.

No obstante, esta regulación procesal civil contiene algunas limitaciones que impide afirmarla como una formulación general en esta materia, que

---

Ignacio - ROMERO SEGUEL, Alejandro (editores), *Litigación pública* (Santiago, 2011), pp. 120 ss.

<sup>54</sup> MARCER, Ernesto, *La historia de la demandabilidad estatal en el derecho federal argentino y la necesidad de una regulación uniforme en el derecho de Chile*, en *Actas del Congreso Internacional en Homenaje al centenario de la Escuela de derecho de la Universidad de Valparaíso* (Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 2012), I, pp. 451-452.

<sup>55</sup> CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal* (Santiago, 2005), p. 25.



sistematice y establezca un estándar común para la justicia administrativa. En primer lugar, por su propia naturaleza de norma supletoria, sus alcances son limitados, ya que opera sólo en defecto de regulación especial disponible. En segundo lugar, porque esta regulación procesal civil es claramente incompleta —desde la perspectiva del derecho administrativo— ya que no hace mención directa a una de las medidas cautelares típicas de la justicia administrativa, como sería la suspensión del acto administrativo, aun cuando pudiera colegirse ella —y así se ha hecho en algunos casos— de las mismas normas generales dispuestas en el *Código de Procedimiento Civil*<sup>56</sup>. Así, la ausencia de una medida suspensiva en el seno de una regulación contenciosa común, ha llevado a la utilización de medidas tales como la orden de no innovar —circunscrita principalmente al ámbito del recurso de protección— para obtener la suspensión del acto, alternativa cautelar que, conforme a su actual reglamentación carece, del mismo modo, de la aptitud necesaria para ser calificada en forma favorable como herramienta propia del contencioso administrativo y en cuya aplicación tomará relevancia la elección de la acción contenciosa pertinente.

## 2. *La tutela cautelar en la justicia administrativa especializada chilena.*

Sin perjuicio de lo expuesto, a partir de la revisión de la normativa especial que contienen los diversos procesos administrativos en nuestro derecho, es posible reconocer algunas características de la regulación de la tutela cautelar en nuestra justicia administrativa, en particular, de la justicia administrativa especializada. Al efecto, se puede elaborar una tipología de la tutela cautelar, distinguiendo al menos cuatro clases de procesos: *a)* Procesos en los que la ley regula expresamente la posibilidad de tutela cautelar, a través de la orden de no innovar; *b)* Procesos en los que la ley prevé otras medidas cautelares distintas a la orden de no innovar; *c)* Procesos en los cuales la ley niega derechamente la tutela cautelar; *d)* Procesos en los cuales la ley nada indica al respecto.

*a)* Procesos administrativos en los que la tutela cautelar está expresamente consagrada en la ley como orden de no innovar. En este primer grupo de procesos se encuentran, entre otros, el recurso de protección (artículo 20 CPol. y su autoacordado de 1992), el reclamo de ilegalidad municipal [artículo 151 letra e) de la *Ley orgánica constitucional de municipalidades*], el reclamo de ilegalidad regional [artículo 108 letra e) de la *Ley orgánica constitucional sobre gobierno y administración regional*], el proceso de impugnación de la resolución que pone término en forma anticipada a los arrendamientos celebrados por el Fisco (artículo 80 inciso

---

<sup>56</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A. - FERRADA BÓRQUEZ, J. C., cit. (n. 2), pp. 206-207.

4° del Decreto-ley N° 1939 sobre normas de adquisición, administración y disposición de bienes del Estado); y las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas en contra de la Superintendencia de Salud (artículo 113 del Decreto con fuerza de ley N° 1 de 2006, del Ministerio de Salud).

En todos estos procesos judiciales, como ya se indicó, la tutela cautelar se ejerce a través de la orden de no innovar, medida procesal dispuesta por la ley principalmente para suspender el acto administrativo impugnado, mientras se desarrolla el procedimiento y se dicta sentencia definitiva por el tribunal competente. En este ámbito, una de las principales dificultades procedimentales que enfrenta esta medida, es la escasa regulación existente para su tramitación y discusión, lo que lleva en la práctica a una débil fundamentación de los tribunales en la concesión o no de aquella, siendo prácticamente inexistente el debate jurídico para su otorgamiento. Ello lleva a un sector de la doctrina a sostener que la resolución judicial que se dicta en esta materia es a menudo arbitraria, ya que no hay motivación que explique las razones que tuvo el tribunal para resolver la petición realizada por el particular<sup>57</sup>.

Por otro lado, la orden de no innovar, como ya se adelantó, se ha restringido tradicionalmente a tener un contenido marcadamente suspensivo, sin extenderse a otros contenidos posibles propios de la tutela cautelar. Tal escenario exige plantearse acerca de la admisibilidad de la cautela innovativa en la orden de no innovar, lo que es muy relevante a propósito de controversias jurídicas con la Administración del Estado en que se requiere una tutela anticipada urgente del derecho, ya que no es posible esperar la resolución judicial de fondo.

Pues bien, la respuesta a esta interrogante pareciera exigir la distinción entre el recurso de protección del resto de los procesos contenciosos que contemplan dicha medida. En efecto, como indica Soto Kloss<sup>58</sup>, en el caso del recurso de protección sería la propia *Constitución* la que permitiría, en principio, la posibilidad de una tutela cautelar innovativa, y no sólo suspensiva, ya que su artículo 20, que lo establece, habilita al tribunal para adoptar “*de inmediato las providencias que juzgue necesarias*”, lo que incluiría, evidentemente, medidas innovativas. No obstante, en la práctica, nuestra jurisprudencia ha sido muy restrictiva en esta materia; solo existen casos excepcionales en los que las Cortes de Apelaciones han otorgado esta tutela, especialmente en casos de afectación grave al derecho a la vida

---

<sup>57</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Protección constitucional y cautela judicial. La orden de no innovar en el recurso de protección*, en *Gaceta Jurídica* (Santiago, 1992), p. 27.

<sup>58</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982), p. 413.

o integridad física de una persona (ejemplos, “Rojas y otros con Servicio de Salud”, rol 3025-2001 y “Riquelme con Hospital Las Higueras de Talcahuano”, rol 1171-2012).

En los otros procedimientos contenciosos administrativos que admiten la orden de no innovar, no existe tal resorte constitucional, ni tampoco regulación legal similar, por lo que, en principio, la tutela cautelar otorgada sólo podría alcanzar a la suspensión del acto administrativo impugnado o reclamado. Este es, precisamente, el criterio que nuestros tribunales han adoptado, por ejemplo en el reclamo de ilegalidad municipal, admitiéndose cautela solo en el sentido suspensivo (por ejemplo, en “Lautaro Ríos con I. Municipalidad de Viña del Mar”, rol 1612-2010), pero sin llegar a dar lugar a tutelas innovativas que supongan un acceso anticipado y previo de lo demandado por el particular.

b) Procesos administrativos en los que se contempla la posibilidad de impetrar medida cautelar, pero distinta a la orden de no innovar. En este grupo de casos se encuentran todos los procesos contencioso-administrativos en los que la ley dispone expresamente la existencia de una medida cautelar disponible para el tribunal, pero ella se configura de una forma distinta de la orden de no innovar. Aquí se encuentran todos los casos en que el legislador ha dispuesto expresamente la suspensión del acto o del procedimiento administrativo como medida cautelar específica disponible para el tribunal, lo que permitirá al tribunal paralizar la actividad de la Administración del Estado mientras se resuelve la cuestión de fondo sometida a su decisión<sup>59</sup>. Esto ocurre, entre otros casos, en el proceso de reclamación dispuesto ante el Tribunal de Contratación Pública (artículo 25 de la Ley N° 19.886 sobre *Contratos de suministro y prestación de servicios*), en el procedimiento de tutela laboral en contra de una actuación de la Administración del Estado (artículo 492 CTrab.) o la impugnación de un acto discriminatorio realizado por ésta (artículo 7 de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación).

Conviene recordar, en este punto, la distinción que un sector de la doctrina ha formulado entre la orden de no innovar y la suspensión del acto, como medidas cautelares disponibles para las partes en un proceso administrativo<sup>60</sup>. En la primera, la orden de no innovar, según esta doctrina, los efectos de la resolución judicial son más restringidos en el ámbito temporal, pues sólo mantiene el estatus quo tal cual existía al decretarse la resolución judicial que la otorga, impidiendo alteraciones de hecho posteriores. Al contrario, en la suspensión del acto, se ataca los efectos del

---

<sup>59</sup> TAVOLARI OLIVEROS, R., cit. (n. 57), p. 23.

<sup>60</sup> SOTO KLOSS, E., cit. (n. 58), p. 413.

acto mismo, desde la dictación del acto por parte de la Administración del Estado, al margen de cuándo se haya decretado la medida cautelar.

Una situación particular es la que establece la Ley N° 20.600, que creó los tribunales ambientales. En este caso el legislador ha dispuesto una tutela cautelar amplia, permitiendo medidas conservativas o innovativas, dependiendo de cuáles sean “necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento” (artículo 24). Así, en este caso, se contempla un sistema amplio de tutela cautelar, ajustado a las necesidades actuales que demanda un conflicto de este tipo<sup>61</sup>, pero cuya originalidad y apertura destaca en el concierto de la justicia administrativa nacional.

c) Procesos en los cuales la ley prohíbe la dictación de una medida cautelar. Por otra parte, es posible advertir casos en los cuales el legislador nacional regula la tutela cautelar, pero en términos negativos, impidiendo de un modo absoluto la posibilidad de que operen medidas de este tipo, atendido los bienes jurídicos que se encuentran en juego. Este es el caso de la *Ley general de bancos* (artículo 22 del Decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda), que junto con negar el efecto suspensivo del reclamo judicial que impugne algunas de las medidas administrativas intrusivas que disponga la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, impide incluso a la Corte de Apelaciones respectiva disponer la suspensión de éstas, lo que constituye toda una singularidad en nuestro derecho. Esto constituye una excepción calificada al derecho a la tutela cautelar, lo que incluso puede ser cuestionable desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial.

Distinta es la situación que ocurre en otros casos, en que el legislador ha dispuesto una norma que aclara que la interposición del reclamo judicial en contra del acto administrativo no lo suspende automáticamente, ya que en tales circunstancias no está impidiendo la tutela cautelar, sino sólo señalando que ella no opera de forma automática. Esto es lo que sucede en los procesos judiciales dispuestos en el reclamo de ilegalidad en contra actos dictados por la Superintendencia de Servicios Sanitarios (artículo 32 de la Ley N° 18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios), en la impugnación judicial de la sanción de suspensión en el ejercicio de las funciones de síndico o administrador provisional (artículo 8° número 5 de la Ley N° 18.175 que fija el nuevo texto de la *Ley de quiebras*) y en el reclamo judicial en contra de la resolución del Ministerio de Salud

---

<sup>61</sup> PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco, *La tutela cautelar en los procesos de nulidad ante los tribunales ambientales*, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coordinador), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno* (Santiago, 2013), p. 568.

que sanciona infracciones de los particulares en las prestaciones de salud (artículo 143 del Decreto con fuerza de ley N° 1 de 1996, del Ministerio de Salud). En todos estos casos, la Corte de Apelaciones respectiva podría eventualmente dictar una medida cautelar, de acuerdo a las reglas generales dispuestas en nuestro ordenamiento jurídico, pero ello no opera de forma automática con la sola interposición del reclamo judicial.

d) Procesos en los que ley no dispone una regla especial. Por último, nos encontramos en el ordenamiento jurídico chileno con todos los demás procesos en los que el legislador simplemente guardó silencio respecto a la posibilidad de impetrar tutela cautelar en su tramitación. Estos son los casos más numerosos, y entre ellos se encuentran la mayoría de los reclamos de ilegalidad o procedimientos judiciales de impugnación de los actos dictados por la Administración del Estado, incluida la denominada acción de nulidad de derecho público, como ya se adelantó. En estos casos, por aplicación supletoria según el artículo 3 CPC., se aplican las medidas precautorias establecidas en los artículos 290 ss., como reglas propias del juicio ordinario de mayor cuantía (libro II CPC.), lo que debe entenderse más como una consecuencia natural de esta regla de supletoriedad, que como una opción normativa de nuestro legislador.

Así, en más de setenta procedimientos contenciosos administrativos especiales establecidos en el ordenamiento jurídico chileno no existe norma legal alguna que se refiera a la tutela cautelar, debiendo necesariamente acudir a las reglas del *Código* para solicitarla. De este modo, los particulares que deseen impetrar tutela cautelar ante el tribunal respectivo, por ejemplo, solicitando la suspensión del acto administrativo o la imposición de otra medida cautelar, deberán fundar su petición en los artículos 290 ss. CPC., haciendo aplicación supletoria de estas normas dispuestas para los procesos civiles.

Es evidente que en estas circunstancias lo que opera es una aplicación extensiva de las normas procesales civiles, ya sea invocando una de las medidas precautorias establecidas en el artículo 290 CPC., particularmente la “prohibición de celebrar actos o contratos”, o alegando el poder cautelar innominado de los tribunales que reconoce tácitamente el artículo 298 CPC., solicitando, en ambos casos, la suspensión del acto administrativo u otra medida cautelar aplicable a la controversia<sup>62</sup>. Así, la suspensión del acto administrativo, como medida prototípica en la justicia administrativa, aparece como un mecanismo excepcional y con un débil fundamento normativo, lo que evidentemente afecta, desde un punto de vista práctico, su otorgamiento habitual por los tribunales de justicia.

---

<sup>62</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A. -, FERRADA BÓRQUEZ, J. C., cit. (n. 2), pp. 206-207.

Lo anterior se concluye fácilmente a partir de un análisis empírico muy somero de la práctica judicial seguida por nuestros tribunales, en los que nos encontramos muy pocos casos en los que éstos otorguen la medida cautelar solicitada, operando como regla general la eficacia inmediata e incontrarrestable del acto administrativo impugnado. Así, no es extraño que los operadores jurídicos prefieran utilizar procedimientos judiciales en los que sí está reconocida directamente la tutela cautelar, aun cuando no sea el idóneo para resolver la controversia de fondo, como sucede con el recurso de protección y la orden de no innovar.

#### V. LA EVALUACIÓN Y DESAFÍOS DE LA TUTELA CAUTELAR EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA ACTUAL Y SU APLICACIÓN AL CASO CHILENO

Una vez revisada la tutela cautelar en la justicia administrativa comparada de referencia y chilena, creemos que es posible a estas alturas formular brevemente algunos criterios y desafíos que enfrenta esta materia en la situación actual, especialmente teniendo como referencia los problemas más acuciantes del contencioso administrativo chileno.

1. *Todo sistema de justicia administrativa debe velar por la adecuada fundamentación de las resoluciones judiciales que otorgan o deniegan las medidas cautelares solicitadas por las partes afectadas.*

Como señala Díez-Picazo, el derecho a la tutela judicial involucra el derecho de las partes a obtener del órgano jurisdiccional un pronunciamiento razonado, motivado acerca de las peticiones que le puedan plantear las partes<sup>63</sup>. Dicha exigencia, que se considera una expresión normal del Estado de derecho, es también aplicable a la tutela cautelar, ya que la resolución que se pronuncia sobre su procedencia o no también está contenida finalmente en una sentencia judicial, en sentido amplio.

Pues bien, como se advirtió, en nuestro sistema de justicia administrativa, sea en los procesos en que se establece la orden de no innovar u otra medida cautelar específica, o en aquellos procesos en que se aplica supletoriamente la normativa procesal civil, no se exige al tribunal la fundamentación de la decisión judicial, lo que hace habitual la inexistencia de ésta. Ello impide a las partes conocer las razones que llevan al tribunal a conceder o no la medida cautelar solicitada, lo que evidentemente afecta la existencia plena de un procedimiento racional y justo como lo exige la propia *Constitución Política* de la República.

---

<sup>63</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de derechos fundamentales* (Navarra, Civitas, 2008), p. 430.

Como indica la doctrina española, no existe razón que permita sostener la ausencia de fundamento de una resolución judicial, pues el motivo y la congruencia de la sentencia es una cuestión que emana de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva<sup>64</sup>. De esta forma, la imposición de la obligación a los jueces de fundamentar las resoluciones cautelares que pronuncien, aparece como necesaria desde la perspectiva de la tutela judicial o del debido proceso, según el caso, cuyo incumplimiento lleva aparejada una violación grave de un derecho reconocido normalmente como fundamental en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

*2. Un sistema cautelar en materia administrativa debiera precisar los supuestos básicos que harán procedente la tutela cautelar y los elementos que deben tenerse en cuenta para la aplicación de ésta.*

Como ya se señaló, las medidas cautelares, en término generales, participan de dos requisitos indispensables para su otorgamiento: el humo de buen derecho y el peligro en la demora<sup>65</sup>. Sin embargo, tal configuración cautelar, esencialmente propia del sistema del derecho privado, no considera otros elementos que se estiman indispensables a tener en cuenta en el ámbito contencioso administrativo, particularmente los intereses generales o públicos envueltos en controversias jurídicas de esta naturaleza.

En este contexto, una cuestión que debe tenerse en cuenta en la decisión judicial, atendidas las características propias de la decisión administrativa, especialmente su ejecutividad, es la ponderación de todos los intereses en juego y, en particular, el interés público o general comprometido con la actividad administrativa que se impugna. Este interés caracteriza y fundamenta la actuación administrativa, fin que debe ser protegido especialmente por el ordenamiento jurídico, lo que constituye un presupuesto adicional para la tutela cautelar en este ámbito<sup>66</sup>.

En este sentido, el artículo 130 LRJCA. española precisa la necesidad de ponderar en forma circunstanciada todos los intereses enfrentados en el proceso, entre los que se encuentran, desde luego, el interés público o general<sup>67</sup>. Ello no implica, evidentemente, una prevalencia necesaria de éste por sobre los intereses o derechos privados involucrados en la controversia, sino la consideración de aquel por el juez al momento de resolver su procedencia o no en un caso determinado<sup>68</sup>.

Nuestro sistema de justicia administrativa, como fácilmente puede

---

<sup>64</sup> PICÓ I JUNOY, J., cit. (n. 29), p. 77.

<sup>65</sup> ROMERO SEGUEL, A., cit. (n. 20), pp. 58-59.

<sup>66</sup> LÓPEZ OLVERA, M., cit. (n. 45), p. 110.

<sup>67</sup> CHINCHILLA, C., *Las medidas*, cit. (n. 23), p. 153.

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso*

advertirse, no menciona expresamente ninguna de estas consideraciones en la escasa regulación que hay sobre la materia, pues al estar principalmente fundado bajo una lógica iusprivatista omite cualquier reconocimiento al interés público en la discusión cautelar. Tal situación, es aún más evidente en el proceso civil común, supletorio como se dijo, de acuerdo al artículo 3 CPC., en que la regulación parte del supuesto de enfrentamiento entre intereses particulares, y en los que los intereses públicos o generales están ausentes de la controversia.

*3. Las medidas cautelares deberían concederse con o sin audiencia de la parte contraria, dependiendo de la materia de que se trate y el tipo de controversia jurídica planteada.*

La regla general en materia de justicia administrativa debiera ser que las medidas cautelares se otorguen previa audiencia de la contraparte, como un requisito básico de toda resolución judicial<sup>69</sup>. Sin embargo, existen ciertos casos en los que el otorgamiento de la medida, para su eficacia, debe concederse sin audiencia de la contraparte, constituyendo un supuesto excepcional que debe estar claramente regulado por el legislador<sup>70</sup>.

Nuestro sistema de justicia administrativa no regula con claridad las situaciones bajo las cuales será válida la dictación de medidas cautelares inaudita parte, al modo del artículo 135 LRJCA. española o de las medidas autosatisfactivas del derecho argentino<sup>71</sup>. La jurisprudencia de nuestros tribunales en esta materia vacila permanentemente, sin dejar claro si es posible resolver derechamente las solicitudes planteadas de esta forma u otorgar tramitación incidental a éstas.

Así, por ejemplo, en materia de contratación administrativa, el Tribunal de la Contratación Pública ha resuelto en algunos casos derechamente el otorgamiento de la medida, sin conceder a audiencia a la contraparte (entre otros, “Pharmamérica Limitada con Hospital Clínico Regional Dr. Guillermo Brant Benavente”, rol 120-2013; “Automática y Regulación S.A. con Intendencia de la Segunda Región de Antofagasta”, rol 261-2013). Esto contrasta con otros casos en que el mismo Tribunal dispuso a estas mismas solicitudes una tramitación incidental, como cuestión procedimental previa al otorgamiento de esta medida (“Constructora Soto y Briceño con Dirección de Bienestar Social de la Armada”, rol 15-2012; “Sociedad de Responsabilidad B.A.F. Limitada Servicios Generales

---

*administrativa en España*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 28 (2006), p. 140.

<sup>69</sup> PÉREZ GÁLVEZ, J. F., cit. (n. 39), p. 515.

<sup>70</sup> CASSAGNE, J. C., *Reflexiones*, cit. (n. 26), p. 56.

<sup>71</sup> LÓPEZ OLVERA, M., cit. (n. 45), p. 118.



Limitada con Hospital Carlos Van Buren”, rol 1-2014). Desde luego se podría argumentar que en uno y otro caso estaban en juego bienes jurídicos distintos, lo que podría explicar probablemente la resolución diversa de estas solicitudes. Sin embargo, el criterio pareciera ser otro, la mayor o menor verosimilitud del derecho reclamado, criterio que desde luego no está consagrado en la ley y que sólo es posible deducir, dudosamente, de las resoluciones dictadas por el Tribunal.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestra práctica forense da cuenta de numerosos casos de otorgamiento de medidas cautelares sin audiencia de la contraparte, particularmente en la orden de no innovar. Esto se explica por la escasa regulación que tiene esta materia en el derecho chileno, en que habitualmente sólo se contempla la posibilidad de solicitar la medida, pero no se disponen de reglas procedimentales para su discusión y decisión. Muestra elocuente de ello es la mínima regulación del recurso de protección, en que el Autoacordado sólo contempla la existencia de la medida (numeral 3º), no disponiendo reglas para su tramitación.

4. *La justicia administrativa en general opta por un sistema abierto o cerrado de medidas cautelares, pero que proteja eficazmente los derechos e intereses de los particulares.*

En los sistemas de justicia administrativa se puede optar por un sistema abierto o cerrado de medidas cautelares. Los primeros—sistemas abiertos—son aquellos que se caracterizan por el establecimiento de un abanico amplio de medidas cautelares, no identificadas, dejando al criterio del juez su determinación, de acuerdo a lo solicitado por las partes y la naturaleza de la controversia jurídica planteada. En cambio, los sistemas cerrados suponen una identificación precisa de las medidas cautelares disponibles para las partes y el tribunal, las que son procedentes en cada caso, según las características del conflicto y los requisitos exigibles por la ley.

Así, por ejemplo, en el caso del sistema español se establece un sistema de numerus apertus de las medidas cautelares, lo que implica el reconocimiento de amplias potestades cautelares al juez, sin determinar precisamente su contenido. De este modo, el artículo 129,1 LRJCA. dispone que los interesados podrán solicitar “*la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de las sentencias*”, no disponiendo unas medidas precisas disponibles en esta materia. No obstante, la misma disposición señala requisitos formales específicos para la procedencia de la medida cautelar específica de suspensión de la actuación administrativa, en los casos en que “*se impugne una disposición general*”.

En este contexto, la doctrina comparada señala que la innominatividad de las medidas resulta ser una cuestión refleja del principio de la tutela

judicial, idea que se comporta de un modo más acorde con la “concepción del orden jurisdiccional cada vez menos revisor y más tendiente a conocer el conjunto de pretensiones que puedan suscitarse frente a la actuación u omisión de la administración”<sup>72</sup>. De este modo, las medidas cautelares, al configurarse al tenor del derecho constitucional a la tutela judicial, centran su atención en la protección de los derechos en juego de un modo extensivo, más allá de la mera revisión de la legalidad de la actuación administrativa<sup>73</sup>.

En el caso chileno, atendidas las características de dispersión y pluralidad procedimental existente en la justicia administrativa ya apuntada, no es posible definir con precisión la existencia de un modelo cerrado o abierto de tutela cautelar. No obstante, pareciera predominar una tendencia bastante asentada, en los casos en que la materia se encuentra regulada, por un sistema cerrado de medidas cautelares, en que predomina la orden de no innovar y la suspensión del acto como medidas específicas disponibles para las partes y el juez al conocer de la impugnación de un acto administrativo.

Sin embargo, como ya se señaló, tanto la orden de no innovar como la regulación procesal civil —esta última, como ya se dijo, de aplicación supletoria por la justicia administrativa y de amplia operatividad—, permiten la adopción de medidas cautelares no predefinidas, ampliando las posibilidades cautelares del juez en el caso específico. Así, más por defectos regulatorios que opciones específicas, el sistema de justicia administrativa en nuestro país permitiría, en principio, una amplia gama de medidas cautelares, las que, sin embargo, como ya se expuso, tienen escasa operatividad práctica. Excepción calificada a esta situación es la regulación recientemente dispuesta para la justicia ambiental, en que el legislador dispuso la posibilidad de decretar medidas cautelares conservativas e innovativas, no determinando su contenido específico (artículo 24 de la Ley N° 20.600).

*5. Un sistema cautelar debe tener una preocupación fundamental por la suspensión del acto administrativo, como medida cautelar básica para proteger eficazmente los derechos e intereses afectados por el acto administrativo.*

Como ya se señaló, la suspensión del acto administrativo impugnado es la medida cautelar básica disponible para la justicia administrativa, la que se erige como contrapartida natural a la potencialidad ejecutoria de la actividad estatal, sobre todo en aquellos casos en que se impugna la legalidad de un acto administrativo. Esto lleva a algunas legislaciones —

---

<sup>72</sup> RODRÍGUEZ ARANA, J., cit. (n. 68), p. 141.

<sup>73</sup> CORDÓN MORENO, Faustino, *Tres cuestiones sobre el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativo en España*, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio - ROMERO SEGUEL, Alejandro (editores), *Litigación pública* (Santiago, 2011), p. 103.

Alemania es el mejor ejemplo de ello, como ya se expuso— a optar por un modelo de suspensión automática del acto por la mera impugnación del mismo —salvo las excepciones que establece la ley— lo que se fundaría en el propósito de hacer efectiva la tutela judicial de los ciudadanos frente al poder administrativo<sup>74</sup>. En este sentido, la doctrina señala que, atendida la especial característica del objeto de la impugnación —un acto jurídico dotado de plena ejecutividad y presumido de legalidad—, aquel no pueda ejecutarse, hasta que se discuta y resuelva, en definitiva, la suerte de la acción deducida<sup>75</sup>. A este respecto, declara Bacigalupo, en el sentido que la normativa que ha de regular la tutela cautelar vinculada a los efectos suspensivos del acto, junto con normar tales supuestos, como aquellas hipótesis que precisen de la inmediata ejecución del acto, debe ocuparse de ciertos aspectos como lo es el inicio del efecto suspensivo y la duración de aquel efecto<sup>76</sup>.

En Chile, la escasa normativa destinada a regular la tutela cautelar casi no considera supuestos de suspensión automática de los actos administrativos por impugnación judicial. Al contrario, como se pudo ver, hay ciertos casos en que el legislador se preocupó especialmente de proscribir dicho efecto, llegando a limitar las potestades cautelares del juez, atendidos los intereses públicos comprometidos. Sólo excepcionalmente, producto de la gravedad del daño que sufre el particular, como es el caso de la expulsión de un extranjero o la aplicación de una sanción grave a un operador del mercado financiero (artículos 89 del Decreto-ley N° 1.094 y 46 del Decreto-ley N° 3.538, respectivamente), la ley chilena establece la suspensión automática del acto administrativo por la mera impugnación judicial del mismo, excepciones que precisamente confirman la regla general no suspensiva.

De este modo, la tendencia en nuestro país, en los casos en que existe regulación legal, es facultar al tribunal para suspender el acto administrativo a solicitud del particular afectado, pero siempre que concurran ciertas circunstancias que así lo ameriten, especialmente los elementos clásicos de “humo de buen derecho” y “peligro en la demora”. Ello ocurre, en particular, en los casos en que la ley habilita al tribunal para decretar una orden de no innovar, siendo discrecional para el tribunal acoger o no la solicitud del peticionario, la que, como ya se expuso, se resuelve sin fundamentación alguna e incluso sin audiencia de la contraparte.

---

<sup>74</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., cit. (n. 31), p. 217.

<sup>75</sup> CASSAGNE, J. C., *Reflexiones*, cit. (n. 26), p. 64.

<sup>76</sup> BACIGALUPO, M., cit. (n. 33), p. 424.

*6. El sistema de tutela cautelar debiera velar por la adecuada regulación de la tutela cautelar innovativa.*

Por último, un sistema de tutela cautelar que pretenda dar eficacia real al derecho a la tutela judicial debiera extender su contenido hacia medidas cautelares innovativas, superando las tradicionales y más clásicas conservativas. Ello es lo que ocurre en el derecho comparado de referencia, ya que se asume que la tutela cautelar debe tener relación con la naturaleza de la controversia planteada y la satisfacción de la finalidad de protección cautelar de los derechos e intereses de los ciudadanos afectados con la actuación administrativa.

En este contexto, el poder cautelar innovativo del juez supone habilitar a este último para imponer a la Administración del Estado no sólo prohibiciones o abstenciones a su actividad o impedir la ejecución del acto administrativo impugnado, sino, además, disponer verdaderas obligaciones de hacer para el ente administrador<sup>77</sup>. Respecto de éstas, la Administración del Estado queda bajo el mandato de realizar prestaciones positivas respecto al particular, las que pueden consistir, inclusive, en la ordenación de una situación que amplíe o favorezca los derechos del recurrente<sup>78</sup>. Estas medidas, permitirían obtener, sin mayores dilaciones, “lo que la Administración le niega al ciudadano”<sup>79</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, es evidente que nuestra tutela cautelar contenciosa administrativa es cuando mucho suspensiva, no capturando todos los supuestos cautelares que deben enfrentar a la actividad ejecutiva de la Administración del Estado. Así, falta en nuestro derecho una tutela innovativa clara, tanto en los procedimientos judiciales en los que se aplican las normas del Código de Procedimiento Civil, como en los otros procedimientos contenciosos especiales con regulación propia. Sólo excepcionalmente, por ejemplo, en el ámbito contencioso ambiental (artículo 24 de la Ley N° 20.600), como ya se mencionó, el legislador contempla la posibilidad de dictar medidas cautelares innovativas, dejando abierto su contenido específico.

## VI. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto es posible formular algunas conclusiones que pueden ser relevantes en esta materia:

1ª La tutela cautelar es una institución que se vincula estrechamente

---

<sup>77</sup> LÓPEZ OLVERA, M., cit. (n. 45), p. 116.

<sup>78</sup> CARRILLO, M., cit. (n. 1), p. 243.

<sup>79</sup> CASSAGNE, E., cit. (n. 30), p. 377.

con el derecho fundamental a la tutela judicial, señalando buena parte de la doctrina que aquella es una manifestación clara de esta última.

2<sup>a</sup> La tutela cautelar es considerada doctrinalmente como un elemento esencial de la justicia administrativa contemporánea, siendo la expresión necesaria y natural, como contrapartida, del carácter ejecutivo de los actos administrativos. Así, una justicia administrativa que no considere adecuadamente una tutela cautelar carece de un verdadero control judicial de la actividad administrativa, ya que el ciudadano se encuentra en una situación de desprotección frente a la Administración del Estado.

3<sup>a</sup> Esta tutela cautelar es reconocida y regulada ampliamente en el derecho comparado de referencia, existiendo cada vez más claridad en la doctrina y jurisprudencia comparada acerca de la importancia de ésta, así como de sus amplios alcances para controlar eficazmente a la Administración del Estado. Ello ha llevado a un perfeccionamiento cada vez mayor de las medidas cautelares disponibles para los particulares y sus efectos, conectando ello con la consideración tutelar de derechos e intereses de la justicia administrativa, superando el viejo dogma revisor de la actuación administrativa.

4<sup>a</sup> La regulación de la tutela cautelar en nuestro país es muy episódica, limitada y asistemática, careciendo de un verdadero sistema de tutela cautelar en la justicia administrativa. La ausencia de una regulación general en este ámbito, existiendo sólo algunas normas aisladas para algunos procedimientos especiales y una remisión general a las normas procesales civiles dispuestas en el Código *Procedimiento Civil*, dan cuenta de un vacío que la doctrina y la jurisprudencia no han podido suplir.

5<sup>a</sup> Por último, los desafíos que impone la tutela cautelar en la justicia administrativa actual no han sido abordados por nuestro derecho administrativo, dejando en evidencia las limitaciones que presenta nuestro ordenamiento jurídico en esta materia.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*, en *Revista de derecho*, 22 (Valdivia, 2009) [visible en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v22n1/art09.pdf>].

ARAUJO-ONATE, Rocío, *Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuestas para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado*, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (2011).

ARAZI, Ronald, *El Estado y las medidas cautelares (ley 26.854. Dossier sobre medidas cautelares en la que el Estado es parte o interviene el Estado Nacional*, en TUZIO, Alejandro (director), *Jurisprudencia argentina*, 11 (Buenos Aires, 2013).

BACIGALUPO, Mariano, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, en *Revista de Administración Pública*, 128 (1992).

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés - FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *Estudios de justicia administrativa* (Santiago, LexisNexis, 2008).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, en *Revista Chilena de derecho*, 38 (2011) [visible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000200006&script=sci_arttext)].
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Temas de derecho procesal constitucional* (Santiago, Editorial Fallos del Mes, 2002).
- CABRAL, Pablo, *Las medidas cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos*, en TUZIO, Alejandro (director), *Jurisprudencia argentina*, 11 (Buenos Aires, 2013).
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil* (traducción de S. Sentís y M. Ayerra, UTEHA, 1944).
- CARRILLO, Marc, *La justicia cautelar como garantía de los derechos fundamentales, ahora*, en FERRER MAC-GREGOR Eduardo - ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (México, D.F., 2008), IV.
- CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal* (Santiago, 2005).
- CASSAGNE, Ezequiel, *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo, ahora* en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado de derecho procesal administrativo* (Buenos Aires, 2007), II.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo, ahora* en *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública: VI Jornadas Hispano-Argentina de derecho administrativo en homenaje al profesor Laureano López-Rodó* (Madrid, 2001).
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Reflexiones sobre la justicia administrativa alemana, ahora*, en ABERASTURY, Pedro (coordinador), *Ley de la justicia administrativa alemana: análisis comparado y traducción* (Buenos Aires, 2009).
- CASTAÑO PARRA, Daniel. 2011. *La protección cautelar en el contencioso administrativo colombiano: hacia un modelo de justicia provisional*, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 4 (2011), p. 311 [visible en internet: <http://revistas.uexnado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=2815>].
- CORDÓN MORENO, Faustino, *Tres cuestiones sobre el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativo en España*, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio - ROMERO SEGUEL, Alejandro (editores), *Litigación pública* (Santiago, 2011).
- CHAVARRO COLPAS, Roberto, *Análisis de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano desde una perspectiva constitucional*, en *Advocatus*, 18, p. 37 [visible en internet: <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/revistas2/index.php/advocatus/article/view/209>].
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa* (Madrid, Civitas, 1991).
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España*, en DAMSKY, Isaac Augusto - LÓPEZ OLVERA, Miguel - PÉREZ CRUZ, Xochitl (coordinadores), *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en Iberoamérica* (México D.F., 2009).

- CHIOVENDA, Giuseppe, *La acción en el sistema de derechos* (traducción de S. Santís, Valparaíso, EDEVAL, 1992).
- DEL CACHO FRAGO, Antonio - GARCÍA ALÓS, Luis, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa* (Madrid, La Ley).
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de derechos fundamentales* (Navarra, Civitas, 2008).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno*, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio - ROMERO SEQUEL, Alejandro (editores), *Litigación pública* (Santiago, 2011).
- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Acotaciones a la influencia de la Ley de la Justicia Administrativa en la jurisdicción contencioso-administrativa española*, ahora, en ABERASTURY, Pedro (coordinador), *Ley de la justicia administrativa alemana: análisis comparado y traducción* (Buenos Aires, 2009).
- GARCÍA PINO, Gonzalo - CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *Diccionario constitucional chileno*, ahora en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 55 (Santiago, 2014).
- GARCÍA PINO, Gonzalo - CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *El derecho a la tutela judicial y el debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*, en *Estudios Constitucionales*, 2 (2013) [visible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n2/art07.pdf>].
- GIMENO SENDRA, Vicente, *El derecho a un proceso administrativo con todas las garantías*, ahora en *Los derechos fundamentales y libertades públicas* (Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993), II.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional* (3<sup>a</sup> edición, Madrid, Civitas, 2001).
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *La jurisdicción contenciosa administrativa en Alemania* (Madrid, Civitas, 1993).
- GOZAÍNI, Osvaldo, *La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional* (Buenos Aires, Ediciones DePalma, 1994).
- LÓPEZ OLVERA, Miguel, *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Argentina*, en LÓPEZ OLVERA, Miguel (coordinador), *Estudios en homenaje a don Alfonso Nava Negrete* (México D.F., 2006).
- MARCEY, Ernesto, *La historia de la demandabilidad estatal en el derecho Federal argentino y la necesidad de una regulación uniforme en el derecho de Chile*, ahora, en *Actas Congreso Internacional en Homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso* (Valparaíso, 2012), I.
- MARINONI, Luiz Guilherme - PÉREZ RAGONE, Álvaro - NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación* (Santiago, Legal Publishing, 2010).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La constitucionalización del proceso: El acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso*, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coordinador), *La constitucionalización del derecho chileno* (Santiago, 2003).
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo. Parte general* (13<sup>a</sup> edición, Barcelona, Marcial Pons, 2002), I.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, ahora, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge - OTERO SALAS, Filiberto (coordinadores), *Justicia contenciosa administrativa* (México D.F., 2013).
- PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona, Bosch, 2012).
- PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco, *La tutela cautelar en los procesos de nulidad ante los*

- tribunales ambientales*, ahora, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coordinador), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno* (Santiago, 2013).
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 28 (2006).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012).
- SALGAN RUIZ, Leandro, *El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados aprobado por la ley 26.854*, ahora, en TUZIO, Alejandro (director), *Jurisprudencia argentina*, 11 (Buenos Aires, 2013).
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid, Marcial Pons, 2003).
- SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Protección constitucional y cautela judicial. La orden de no innovar en el recurso de protección* (Santiago, Gaceta Jurídica, 1992).
- VALLEFÍN, Carlos, *Medidas cautelares frente al Estado: continuidades y rupturas* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2013).



