



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO  
TESINA DE DERECHO



# ***“Las medidas cautelares en la justicia administrativa chilena”.***

- **Autora:**  
Daniela Stefanie Estrada Eguiguren.
- **Profesor Guía:**  
Juan Carlos Ferrada Bórquez.

Octubre 2010.

## Tabla de Contenidos.

<u>Contenido</u>	<u>Página</u>
Introducción.....	5
I. Medidas cautelares en general.....	6
1. ¿Qué son las medidas cautelares?.....	6
2. Alcance de las medidas cautelares.....	7
3. Tutela cautelar como integrante de la Jurisdicción.....	8
4. ¿Cuáles son las características de las medidas cautelares?.....	10
4.1. Instrumentalidad.....	10
4.2. Provisionalidad.....	10
4.3. Homogenidad.....	11
4.4. Unilateralidad.....	11
4.5. Idoneidad.....	12
5. Presupuestos básicos de las medidas cautelares.....	12
5.1. Periculum in mora.....	12
5.2. Fumus boni iuris .....	13
5.3. Contracautela.....	14
6. Clases de medidas cautelares.....	14
7. Las medidas cautelares en el derecho procesal chileno.....	16
II. Las medidas cautelares en la justicia administrativa.....	20
1. ¿Qué son las medidas cautelares en la justicia administrativa?.....	20
2. El principio de proporcionalidad como nota distintiva de las medidas cautelares en la justicia administrativa.....	21
3. Fumus boni iuris en la justicia administrativa.....	23
4. ¿Cuáles son las medidas cautelares que existen en la justicia administrativa?.....	24

<u>Contenido</u>	<u>Página</u>
4.1. Suspensión del Acto Administrativo.....	24
4.2. Medidas cautelares positivas.....	26
III. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno.....	28
1. Las medidas cautelares en los procesos administrativos chilenos.....	28
1.1. Procesos administrativos especiales que contemplan medidas cautelares.....	28
1.2. Procesos administrativos especiales que prohíben la suspensión del acto impugnado.....	33
1.3. Los procesos administrativos especiales que carecen de regulación respecto de las medidas cautelares.....	34
2. ¿Carácter negativo o positivo de la medidas cautelares en Chile?.....	39
Conclusiones.....	41
Bibliografía.....	42
Anexo.....	51

**Tabla de Abreviaturas.**

<b>AARPGC:</b>	Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales.
<b>AE:</b>	Administración del Estado.
<b>CNT:</b>	Consejo Nacional de Televisión.
<b>DL.:</b>	Decreto Ley.
<b>DPP:</b>	Defensoría Penal Publica.
<b>DT:</b>	Dirección del Trabajo.
<b>IT:</b>	Inspección del Trabajo.
<b>LOCM:</b>	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.
<b>P:</b>	Página
<b>PP.:</b>	Páginas
<b>SBIF:</b>	Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.
<b>SEC:</b>	Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
<b>SEIA:</b>	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
<b>SENCE:</b>	Servicio Nacional de Capacitación y Empleo.
<b>SEREMI:</b>	Secretaria Regional Ministerial
<b>SISP:</b>	Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional.
<b>SSS:</b>	Superintendencia de Servicios Sanitarios.
<b>STC:</b>	Sentencia Tribunal Constitucional.
<b>STCo:</b>	Superintendencia de Telecomunicaciones.
<b>SVS:</b>	Superintendencia de Valores y Seguros.
<b>RIOR:</b>	Registro de Iglesias y Organizaciones Religiosas.

## **Las medidas cautelares en la justicia administrativa chilena.**

### **Resumen**

La presente tesina tiene como objeto determinar cuál es el régimen jurídico de las medidas cautelares aplicable en el proceso administrativo chileno. Consta de tres capítulos, el primero de estos se dedica analizar la generalidad de las medidas cautelares en base al proceso civil. El segundo capítulo trata las características esenciales y distintivas de las medidas cautelares en la justicia administrativa, destacando su relevancia como instrumento de los justiciables para proteger sus derechos frente al actuar de la Administración del Estado. Y en el último capítulo, se estudia en profundidad la situación de las medidas cautelares en Chile, en base de 35 procesos administrativos especiales previamente seleccionados.

### **Palabras claves**

Justicia Administrativa - Tutela Cautelar - Medidas Cautelares  
Proceso Administrativo - Suspensión del Acto Administrativo

## **Introducción.**

En la justicia administrativa chilena no existe una regulación completa y sistemática de las medidas cautelares. Partiendo de este presupuesto, la controversia jurídica relevante a tratar en la tesina es determinar cuál es el régimen jurídico de las medidas cautelares aplicable en el proceso administrativo chileno. En este sentido, como no está delimitado el régimen jurídico de las medidas cautelares se genera una serie de problemas y dudas de gran relevancia jurídica que hasta el momento no han sido tratados ni por la doctrina ni por la jurisprudencia chilena, omisión que implica en la práctica que los ciudadanos corran el riesgo de que sus derechos e intereses sean vulnerados por los organismos de la Administración del Estado.

El objetivo de este trabajo es constatar cuál es la situación de las medidas cautelares en los procedimientos administrativos chilenos, además de determinar la posible normativa aplicable en aquellos procesos que no contemplan regulación específica. Esta tesina parte de la hipótesis de que en el ámbito de la justicia administrativa chilena, las medidas cautelares carecen de un adecuado desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial.

El trabajo se estructurara en 3 capítulos. El primero de ellos dice relación con las medidas cautelares en general. El segundo capítulo se referirá a las medidas cautelares en la justicia administrativa. Y el último capítulo, tratará las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno.

La metodología a utilizar para este efecto es la doctrina comparada y chilena más connotada para la elaboración de los capítulos primero y segundo. Para el tercer capítulo, se utilizarán y analizarán 35 procesos administrativos especiales que han sido previamente seleccionados por el profesor guía.

## CAPITULO I

### LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

#### 1. ¿Qué son las medidas cautelares?

Con la lentitud de los procesos puede dar lugar a que cuando llegue la sentencia, ésta carezca de sentido. Es por ello que nace la necesidad de arbitrar instrumentos que garanticen los efectos de la sentencia. Las medidas cautelares constituyen un verdadero soporte sobre el cual se afianza el derecho a la jurisdicción. Otorgan vigencia al Estado de Derecho y la paz social.

En este sentido, las medidas cautelares son mecanismos que garantizan a las partes en un proceso jurisdiccional el cumplimiento eficaz de la sentencia, debido al riesgo que implica la demora de los procesos. En nuestra legislación no existe un concepto de medidas cautelares, el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil señala sólo cual es el objeto de estas medidas.

Según Calamandrei las medidas cautelares son aquellas resoluciones que se dictan durante el curso de un proceso y que tienen por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma” (2005: p. 45). El interés específico que justifica la emanación de una medida cautelar de este tipo es la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado de un retraso de una decisión jurisdiccional definitiva, es decir, la razón de ser la tutela cautelar es el denominado *periculum in mora*. La anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva, dirigida a prevenir el daño podría derivarse del retraso de la misma.

## **2. Alcance de las medidas cautelares.**

La doctrina está conteste que las medidas cautelares pertenecen a la categoría de tutela de urgencia. Es necesario señalar que en doctrina no es pacífico el tema respecto al alcance de las medidas cautelares. Algunos autores señalan que las medidas cautelares pueden tener un carácter autónomo.

En una noción restringida se entiende que la tutela cautelar no busca tutelar de un manera directa los derechos e intereses de los justiciables, sino que los tutela de manera indirecta o lejana, a través de la tutela del proceso principal (Bordalí y Ferrada, 2009: p. 190). En este sentido, las medidas cautelares no son nunca fines en si mismas, lo que hacen es asegurar la eficacia practica de la providencia definitiva pronunciada en el proceso sobre el mérito. Las medidas cautelares reguladas en el Código de Procedimiento Civil chileno suponen siempre e indispensablemente la existencia de un proceso sobre el mérito, en curso o por iniciarse

En un sentido más amplio, un sector de la doctrina considera que las medidas cautelares tienen una finalidad anticipativa. Plantean que la tutela cautelar debe estar destinada a permitir la eficacia del juicio, y la eficacia de la acción, debido a que en muchos casos esa eficacia sólo se obtiene anticipando la tutela. Se pregona de una tutela cautelar con autonomía funcional que la desligue de una relación necesaria con otro proceso principal o de mérito (Bordali y Ferrada, 2009: p. 191). El carácter de instrumental de la tutela cautelar para esta postura hay es concebida en términos amplios.

La doctrina tradicional critica el sentido amplio de la tutelar cautelar, debido a que una de la características esenciales de las medidas cautelares es su instrumentalidad, es decir, las medidas cautelares no constituyen un fin por si mismo, sino que dependen de un proceso principal. En este sentido, existe una confusión entre las medidas cautelares y las tutelas autosatisfactivas. Las medidas autosafisfactivas son aquellas que pretender dar una solución urgente y autónoma a la situación subjetiva deducida en el proceso, que se agota con su despacho favorable, sin que sea necesario iniciar un proceso posterior. Si bien es cierto, todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar. Las medidas

autosatisfactivas son una modalidad de la tutela de urgencia. Peyrano dice que las medidas autosatisfactivas no son medidas cautelares autónomas, por más que en la práctica se le haya calificado erróneamente (2008: p. 13). Ejemplo de medida autosatisfactiva en Chile, es el Recurso de Protección de Derechos Fundamentales consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

### **3. Tutela Cautelar como integrante de la jurisdicción.**

Parte de la doctrina señala que la noción de tutela cautelar integra el concepto de tutela jurisdiccional a que los justiciables tienen derecho frente a la inobservancia del derecho subjetivo. Como dice Tavolari, no sería integra ni verdaderamente eficaz la respuesta jurisdiccional, si a ella no se entendiera siempre perteneciente, esta actividad complementaria y asegurativa” (Tavolari, 1992: pp. 8-9).

Las medidas cautelares en algunos ordenamientos jurídicos son consideradas como parte de un derecho fundamental con contenido procesal. Es así, como en España se entiende que la tutela cautelar es parte de la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución española. Al considerar la tutela cautelar parte de la tutela judicial, trae consigo que las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias, sino, que se convierten en un instrumento de la tutela judicial ordinaria (Rodríguez-Arana, 2009: p. 446).

En este sentido, es necesario destacar la doctrina del auto de Tribunal Supremo de España, del 20 de diciembre de 1990 en que proclamó el derecho a la tutela cautelar.

*“Pero este Tribunal Supremo debe añadir que los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (art. 24), derecho que implica, entre otras cosas el derecho a una tutela cautelar.”* (Botia: 2007, p. 21)

En Chile, la noción de tutela judicial es recogida recientemente por la doctrina y jurisprudencia chilena, basándose en el profuso desarrollo del derecho europeo continental, en especial del derecho español. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que la tutela judicial es *“aquel (derecho) que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión”* (STC 1244/2008, considerando 10º, p. 44). Y la tutela judicial se consagra conforme al deber de promover y respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza del artículo 5 de la Constitución Política, contemplados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y en la Constitución Política. En este sentido la tutela judicial emana del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el ordenamiento jurídico chileno el derecho a la tutela judicial emana del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política. Al respecto, es necesario considerar el razonamiento del Tribunal Constitucional, que señala: *“(...) si la Constitución garantiza a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, esta protección comienza, necesariamente, por la garantía de acceder a los órganos encargados de la protección de los derechos. En consecuencia, debe entenderse que el artículo 19, número 3, de la Constitución Política asegura a toda persona el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales;”* (STC 792/2007, considerando 8º, p. 11).

Por tanto, si en doctrina y jurisprudencia nacional se reconoce la tutela judicial, por la misma razón se debe contemplar que dentro de la garantía de tutela judicial se encuentra la tutela cautelar.

Asimismo, la tutela cautelar integra la noción de jurisdicción, que se encuentra consagrada en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, en virtud del cual se señala que la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

Además de estar contemplada en el principio de igualdad ante la ley de la misma Carta Fundamental (Tavolari, 1992: p. 140).

#### **4. ¿Cuáles son las características de las medidas cautelares?**

La doctrina considera como características de las medidas cautelares la instrumentalidad, la provisionalidad, la homogeneidad, la unilateralidad y la idoneidad.

##### **4.1. Instrumentalidad.**

Las medidas cautelares no constituyen un fin por si mismo, sino que están destinadas a permitir el cumplimiento de la sentencia definitiva. No es posible iniciar un proceso con una finalidad cautelar. La tutela cautelar es en relación al derecho sustancial una tutela mediata, más que hacer justicia, contribuye a garantizar el funcionamiento de la justicia. En este punto, se explicará la instrumentalidad como carácter de las medidas cautelares siguiendo la noción de Calamandrei. Ahora bien, existen autores que plantean que la instrumentalidad de la tutela cautelar puede ser entendida como una vía que facilitaría los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.

La instrumentalidad de la medida cautelar según Calamandrei tiene como objeto asegurar la eficacia práctica de la providencia principal (2005: p. 73). Uno de las consecuencias de la instrumentalidad de la tutela cautelar, es la extinción ipso iure de sus efectos en el momento que se decreta, con la dictación de la sentencia. La medida cautelar ve con el nacimiento de la sentencia definitiva, agotada su función, cumplido su ciclo vital.

##### **4.2. Provisionalidad.**

Como las medidas cautelares se fundamentan en el *periculum in mora*, en el evento que desaparezca este peligro, deben alzarse, deben ser dejadas sin efecto. Las medidas cautelares son decretadas con la cláusula *rebus sin stantibus*, o sea, son decretadas mientras no cambien las circunstancias, puesto que cambiando las circunstancias deberán dejarse sin efecto.

El carácter de provisionalidad de las medidas cautelares, como dice Calamandrei tienen una duración limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la medida cautelar y la emanación de otra medida jurisdiccional (2005: pp. 36-37). En este sentido, tal como lo menciona el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, todas las medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes.

La provisionalidad de las medidas cautelares se justifica debido a que estas no tienen una declaración de certeza, sino que un cálculo de probabilidades, por tanto, no están destinadas a permanecer estáticas en el tiempo, si las circunstancias por las que fueron decretadas cambian, estas sí o sí están obligadas a desaparecer.

#### **4.3. Homogeneidad.**

Esta característica implica que la tutela otorgada a través de estas medidas guarda relación con la pretensión, pero no se traduce en la satisfacción de la pretensión. “La medida cautelar ha de estar orientada a la futura ejecución. Así, no tendría lugar en los procesos declarativos no constitutivos y sí sólo en los de condena” (Tavolari, 1994: p. 145).

#### **4.4. Unilateralidad.**

Son una excepción al principio del contradictorio o bilateralidad de la audiencia, pues estas medidas se pueden decretar de plano. En la doctrina se dice que pueden ser decretadas “inaudita altera pars”. No significa que se elimine el contradictorio, sino que se posterga o aplaza momentáneamente (Tavolari, 1994: p. 146).

#### **4.5. Idoneidad.**

Las medidas cautelares deben ser adecuadas al cumplimiento de sus fines. Una medida cautelar desproporcionada va más allá de los fines de lo que es la cautela, una medida cautelar desproporcionada causa un daño innecesario. Debe haber una correspondencia entre la afectación y la tutela que se busca resguardar. Las medidas cautelares “están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente” (Calamandrei 2005: p. 44).

La idoneidad de la medida debe proyectarse en la ejecución de la misma, dando estricto cumplimiento a los límites que le son inherentes (Romero 2001: p. 50).

### **5. Presupuestos básicos de las medidas cautelares.**

La doctrina considera como presupuestos básicos de las medidas cautelares el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y la contracautela.

#### **5.1. Periculum in mora.**

La medida cautelar tiene por objeto evitar el riesgo de ver frustrada la pretensión por el transcurso del tiempo en juicio. El *periculum in mora* es el fundamento necesario de toda actividad cautelar, de modo que sin él la tutela cautelar no tendría sentido de ser (Cortez, 1999: p. 113). El *periculum in mora* opera en el supuesto “de que no otorgase la medida cautelar solicitada, la duración del proceso principal pudiera convertir en eficaz un eventual fallo estimatorio de la pretensión principal, ocasionándole de este modo al demandante un perjuicio grave e irreparable. (Bacialupo, 1999: p. 67).

Este presupuesto contiene dos elementos configuradores: la demora y el peligro, “Si bien en abstracto pueden concebirse por separado entendiéndose el primero es sólo la coyuntura, el escenario para que pueda producirse lo segundo, funcionalmente deben

observarse formando un todo único en el que existen necesarias conexiones de ambos” (Cortez, 1999: p. 106).

Calamandrei señala que el peligro se valora necesariamente en previsión y en función de un proceso principal puede considerarse como la anticipación de ciertos efectos (decisorio o ejecutorios) de la futura sentencia definitiva, la medida cautelar constituye casi un anuncio y una vanguardia” (2005: p. 75).

Según Ortells existen cuatro clases de peligro: aquellos que afectan la posibilidad práctica de la ejecución considerada en absoluto; los que amenazan a la posibilidad práctica de ejecución en forma específica, los que afectan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia y aquellos derivados del mero retraso de recibir la prestación. La indagación y comprobación de la certeza del daño exigen una actividad probatoria por parte del recurrente que solicita la medida cautelar. Este deberá probar los daños o perjuicios ocasionados (1989: p. 639).

## **5.2. Fumus boni iuris.**

Este presupuesto consiste en que para otorgar una medida cautelar, es necesario que existan los antecedentes que demuestren la titularidad del derecho invocado por el actor en un grado de probabilidad. Algunos autores dicen que deben existir los antecedentes que demuestren la verosimilitud del derecho. En relación al *fumus boni iuris*, el Artículo 298 del Código de Procedimiento Civil señala que para decretar la cautela judicial exige comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave de derecho que se reclama. La medida cautelar tiene como condición la no existencia de un derecho, si no que la apariencia del derecho.

Según Calamandrei “la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia de un derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil (...) El resultado de la cognición sumaria sobre la existencia del derecho

tiene pues, valor de no declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.” (2005: p. 77).

El grado de probabilidad está íntimamente identificado con la naturaleza misma de la medida cautelar y es un aspecto necesario. La medida cautelar es por su naturaleza hipotética, y cuando la hipótesis se resuelve en la certeza, es señal de que la providencia cautelar ha agotado definitivamente su función, esto tiene relación con los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad de las medidas cautelares.

### **5.3. Contracautela.**

Al juez se le pide la verificación de la apariencia y no de la existencia de un derecho, consitiéndole un margen de error que constituye el precio de la prontitud y que tiene que gravar a quien se aprovecha de ella. La parte que ha obtenido la tutela cautelar es, lógicamente, la que tiene que responder de ese daño, indemnizando los perjuicios derivados de esa medida provisional y urgentemente tomada.

La contracautela dice relación con los derechos que se reconocen al sujeto afectado por la concesión de una medida cautelar. A través del legislador trata de equilibrar la posición entre los litigantes, buscando compensar el gravamen que la concesión de una medida precautoria impone al demandado o futuro demandado (Romero, 2006: p. 65).

## **6. Clases de medidas cautelares.**

La doctrina distingue entre medidas cautelares que están previstas y reguladas por el legislador. La doctrina distingue entre medidas cautelares típicas y atípicas, que también han sido denominadas medidas cautelares nominadas y medidas cautelares innominadas. Las medidas cautelares típicas son aquellas que están previstas y reguladas por el legislador, ejemplo de ellas son aquellas contempladas en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil. En cambio, las medidas cautelares atípicas son aquellas que no están previstas ni reguladas por el legislador, tienen por objeto “dar protección jurídica al actor,

frente a situaciones de peligro que no puedan ser amparadas por otras medidas cautelares, evitando que se frustre el cumplimiento de la sentencia que pueda dictarse en beneficio del demandante” (Romero, 2006: p. 65). En el ordenamiento jurídico chileno se pueden mencionar medidas cautelares innominadas tales como: la formación de inventarios de bienes, la orden de cesar provisionalmente determinada actividad, la abstención temporal de realizar una conducta, la prohibición de interrumpir o cesar la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo una conducta, etc.

Atendiendo a su fuente normativa, las medidas cautelares pueden ser de origen constitucional, legal o judicial. Las medidas cautelares constitucionales son aquellas que establecidas por la carta fundamental de forma expresa. Son legales aquellas que están reguladas por la ley. Y las medidas cautelares judiciales son aquellas “que emanan de una resolución judicial, pudiendo distinguirse entre las que expresamente autoriza la norma de procedimiento y aquellas que no estando contempladas de forma expresa pueden ser decretadas judicialmente” (Colombo, 2008: p. 22).

Atendiendo al impulso procesa, las medidas cautelares pueden ser clasificadas en las que se decretan a petición de parte y las que pueden decretarse de oficio.

Atendiendo al contenido de la tutela cautelar, pueden clasificarse en medidas cautelares conservativas y medidas cautelares innovativas. Las medidas cautelares conservativas son aquellas que impiden un cambio en la situación de hecho, un claro ejemplo de este tipo de medidas cautelares son las señaladas en el artículo 292 del Código de Procedimiento Civil chileno. Por el contrario, las medidas innovativas son aquellas encaminadas a producir una alteración de una situación de hecho. Las últimas medidas buscan producir un cambio de objeto para asegurar el resultado de la acción y sobre todo para evitar la ineficacia del proceso.

Atendiendo a que si las medidas cautelares recaen sobre la persona o sobre el patrimonio o aspectos personales de la persona, las medidas cautelares se clasifican en medidas cautelares reales y medidas cautelares personales. Las primeras se refieren a las

que recaen en el patrimonio. En cambio, las medidas cautelares personales son aquellas que recaen sobre las personas, en el derecho chileno las medidas cautelares personales se encuentran preferentemente en el Código Procesal Penal, título V, artículo 122 y siguientes.

### **7. Las medidas cautelares en el derecho procesal chileno.**

Las medidas cautelares en el proceso civil tienen por objeto asegurar el resultado práctico de la acción y son esencialmente patrimoniales. (Marín: 2006, p. 13). Están reguladas en los artículos 290 y siguientes, del título V, del libro II, del Código de Procedimiento Civil. Este artículo contempla como medidas cautelares: 1) El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; 2) El nombramiento de uno o más interventores; 3) La retención de bienes determinados; y 4) La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

Es necesario señalar, que el legislador procesal civil utilizó la nomenclatura de "medidas precautorias", que la doctrina chilena denominó como "medidas prejudiciales precautorias", sin que hablara de las medidas cautelares. Sin embargo, independiente de la denominación que se utilice, se entiende que medidas precautorias y cautelares son lo mismo. (Bordalí: MJD185).

La doctrina plantea que existe la posibilidad que dentro del título V, del libro II, del Código de Procedimiento Civil, se contemple medidas cautelares de carácter atípico o innominado, en virtud de lo que dispone el artículo 298 del mismo cuerpo normativo, que señala: “(...) *Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen*”. Teóricamente, según lo que dispone este precepto se abren las puertas para la creación jurisprudencial de todo tipo de medidas cautelares que no han sido no enunciadas ni reguladas en ninguna ley. (Marín: 2004, p. 463).

Esta potestad cautelar tiene expresiones especiales. Así, en Derecho de Familia, según lo que dispone la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, se otorga a los tribunales la facultad para decretar medidas cautelares en términos amplios. Así, el artículo 22 de este cuerpo legal señala:

*“Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.*

*Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.*

*En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.”*

La disposición transcrita tiene varios elementos. El primero de ellos es su carácter residual, es decir, las medidas cautelares contempladas en la Ley N° 19.966 que se solicitan, son sin perjuicio de otras que puedan preverse en leyes especiales. En segundo término, estas medidas cautelares pueden decretarse en cualquier etapa del procedimiento, sea en primera o segunda instancia o en grado de casación. En tercer lugar, pueden ser decretadas de oficio por el tribunal. En cuarto lugar, para que el juez decrete estas medidas debe analizar los presupuestos básicos, o sea, el peligro en la demora y el humo de buen derecho. Y por último se pueden decretar medidas cautelares conservativas o innovativas que estime el juez procedentes. (Marín: 2006, p. 23).

El inciso final del artículo 22 de dispone: *“Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán*

*adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71.*” La norma se refiere al procedimiento especial relativo a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes. Respecto de este procedimiento sólo pueden decretarse las medidas cautelares previstas en el artículo 71.

Asimismo, el artículo 92 de la Ley N° 19.968 que regula el procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar que son competencia del juez de familia, ha previsto una serie de medidas cautelares de protección de la víctima y al grupo familiar.

En este mismo sentido, la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, en el artículo 6 inciso 1° establece que *“que las medidas precautorias en estos juicios podrán decretarse por el monto y en la forma que el tribunal determine de acuerdo a las circunstancias del caso”*.

En el Derecho del Trabajo, con la Ley N° 20.087 que introduce la nueva justicia laboral, contempla en el artículo 444, capítulo II, título I, libro V, del Código del Trabajo, establece la facultad del juez de decretar todas las medidas cautelares que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio.

En la Derecho Constitucional existe una serie de medidas cautelares. Así se contempla la suspensión de la promulgación de una Ley Interpretativa de la Constitución, Orgánica Constitucional o de un Tratado que contenga materias propias de la Ley Orgánica, en el Control Preventivo de Constitucionalidad (artículo 93 N° 1 de la Constitución). En este caso, la cautela procesal dispuesta por la Constitución opera de pleno derecho y consiste en impedir que el Presidente de la República promulgue un proyecto de ley que contenga ciertas materias calificadas como orgánicas constitucionales o de aquellas otras que menciona el artículo 93 N°1, mientras no se ejerza el control de constitucionalidad y se dicte sentencia por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, se establece la suspensión de la promulgación de todo o parte de un Proyecto de Ley, requerido de inconstitucionalidad de acuerdo al artículo 93 N° 3 de la Constitución. Esta norma otorga competencia al Tribunal Constitucional, para resolver cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso Nacional (Colombo: 2008, p. 9).

También se contempla la suspensión de las funciones de las autoridades individualizadas en el artículo 52, n° 2 de la Constitución cuando la Cámara de Diputados haber lugar a la acusación en concordancia al artículo 53 de la Constitución Política de la Republica.

Además, de la suspensión del procedimiento en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, contemplado en el artículo 93 de la Constitución Política de la Republica.

## CAPITULO II

### LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

#### 1. ¿Qué son las medidas cautelares en la justicia administrativa?

En la justicia administrativa colisionan derechos e intereses públicos de la Administración del Estado por un lado, y por el otro, derechos e intereses subjetivos de los administrados (Bordali y Ferrada, 2009, p. 188). Partiendo de la base de la existencia de la desigualdad que hay entre las partes, cobra una vital importancia entregar a los justiciables una herramienta procesal que sea capaz de hacer contrapeso a los actos de la Administración del Estado y garantizar la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos. (González Pérez: 2007, p. 235).

Bajo este paradigma nacen en la justicia administrativa las medidas cautelares, que son como en el ámbito procesal civil, instrumentos que permiten la realización de la tutela judicial, sin que el transcurso del tiempo haga ineficaz la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos por los tribunales de justicia (Rivero: 1998). Las medidas cautelares tienen por objeto, al igual que en el proceso civil, garantizar la decisión que recaiga en el proceso judicial (Calvo: 1994).

Según Chinchilla, las medidas cautelares en el proceso administrativo rompen<sup>1</sup> con la presunción de validez en que están premunidos los actos de la Administración del Estado. Es el ciudadano quien soporta la carga de recurrir y romper la presunción de validez del acto que le perjudica. Sin embargo, hay que señalar que la interposición de un recurso en contra del actuar de la Administración del Estado, no siempre trae consigo de forma automática la interrupción de la eficacia de los actos administrativos. Permitir esta

---

<sup>1</sup> En este punto estoy en desacuerdo con lo que plantea Chinchilla, ya por su carácter instrumental y provisional de las medidas cautelares es imposible que por el mero hecho de decretarlas se rompa con la presunción de validez en que están premunidos los actos administrativos, ya que al final de cuentas es el tribunal en la sentencia definitiva quien declara o no la validez del acto impugnado.

posibilidad como consecuencia, provocaría un menoscabo al interés general por parte de los ciudadanos. (1991: p. 30).

## **2. El principio de proporcionalidad como nota distintiva de las medidas cautelares en la justicia administrativa.**

Como ya se señaló, los presupuestos básicos de las medidas cautelares son el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la contracautela, presupuestos que también son necesarios en sede administrativa para determinar si se dicta o no una medida cautelar. Sin embargo, parece necesario agregar como presupuesto distintivo de las medidas cautelares en el proceso administrativo, la proporcionalidad.

La proporcionalidad se refiere a la ponderación de todos los intereses en conflicto, generales o de terceros, por hallarse enfrentados, entre otros, “los de efectividad de la decisión judicial y los de eficacia administrativa” (González Pérez, 2001: p. 592). Este debe resolverse casuísticamente para determinar la preeminencia o prevalencia de los intereses en juego.

En el derecho comparado, este requisito está claramente consagrado como presupuesto básico fundamental de las medidas cautelares en la justicia administrativa. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo de España en una sentencia hace referencia a la proporcionalidad, señalando que:

*“... el examen de la ponderación de los intereses en conflicto, valorando las particulares circunstancias que se presentan, teniendo en cuenta los factores que concurren...”*  
Sentencia del Tribunal Supremo de España, 28 de abril del 2006, relativo a la OPA de Gas Natural sobre Endesa (Botía: 2007, p. 14).

La proporcionalidad como presupuesto en la justicia administrativa coloca al juez en la difícilísima tarea de ponderar los intereses en conflicto, de confrontar la irreversibilidad

del daño que pueda causarse al interés privado, con la del daño que puedan sufrir los intereses generales y equilibrar provisionalmente esos intereses. (Chinchilla, 1991: p. 44).

Ahora bien, respecto a esta ponderación de intereses, se presenta la duda respecto a la situación en que el actuar de la Administración del Estado vulnere derechos fundamentales de los ciudadanos consagrados en la carta fundamental. ¿Deben los tribunales de justicia adoptar medidas cautelares cuando se vean afectados los derechos fundamentales de los justiciables? O por el contrario, ¿debe prevalecer el interés público de la Administración del Estado por sobre los derechos e intereses de los administrados?

Como se mencionó anteriormente, la doctrina está conteste que en el proceso administrativo casuísticamente se deben ponderar los intereses en conflicto. La doctrina en este punto ha señalado que frente a la ponderación de intereses de los ciudadanos se debe realizar la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.

Ahora bien, en el caso de que se vean afectados derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, para decretar la medida cautelar es necesario que el requirente demuestre que se cumple con el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora*, y en ciertos casos, cumplir con la contracautela o caución. Si se dan por acreditados estos presupuestos en un proceso administrativo, en que se demuestre que existe vulneración de derechos fundamentales por el actuar de la Administración del Estado, las medidas cautelares deben siempre ser decretadas “porque esos son los derechos fundamentales en el orden jurídico, en tanto, la ejecutividad del acto es sólo un instrumento de gestión administrativa” (Oelckers: pp.795-796). En este sentido, la ponderación de intereses que debe realizar el tribunal debe ser a favor del justiciable que es vulnerado en la esfera de sus derechos fundamentales por parte de la Administración del Estado.

En el caso de que se vean afectados derechos patrimoniales, los tribunales de justicia no debieran adoptar medidas cautelares, salvo casos excepcionalísimos. Sobre el particular, se genera una problemática en el derecho chileno debido a que el derecho de propiedad, el derecho patrimonial tiene el carácter de garantía fundamental, consagrado en

el en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y protegido por el artículo 20 del mismo cuerpo normativo. Es por ello, que en Chile se hace dificultoso la adopción de medidas cautelares en virtud de la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales debido a que los criterios para realizar la ponderación de intereses en consideración a la afectación de derechos fundamentales no son claros, provocando en la practica un impedimento adicional para que se decrete una medida cautelar.

Ahora bien, respecto a la afectación derechos patrimoniales, Oelckers ha señalado que se puede decretar medidas cautelares excepcionalmente en las siguientes situaciones:

- a) Cuando la evaluación de los daños y perjuicios resulte tan difícil que impida llegar a una indemnización plenamente restitutoria.
- b) Cuando existe imposibilidad de compensar las molestias que sufrirá el recurrente a causa de la ejecución del acto y durante el tiempo que dure el proceso judicial (1993, p. 767).

Por tanto, se puede concluir que en la justicia administrativa la proporcionalidad, entendida como la ponderación de los intereses que se enfrentan en el conflicto, es el único presupuesto que puede debilitar la posición jurídica- procesal de los recurrentes y de impedir la concreción de la medida cautelar pretendida. (Bueno y Rodríguez, 2007: p. 252).

### **3. Fumus boni uiris en la justicia administrativa.**

No obstante lo anterior, en la justicia administrativa el *fumus boni uiris*, también requiere de una precisión adicional, esta configurado por dos elementos. El primero de ellos, similar a lo que ocurre en el proceso civil, dice relación a que la persona que solicita la medida cautelar debe demostrar los antecedentes necesarios para invocar la apariencia o verosimilitud del derecho; a lo anterior se suma la apariencia de ilegalidad del acto administrativo que es alegado por ciudadano (Chinchilla, 1991: pp. 46-47). Lo que debe ocurrir con este presupuesto, es que la apariencia del derecho invocado debe romper con la

presunta validez del acto administrativo para que se pueda configurar el *fumus bonis iuris* en la justicia administrativa (Oelckers: 1993, p. 765). Aunque, en este último punto más que romper con la presunción de validez del acto administrativo impugnado es demostrar que existe cierta probabilidad de que el acto administrativo no sea válido, debido a que es en la sentencia definitiva donde se declara o no la legalidad del acto.

#### **4. ¿Cuáles son las medidas cautelares que existen en la justicia administrativa?**

En el proceso administrativo la doctrina esta conteste en distinguir dos tipos de medidas cautelares. Las primeras se refieren a la suspensión del acto administrativo y, las segundas, comprenden medidas de carácter positivo.

##### **4.1. Suspensión del Acto Administrativo.**

La suspensión del acto administrativo como medida cautelar, implica el cese de los efectos del acto recurrido de la Administración del Estado. La suspensión del acto administrativo, históricamente ha sido la medida cautelar por excelencia de la justicia administrativa, que se encuentra regulada en todos los ordenamientos jurídicos, ya sea de forma general o especial.

Ahora bien, es necesario señalar que en el derecho comparado no sólo se permite la suspensión del acto administrativo, entendiéndose solo a los actos unilaterales con efectos particulares de la Administración del Estado, sino que también se permite la adopción de medidas cautelares que suspenden la eficacia de actos administrativos con efectos generales, es decir, se permite suspender los preceptos de los reglamentos. Así ocurre en el derecho español, en el artículo 129.2 de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en que señala: *“Si se impugnan una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda”*. En la exposición de motivos de ésta ley se puede obtener nociones generales de las medidas cautelares. Se hace mención que las medidas cautelares forman *“parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene*

*declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano jurisdiccional puede ejercitar siempre que resulte necesario”.*

En este mismo sentido, hay que tener presente el artículo 185 y 186 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europeo que establece que *“los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias del caso así lo exigen, ordenar la suspensión del acto impugnado”, “(...) el Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo”.* En Virtud de los preceptos antes mencionados, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, famosa sentencia Factortame, del 19 de junio de 1990, ha fallado señalando que se puede suspender una norma de rango legal interna (García de Enterría: 1995, p. 105). Asimismo, hay que tener presente que la suspensión de las Leyes, no es privativa del TJCE, sino que también se extiende a los jueces nacionales, los cuales pueden suspender teóricamente, las Leyes de sus propios Estados, en los procesos que actúan como jueces ordinarios del Derecho Comunitario (García de Enterría, 1990: pp. 883-884).

En Chile la suspensión del acto administrativo ha sido contemplada de forma excepcional, en que se le ha dado un tratamiento especial que en diversos cuerpos normativos, y en ocasiones con la nomenclatura de “orden de no innovar”. Es así, que la suspensión del acto administrativo ha sido tratada como por ejemplo en el Auto Acordado del Recurso de Protección de derechos fundamentales del año 1992, en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades en el artículo 141 letra e, en la ley Orgánica Constitucional de Gobiernos Regionales en el artículo 108 letra e, en la acción de Reclamación de Nacionalidad en el artículo 12 de la Constitución Política, en el Decreto Ley N° 2189 del año 1978, artículo 9, entre otros cuerpos legales.

#### 4.2. Medidas cautelares positivas.

Las medidas cautelares positivas son aquellas que en cuanto a su contenido son distintas a la mera suspensión de la ejecución del acto impugnado, es decir, medidas que impongan a la Administración, con carácter provisional, una conducta determinada, positiva u omisiva, mientras se sustancia el proceso principal. (Bacigalupo, 1999: pp. 100-101). Las medidas cautelares positivas se contemplan en el derecho comparado con el carácter de innominadas.

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico chileno, en el derecho comparado por su técnica legislativa se prevén medidas cautelares positivas. En este sentido, en el derecho español, la Ley opta por un sistema “*numerus apertus*” respecto al catálogo de las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas, dejando de ser la suspensión del acto administrativo la única medida la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, por tanto, se permite la posibilidad de adoptar medidas cautelares de carácter positivo.

Asimismo, en la legislación alemana, además de contemplar como regla general la suspensión del acto administrativo, existen medidas cautelares provisionales –*einstweilige Anordnungs-* contempladas en el artículo 123.I de la *Verwaltungsgerichtordnung*, que pueden dictarse en subsidio de la suspensión, cuando exista peligro de que un cambio de las circunstancias presentes pueda malograr o dificultar sustancialmente el derecho el interesado o cuando sea necesaria una regulación provisional para prevenir perjuicios sustantivos o evitar daños. (Restrepo, 2005: pp. 13-14).

En este sentido, en el derecho francés se conoce dentro de las “*procédures d’ urgente*” o “*procédures rapides*”, junto con la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados, surge la posibilidad del juez administrativo francés la posibilidad de adoptar medidas cautelares de contenido positivo, establecidas en los artículos 128 a 135 del *Code des Tribunaux Administratifs et des Tours Administratives d’Appel*. Existen dos grupos de medidas cautelares positivas en el derecho francés, las

primeras medidas están destinadas a agilizar el proceso o su instrucción; y las segundas están dirigidas a preservar cautelarmente los bienes jurídicos. (Bacigalupo, 1999: p. 108).

En Italia, dentro de su legislación solo contempla como medidas cautelares en la justicia administrativa la suspensión del acto administrativo. Pero es necesario señalar, que su jurisprudencia italiana ha aplicado las medidas innominadas del Código de Procedimiento Civil Italiano a los procesos administrativos, de manera que los tribunales pueden dictar medidas positivas en sustitución de una denegación arbitraria de la pretensión del requirente por parte de la administración del Estado. (Restrepo, 2005: p. 14).

### **CAPITULO III**

#### **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.**

##### **1. Las medidas cautelares en los procesos administrativos chilenos.**

La justicia administrativa chilena carece de una regulación sistemática y general de las medidas cautelares, existiendo una variedad de procesos administrativos especial que regulan en forma particular a las medidas cautelares. Así, del análisis de los 35 procesos administrativos especiales regulados en el ordenamiento jurídico chileno se puede constatar 3 situaciones: la primera situación dice relación a procesos administrativos especiales que contemplan medidas cautelares; la segunda dice relación con la prohibición expresa de adoptar medidas cautelares, y la última se refiere a procesos administrativos que carecen de regulación referente a las medidas cautelares.

##### **1.1. Procesos administrativos especiales que contemplan las medidas cautelares.**

Las medidas cautelares que se pueden distinguir de los 35 procesos administrativos especiales son:

1) La suspensión del acto administrativo. Se entiende por suspensión del acto administrativo la interrupción o cese temporal y absoluta o relativa de la ejecución del acto recurrido de la Administración del Estado. Esta medida cautelar se encuentra en diversos cuerpos legales, como por ejemplo: artículo 25 de la Ley N° 19.886 sobre Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios; artículo 13 de la Ley N° 18.902 sobre procedimiento de reclamación de multas en contra de la Superintendencia de Servicios Sanitarios; y artículo 12 de la Constitución Política de la República sobre reclamación de nacionalidad.

Es necesario señalar que en el ordenamiento jurídico chileno también se contempla un grupo de procesos administrativos que en principio prohíben la paralización del acto administrativo, pero frente al cumplimiento de ciertas condiciones permiten la adopción de medidas cautelares. En este sentido se destaca como ejemplos: el artículo 9 inciso penúltimo del Decreto Ley N° 2.189 del año 1978 sobre procedimiento de expropiación que señala: *“Las reclamaciones a que se refiere a este artículo se tramitarán en juicio sumario seguido en contra del expropiante, no paralizarán el procedimiento expropiatorio, salvo que el juez, en los casos señalados en la letra a) y d) de este artículo y con el mérito de antecedentes calificados, así lo ordene expresamente. El juez, si lo estimare necesario, podrá exigir caución suficiente al reclamante para responder de los perjuicios que la paralización ocasionare”*;

En el artículo 137 inciso final del Código de Aguas que señala: *“Los recursos de reconsideración y reclamación no suspenderán el cumplimiento de la resolución, salvo orden expresa que disponga la suspensión”*.

El artículo 19 inciso 4 de la ley N° 18.410 sobre Superintendencia de Electricidad y Combustibles que dice *“La Corte no podrá decretar medida alguna que suspenda los efectos del acto reclamado, cuando la suspensión de los efectos de la resolución pueda afectar la calidad del servicio, la continuidad del mismo o la seguridad de las personas.”*.

Por último, el artículo 39 inciso final de la ley N° 18.168 que señala *“La interposición del recurso no suspende la aplicación de la medida sin perjuicio de la facultad de la Corte de Apelaciones para declarar lo contrario”*.

2) La orden de no innovar. La orden de no innovar como facultad que el ordenamiento jurídico entrega a los tribunales en los procesos en que se impugna un acto administrativo, constituye una resolución judicial trascendental que principalmente paraliza momentáneamente los efectos propios de un acto administrativo, esto es su ejecutividad (Oelckers: 2002, p. 63). En el ordenamiento jurídico chileno, la orden de no innovar está consagrado en diversos cuerpos normativos, tales como: artículo 156 inciso final del

Código Tributario, en el procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos tributarios; artículo 108 letra e) de la Ley N° 19.175 sobre reclamación de resoluciones ilegales de los gobiernos regionales; artículo 140 letra e) de la Ley N° 18.695 sobre Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades; y auto acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales.

Asimismo, el artículo 7 inciso 4 de la Ley N° 18.933 sobre Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional dice que *“La notificación de la interposición del recurso no suspende los efectos de lo ordenando por la Superintendencia, sin perjuicio de la facultad del tribunal para decretar una orden de no innovar”*.

Además, existen procesos administrativos que se remiten a otros cuerpos legales, así por ejemplo, se destaca lo que contemplan los artículos 15, 16 inciso 3 y 39 sobre reclamaciones en contra de los actos de la Subsecretaría de Telecomunicaciones de la Ley N° 18.168; artículo 34 de la Ley N° 18.838 sobre Consejo de Televisión; artículo 11 inciso 3 de la Ley N° 19.639 sobre Iglesias y Organizaciones Religiosas. En estos casos, se remiten expresamente a las normas aplicables al recurso de protección, es decir, contemplan la orden de no innovar como única medida cautelar aplicable.

Surge la duda respecto al contenido de la orden de no innovar. Específicamente si ésta medida cautelar es igual o equivalente a la suspensión del acto administrativo. Como se mencionó antes, la orden de no innovar está consagrada en diversos cuerpos normativos. Principalmente se destaca en el artículo 3 inciso final del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales establece que *“el tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar orden de no innovar”*.

En la doctrina tradicional se puede encontrar dos tipos de interpretaciones respecto al contenido de la orden de no innovar.

En términos estrictamente técnicos, se plantea que la orden de no innovar es una medida que tiene por objeto abstenerse de hacer algo nuevo. Responde al aforismo “*lite pendente nihil innovetur*”, que significa que nada se innove mientras esté pendiente el pleito. En este sentido, algunos autores sostienen que la suspensión del acto es una medida enteramente diferente de la orden de no innovar, pues la última deja con todos sus efectos al acto ya dictado, en cambio, la suspensión evita que el acto de aplique. Según Tavolari la diferencia entre la orden de no innovar y la suspensión radica en la marcada condición conservativa de la primera y un tinte innovativo, en la segunda (1992, p. 707).

En términos más amplios la orden de no innovar se considera como una suspensión del acto que se trata de impugnar. Así, Colombo señala que la orden de no innovar dice que es una resolución judicial cautelar destinada a suspender la tramitación del proceso (2008, p. 27).

En la práctica no hace distinción respecto a la orden de no innovar y a la suspensión del acto administrativo. Ambas denominaciones son utilizadas como sinónimos en “nuestra realidad tribunalicia” (Tavolari: 1992, p. 707).

Ahora bien, en la justicia administrativa es posible constatar que la orden de no innovar tiene un contenido amplísimo, ya que no solamente implica la suspensión del acto administrativo impugnado, sino que, además adquiere un tinte de carácter positivo, es decir, ya no es la mera suspensión. Así se puede constatar de la orden de no innovar dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la causa Rol N° 263/2010 en que decretó que “*atendido el mérito de los antecedentes, se hace lugar a la orden de no innovar solicitada, mientras pende el conocimiento y fallo del presente recurso*”, ordenando a la SEREMI de Educación de la Región de Valparaíso, Patricia Colarte, el reintegro de 11 trabajadores, quedando de este modo sin efecto la notificación de despido que la SEREMI había efectuado en junio de este año.

En este sentido, hay que tener en cuenta lo que dispone el artículo 57 inciso final de la Ley N° 18.175 en materia de quiebras, el cual señala:

*"Si durante la tramitación del recurso especial de reposición se decretare la suspensión del procedimiento o se dictare orden de no innovar con posterioridad a la incautación de los bienes, ello no obstará a que el síndico realice todos los actos de administración necesarios para la debida conservación del activo de la quiebra. (...). Si la suspensión o la orden de no innovar se concede (...)."*

Al analizar el contenido de esta norma, claramente el legislador da la opción de elegir entre dos tipos de medidas. Por tanto, haciendo una interpretación al tenor literal de esta disposición se llega a la conclusión que orden de no innovar y suspensión son medidas cautelares distintas.

3) La adopción de medidas conservativas necesarias para evitar que desaparezcan los antecedentes que prueben la infracción o que se consumen los hechos que la constituyen, en forma que no se impida el desenvolvimiento de las actividades del contribuyente (artículo 161 del Código Tributario).

4) Medidas conservativas del libro II del Código de Procedimiento Civil, contempladas en virtud de la remisión que realiza el artículo 27 de la Ley N° 19.886, en que señala la aplicación supletoria de las reglas establecidas en el Libro I y las de Juicio Ordinario de Mayor Cuantía del Código de Procedimiento Civil.

En esta misma líneas, se encuentra el artículo 75 inciso 3 de la Ley 19.518 se remite al procedimiento del Título II del Libro V del Código del Trabajo, que a su vez el artículo 503 del último cuerpo legal referido se remite al procedimiento de aplicación general contemplado en el Título I, Capítulo II del mismo cuerpo, que a su vez en su artículo 432 señala que en todo lo no regulado en el Código del Trabajo se aplicará supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, en el artículo 38 de la Ley N° 19.718 sobre Defensoría Penal Pública sobre reclamación del imputado o acusado por el monto del servicio, *"el juez o tribunal que conozca o hubiere conocido las gestiones relativas al procedimiento, en forma incidental"*.

Esto quiere decir, que el procedimiento a seguir es aquel contemplado en el título IX, libro I, del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, haciendo una interpretación armónica de los artículos 3 y 82 del Código de Procedimiento Civil es posible aplicar las medidas cautelares contenidas en el libro II del Código de Procedimiento Civil.

### **1.2. Procesos administrativos especiales que prohíben la suspensión del acto impugnado.**

Por otro lado, hay algunos procesos administrativos que prohíben expresamente la adopción de medidas cautelares, en particular, prohíben la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado. Así por ejemplo se destaca el artículo 3 inciso de la Ley N° 18.696 sobre Servicio de Transporte que dice: *“La interposición de este recurso no suspenderá la aplicación de la medida, efecto que se producirá sólo en el caso de ser favorable al recurrente la resolución del Tribunal.”* En este mismo sentido, el artículo 8 numeral 5 de la Ley N° 18.175 sobre Quiebra que señala: *“La interposición del reclamo (...) no suspenderá los efectos de la resolución”*. Así también el artículo 45 del Reglamento del Sistema de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 95 del año 2001 establece que *“el recurso no suspenderá los efectos de la resolución recurrida.”* Por último, en el procedimiento de reclamación de multas en contra de la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras se contempla en el artículo 22 inciso segundo de la Ley General de Bancos lo siguiente: *“Por la interposición del reclamo no se suspenderán los efectos de la resolución ni podrá la Corte decretar medida alguna con ese objeto mientras se encuentre pendiente la reclamación”*.

En el procedimiento de reclamación sobre denegación de acceso de Información Pública, contemplada en la Ley N° 20.285 en el artículo 29 que *“la interposición del reclamo, cuando fuere procedente, suspenderá la entrega de la información solicitada y la Corte no podrá decretar medida alguna que permita el conocimiento o acceso a ella”*.

### **1.3. Los procesos administrativos especiales que carecen de regulación respecto de las medidas cautelares.**

La última situación que se puede encontrar en la justicia administrativa dice relación a la existencia de una serie de procesos que carecen de regulación respecto de la tutela cautelar. Sobre este punto hay que distinguir entre dos situaciones. En este sentido, existen procesos administrativos especiales que no hacen mención sobre las medidas cautelares. Sin embargo, es necesario destacar la existencia de procesos administrativos especiales que dentro de su regulación se prescribe que dichos procesos se resolverán “*sin forma de juicio*”.

Dentro de los procesos que no hacen refieren a ninguna medida cautelar se pueden dar como por ejemplo el artículo 5 de la ley N° 19.327, el procedimiento especial de reclamos de avalúos de bienes raíces regulado en los artículos 149 a 154 del Código Tributario; el proceso de reclamación de Escrutinio General y Calificación de Elecciones Municipales normado en el artículo 119 de la Ley N° 18.695; el proceso de Nulidad de Derecho Público contemplado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la Republica, entre otros cuerpos legales.

Ejemplos de procesos que señalan que se tramitan sin forma de juicio, se destacan el artículo 3 de la Ley N° 18.696 que dice “...*este recurso se conocerá sin forma de juicio...*”; el artículo 43 inciso primero de la Ley N° 18.290 sobre Tránsito que señala “*Esta reclamación se tramitará sin forma de juicio...*” ; el artículo 10 inciso penúltimo de la ley N° 19.269 sobre asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado que les formulen la Dirección del Trabajo a su constitución; y el artículo 3 de la Ley N° 19.253 sobre indígenas.

Surge la duda respecto a lo que significa la expresión “sin forma de juicio”. Se podría llegar a interpretar de dos formas diametralmente distintas. La primera interpretación aplicable respecto a esos procesos administrativos dice relación a que no existe procedimiento específico aplicable, y por tanto, la solución que da el derecho es aplicar

normativa supletoriamente otros cuerpos legales. La segunda interpretación de la expresión “sin forma de juicio, mucho más controvertida, es que no podría aplicarse ningún tipo de procedimiento, sostener ésta postura sería sembrar un germen de duda respecto de la constitucionalidad de esos procesos administrativos especiales en cuestión, pues al entender que se prohíbe expresamente la aplicación de procedimiento alguno, implicaría que el proceso administrativo especial podría vulnerar garantías fundamentales tales como el debido proceso, el principio de legalidad, el principio de tutela jurisdiccional, entre otros.

Ahora bien, sobre este último punto es necesario abordar la situación de procesos administrativos especiales que carecen de regulación sobre la tutela cautelar. La pregunta práctica que uno puede formularse es ¿frente a esta problemática es posible aplicar supletoriamente otro cuerpo legal?

La doctrina<sup>2</sup> está conteste que frente a situaciones de vacíos o lagunas legales corresponde integrar, es decir, frente a situaciones en que la materia procesal no está regulada expresamente, el tribunal debe aplicar los principios procesales y la norma legal analógica. Esta solución obedece y se sustenta en el principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 76 inciso 2 de la Constitución, en virtud del cual el tribunal en el caso que se encuentre frente a una laguna legal, éste no puede excusarse de continuar tramitando el procedimiento, ya que tiene el poder deber de suplir ese vacío legal mediante la integración entre los principios procesales y la norma análoga. Además, esto dice relación con la unidad del derecho procesal.

Ahora bien, se llega al consenso que es posible aplicar otro cuerpo legal, pero la duda que se presenta es ¿que cuerpo legal se debe aplicar supletoriamente frente a la falta de regulación de medidas cautelares?

La única posibilidad que queda frente a esta problemática es aplicar supletoriamente las normas que regulan las medidas precautorias en el Código de Procedimiento Civil.

---

<sup>2</sup> Dentro de los autores connotados en el medio procesal se destacan a los procesalistas Juan Carlos Marin y Mario Casarino Viterbo.

Esta afirmación responde en parte a la ubicación de las normas que regulan las medidas cautelares en el proceso civil principalmente se encuentran en el título V, llamado “De las medidas precautorias”, del libro II, denominado “Del Juicio Ordinario”, del Código de Procedimiento Civil. Ya que al estar las medidas cautelares en el libro II, denominado “Del Juicio Ordinario” corresponde aplicar lo que dispone el artículo 2 y 3 del cuerpo normativo recién mencionado que establece:

Artículo 2.- *“El procedimiento es ordinario o extraordinario. Es ordinario el que se somete a la tramitación común ordenada por la ley, y extraordinario el que se rige por disposiciones especiales que para determinados casos ella establece”.*

Artículo 3.- *“Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidas a una regla diversa, cualquiera sea su naturaleza”.*

Además, la razón de ser de las medidas cautelares del proceso civil es similar a la razón de ser que se plantea en el proceso administrativo, es por ello que se justifica aplicar por analogía las normas del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, hay que tener en consideración la postura que ha tenido la jurisprudencia en que ha señalado respecto a la procedencia supletoria de las reglas y normas del procedimiento ordinario. *“Aunque existan disposiciones especiales que reglen un procedimiento, rigen supletoriamente las normas del juicio ordinario en lo no previsto.”* Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago 10 junio 1930 y Corte Suprema 13 de noviembre 1931 (Repertorio: pp. 13 y 45).

Asimismo, algunos autores sostienen que las medidas cautelares contenidas en el libro II, denominado Del Juicio Ordinario, se aplican en forma subsidiaria a los demás procedimientos que no tengan una regulación especial diversa, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° del mismo Código (Marín: 2004, p. 307).

En sentido, es menester destacar que la doctrina chilena está conteste respecto a la nulidad de derecho público, en que si bien es cierto el constituyente nada dijo respecto al

procedimiento en que puede ser impetrada, señalan que la nulidad de derecho público puede ser deducida por acción ordinario ante los tribunales o bien como excepción de fondo promovida en un proceso ya iniciado (Jara, p. 214), (Otero, p. 267).

Dentro de esta misma postura se encuentra la posición de la Corte Suprema en que señala que *“la nulidad derivada del mencionado precepto constitucional puede hacerse valer tanto como acción para impetrar la destrucción retroactiva del acto ilegítimo, cuanto como defensa para enervar la demanda que persiga el reconocimiento de un derecho derivado del acto o contrato defectuoso, o bien, el cumplimiento forzado de las obligaciones nacidas de tales actos o convenciones y, en ambos casos, en el procedimiento judicial ordinario aplicable en la materia, en ausencia de uno especial para invocar esa nulidad de origen constitucional”* (Rol N° 3692/2002, considerando 7°, en Gaceta Jurídica N° 276, p. 194).

Por tanto, en virtud de todos los argumentos expuestos anteriormente frente a procesos administrativos especiales que carecen de regulación respecto de las medidas cautelares, deben aplicarse supletoriamente las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, con el fin de tutelar los derechos e intereses de los administrados como forma de frenar el actuar de la Administración del Estado.

Ahora bien, surge la duda respecto al catálogo de medidas cautelares que contempla el Código de Procedimiento Civil a aplicar. Las medidas cautelares aplicables debieran ser las que contempla el artículo 298 del mismo cuerpo legal, es decir, las medidas innominadas o atípicas de creación jurisprudencial. Respecto a esta norma, se puede generar la problemática si el tribunal está obligado de solicitar como requisito la contracautela o caución. Creo que la solución debe ser ponderada por el tribunal según el caso particular, pero siempre velando por los derechos e intereses de los justiciables, ya que aplicar siempre este requisito implicaría que en la práctica se deje en indefensión a los administrados.

En este sentido hay que tener presente la postura que ha tenido el Tribunal Constitucional en sus diversos fallos respecto al *solve et repete*, en que señala “*constituye una barrera injustificada y carente de razonabilidad al acceso a la justicia, que forma parte de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, que consagra la Carta Fundamental en el numeral 3° de su artículo 19°*” (Rol N° 1046/2008, considerando 22°).

Asimismo, la misma magistratura ha señalado en relación al *solve et repete*: “*Que, como se desprende de lo razonado hasta ahora en esta sentencia, existen dos derechos constitucionales eventualmente afectados por la aplicación del precepto legal impugnado en el caso sublite: el derecho de acceso a la justicia o derecho a la tutela judicial, asegurado de manera general por el No 3 del artículo 19 de la Constitución, y el derecho a reclamar a la justicia contra los actos de la Administración, consagrado en especial con relación a los actos administrativos, en el artículo 38 de la misma Carta;*” (Rol 968/2007, considerando 36°, p.34).

El *solve et repete*, paga y después reclama, es una caución que condiciona la admisibilidad del reclamo judicial. En Chile, se manifiesta el *solve et repete* en que los administrados previamente a reclamar ante los tribunales en contra de una sanción, específicamente una multa impuesta por la Administración del Estado, deben caucionar mediante un porcentaje de la multa.<sup>3</sup>

Ahora bien, en el caso de que un tribunal solicite previamente al administrado una determinada caución para decretar una medida cautelar innominada, se puede llegar a sostener por interpretación analógica de los preceptos constitucionales, respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se estaría condicionando a los administrados su derecho de acceder sin barreras a los tribunales. Es por ello que se puede afirmar firmemente que una caución exigida por un tribunal sin justificación, es una grave

---

<sup>3</sup> En diversos cuerpos legales el *solve et repete* es equivalente a un cuarto o un tercio de la multa impuesta por la Administración del Estado.

vulneración al principio y garantía fundamental de tutela judicial consagrada en la Carta Fundamental.

Por tanto, la caución mencionada en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil solamente puede ser exigida por parte del tribunal de una forma justificada en casos excepcionalísimos, debido a que por su sola naturaleza jurídica condiciona el derecho a tutela judicial.

## **2. ¿Carácter negativo o positivo de las medidas cautelares en Chile?**

La regla general en la justicia administrativa chilena es que el contenido de las medidas cautelares sea de carácter negativo, es decir, las medidas cautelares típicas de los procesos administrativos especiales es la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado.

Sin embargo, dentro de los 35 procesos administrativos especiales analizados se presenta una medida que es totalmente distinta a la mera suspensión del acto administrativo, que es la que dispone el artículo 161 inciso primero numeral 3° del Código Tributario, que regula el procedimiento especial para la aplicación de multas. Ésta establece que *“se podrán tomar las medidas conservativas necesarias para evitar que desaparezcan los antecedentes que prueben la infracción o que se consumen los hechos que la constituyen, en forma que no se impida el desenvolvimiento de las actividades del contribuyente”*.

Es necesario señalar, que si adhiere a la postura del sentido amplísimo de la orden de no innovar en la justicia administrativa, o sea, que no sólo involucra la suspensión del acto administrativo impugnado sino que involucra algo más, se llega a la conclusión que la orden de no innovar es una medida cautelar de carácter negativo y positivo. En este sentido, del propio tener del artículo 20 de la Constitución Política de la República se puede colegir que la Corte de Apelaciones respectiva que conoce del Recurso de Protección de Garantías Fundamentales no tiene tan sólo la facultad, sino que la obligación de adoptar de inmediato

las providencias que juzgue necesarias. La redacción de la norma en cuestión está realizada en términos amplios, es decir, da la posibilidad de que la Corte de Apelaciones respectiva para el reestablecimiento del derecho pueda adoptar las medidas que estime necesarias. El constituyente da amplias facultades al tribunal, no lo restringe a un catálogo taxativo de medidas cautelares.

Además, en caso de que se llegue a la conclusión que en los procesos administrativos que no se contempla regulación se pueda aplicar subsidiariamente las normas del Código de Procedimiento Civil, en especial el artículo 298, que permite por lo menos teóricamente la creación jurisprudencial de medidas cautelares (Marín: 2004, p. 463), se podría de lo más bien decretar una medida cautelar de contenido positivo.

### **Conclusiones**

1. Las medidas cautelares son instrumentos que garantizan a la partes en un procedimiento jurisdiccional el cumplimiento eficaz de la sentencia, debido al riesgo que implica la demora de los procesos.

2. En el derecho comparado se reconoce la tutela cautelar como parte del derecho fundamental de tutela judicial efectiva. En Chile, la tutela cautelar también forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial que consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política.

3. En Chile, la ley otorga a los tribunales diversas medidas cautelares, tales como la suspensión del acto administrativo, la orden de no innovar, medidas conservativas especiales, medidas contempladas en el título V, libro II del Código de Procedimiento Civil, y en ciertos casos medidas cautelares de carácter indeterminado.

4. La regla general en Chile es que las medidas cautelares sean de carácter negativo, pero en ciertos casos está permitido la aplicación de medidas cautelares de carácter positivo, como la orden de no innovar o medidas conservativas especiales. Además se habrá la posibilidad por creación jurisprudencial a través del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, decretar medidas cautelares positivas.

5. La caución mencionada en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil solamente puede ser exigida por parte del tribunal de una forma justificada en casos excepcionalísimos, realizando una ponderación de intereses según el caso particular.

### **Bibliografía.**

- Abestury, Pedro (2009): *Ley de la Justicia Administrativa Alemana. Análisis comparado y traducción*, Editorial Abeledo Perrot, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires.
- Alonso de Escamilla, Margarita (1997): “La suspensión de los actos tributarios y el derecho a la tutela cautelar: especial consideración de los actos tributarios de contenido negativo”, en *Quincena fiscal: Revista de actualidad fiscal*, N° 14, pp. 9-22.
- Bacigalupo, Mariano (1999): *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo: (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la ley 29/1998*, Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Bacigalupo Saggese, Jesús y Fuentetaja Pastor, Jesús (1997): “Fumus boni iuris, periculum in mora y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 94, pp. 287-306.
- Bacigalupo, Mariano (1992): “El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo-alemán tras la reforma de 1991”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid Número 128, Mayo-Agosto, pp. 413-451.
- Bonachera Villegas, R. (2006): *El Control Jurisdiccional de los Reglamentos*, Editorial Thomson Aranzadi S.A., Navarra.
- Bordalí Salamanca, Andrés, Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2009): *Estudios de justicia administrativa*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2° edición.
- Bordalí Salamanca, Andrés (2004): “El recurso de protección como proceso de urgencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Volumen 31 N° 2, pp. 269-288.

- Bordalí Salamanca, Andres (2001): “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Valdivia, Volumen XII, pp.51-66.
- Bordalí Salamca, Andrés (MJD185): “Aplicaciones de la Nueva Tutela Cautelar Contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”, en *Microiuris*. Disponible en [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJD185&links=\[MED,%20OCAUTEL\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD185&links=[MED,%20OCAUTEL]). Fecha última consulta: 15 de julio de 2010.
- Botía Torralba, Pascual (2007): *Las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid.
- Calamandrei, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ara Editores, Lima.
- Calderón Cuadrado, María Pía (2004): “Legitimación y tutela cautelar”, en *Revista del poder judicial*, N° 75, pp. 157-181.
- Calvo Rojas, Eduardo (1994): “Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo: Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas: Últimos avances en esta materia y algún exceso”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 83, pp. 465-476.
- Cano Campos, Tomás (2003): “La suspensión de las autorizaciones administrativas para conducir en las infracciones sancionadas por autoridades distintas de las del Estado”, en *Revista de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., N° 120, pp. 591-617.
- Casarino Viterbo, Mario (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo IV, 6° edición.
- Cases Pallarez, Lluís (1992): “La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 76, pp. 661- 677.

- Chinchilla Marín, Carmen (1991): *La nueva tutela cautelar en la justicia administrativa*, Civitas S.A., Madrid.
- Chiti, Mario (2007): *Corso di Diritto Administrativo diretto da Savino Cassese*, Milano-Dott A. Giuffé Editore, Milan.
- Colombo Campbell, Juan (2008): *La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago de Chile.
- Cortez Matcovich, Gonzalo (2007): “La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectiva de reforma” en *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, en pp. 257-269.
- Cortez Matcovich (1999): “La configuración del *periculum in mora* en el régimen cautelar chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Concepción, año LXVII, n° 205, pp. 99-114.
- De la Sierra Morón, Susana (2005): “Tutela cautelar frente a reglamentos e interés público”, en *Revista del poder judicial*, N° 78, pp. 141-161.
- De Mendizábal Allende, Rafael (1964): “Significado actual del principio “solve et repete””, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 43 , pp. 107-160.
- Domínguez Luis, Carlos y Nieto Menor Carlos (2003): “La suspensión de la ejecución de las resoluciones de denegación de entrada y retorno de extranjeros”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 118, pp. 267-290.
- Fuertes López, Mercedes (2002): “Tutela Cautelar e Impugnación de Reglamentos” en *Revista de Administración Pública*, Madrid, n° 157, pp. 57-88.
- García de Enterría Martínez-Carande, Eduardo (2002): “Sobre la tutela cautelar en el proceso administrativo” en *Revista española de derecho administrativo*. Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 115, pp. 393-398

- García de Enterría, Eduardo (1995): *La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Civitas S.A., 2ª edición ampliada, Madrid
- García de Enterría Martínez-Carande, Eduardo (1991a): “Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho Comunitario: la Sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 72, pp. 537-554.
- García de Enterría Martínez-Carande, Eduardo (1991b): “Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1919 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 71, pp. 377-388.
- García de Enterría Martínez-Carande, Eduardo (1991c): “La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares: Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad”, en *Revista española de derecho administrativo*, Civitas, N° 70, pp. 255-268.
- García de Enterría Martínez-Carande, Eduardo (1990): “La suspensión cautelar inmediata de una ley nacional por el tribunal de justicia de las comunidades europeas (auto de 28 de junio de 1990, Comisión C. Alemania)”” en *Revista de Instituciones Europeas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, volumen 17 N° 3, pp. 875-895.
- González Pérez, Jesús (2007): “La Justicia Administrativa” en *Justicia Administrativa, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, pp. 235-263. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2391/11.pdf>. Fecha última consulta: 15 de septiembre de 2010.

- González Pérez, Jesús (2004): “Hacia un Código Procesal Administrativo modelo para Iberoamérica”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., N° 123, pp. 343-374.
- González Pérez, Jesús (2001): *Manual de derecho procesal administrativo*, Civitas S.A., Madrid, 3ª edición, pp. 587-595.
- González Pérez, Jesús (1994): “Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 83, pp. 357-380.
- González-Varas Ibáñez, Santiago (1993): *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Editorial Civitas S.A., Madrid.
- Herráiz Serrano, Olga (1998): “El paso firme dado por el tribunal Superior de Justicia de Aragon en el duro batallar por la tutela cautelar: La aplicación de la técnica francesa del Référé-Provisiónm”, en *Revista de Administración Pública*, N° 147, septiembre- diciembre, pp. 141-157.
- Jara Schnettler, Jaime (2004): *La nulidad de derecho publico ante la doctrina y jurisprudencia*, Editorial Libro Mar, Santiago de Chile.
- Laso Martínez, José Luis (1993): “Cautelas registrales para el proceso contensioso-administrativo”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 77, pp. 71-94.
- López Cárcamo, Ignacio (1993): “Análisis de la novísima doctrina sobre la tutela cautelar en el ámbito contencioso-administrativo”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herr-Ardaralaritzako Euskal aldizkaria*, pp. 105-136.
- Lorenzo de Membiela, Juan B. (2008): “Tutela cautelar efectiva y medidas “inaudita” parte”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, N° 754, pp. 2.
- Marín González, Juan Carlos (2009): “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en el anteproyecto del nuevo Código Procesal

- Civil”, en *Revista hispano chilena de derecho procesal civil*, Santiago de Chile, N° 3, pp. 79-97.
- Marín González, Juan Carlos (2006): “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios Judiciales*, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, Santiago de Chile, N° 8, pp. 13-37.
  - Marín González, Juan Carlos (2004): *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
  - Marín González, Juan Carlos (2003): “Referencia a la tutela cautelar en el derecho inglés”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Valdivia, Volumen XV, diciembre 2003, pp. 191-204.
  - Morote Sarrión, José Vicente (1997): “La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos tras la sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 94, pp. 307-318.
  - Oelckers Camus, Osvaldo (2002): “La Orden de no Innovar en Materia Procesal Administrativa”, en *Revista de Derecho Publico*, Universidad de Chile, Santiago de Chile. N° 63, tomo II, pp. 63-105.
  - Oelckers Camus, Osvaldo (1993): “Suspensión de los efectos del acto administrativo por orden de no innovar en el contencioso administrativo”, en *Revista chilena de derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, Volumen 20 N° 2-3, pp. 763-768.
  - Ortells Ramos, M. (1989): *Derecho Jurisdiccional*, Editorial Bosch, Barcelona, tomo II.
  - Otero Lathrop, Miguel (2009): *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público. Incidente de nulidad, nulidad de oficio, casación de forma, de fondo y de*

*oficio en lo civil. Nulidad y recurso de nulidad en lo penal. Nulidad procesal de derecho público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

- Parejo Alfonso, Luciano José (1986): “La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 49, pp. 19-44.
- Peces Morate, Jesús Ernesto (1999): “Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias”, en *Cuadernos de derecho judicial*, España, N° 8, pp. 143-182.
- Peyrano W, Jorge (2008): *Medidas Autosatisfactivas*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- Pujol Capilla, Purificación (2001): “La tutela judicial y el proceso cautelar en la nueva LEC”, en *Actualidad Civil*, N° 2, pp. 595-603.
- Quintana López, Tomás Alberto (1989): “Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 64, pp. 533-546.
- Ramos Romeu Francisco (2006): “Los presupuestos procesales y la tutela cautelar”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 4, pp. 189-216
- Rebollo Puig, Manuel (2005): “La presunción de validez”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 128, pp. 587-638.
- Restrepo Medina, Manuel (2005): “La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo”, en *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Universidad Alfonso X El sabio, Facultad de Estudios Sociales, Villanueva de la Cañada, Volumen 3, pp. 1-20.
- Rivero Ortega, Ricardo (1998): “Medidas cautelares innominadas en lo contencioso-administrativo”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 98, pp. 271-280.

- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (1989): “De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87)”, en *Revista española de derecho administrativo*. Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 64, pp. 639-650.
- Romero Seguel, Alejandro (2006): *Curso de derecho procesal civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Romero Seguel, Alejandro (2001): *La tutela cautelar en el proceso civil*, Universidad de los Andes, Santiago de Chile.
- Rodríguez Vázquez de Prada, Valentín Ricardo (1994): “La suspensión como medida cautelar en los procesos contenciosos-administrativos: Principios: el principio de la "apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)": Una valoración provisional, como base de una medida provisional”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 82, pp. 311-318.
- Tavolari Oliveros, Raúl (1994): *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Tavolari Oliveros, Raúl (1992): “La orden de no innovar en el recurso de protección”, en *Justicia 92*, Editorial J.M. Bosch Editor S.A., pp. 685-715.
- Tornos Mas, Joaquín (1989): “Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial”, en *Revista española de derecho administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, N° 61, pp. 119-126.
- Zuñiga Urbina, Francisco (1997): “Recurso de Protección y Contencioso Administrativo”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, año LXV, N° 202, jul/dic, pp.105-119.
- Resolución de la Corte de Apelaciones de Valparaíso (2010): Recurso de Protección, “Cubillos Meza, Juan Adolfo con Secretaria Regional Ministerial de Educación”, Rol 263/2010.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (1930): En *Repertorio del Código de Procedimiento Civil*, Microjuris, tomo 30, sección 2°, p. 13.

[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_REL46.3&links=\[CODIG,%20PROCED,%20CIVIL,%203\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_REL46.3&links=[CODIG,%20PROCED,%20CIVIL,%203]). Fecha consulta 29 de agosto 2010.

- Sentencia de la Corte Suprema (2002): Lewin Lindstrand con Empresa de Correos, Rol N° 3692/2002, considerando 7°, en *Gaceta Jurídica*, N° 276, p. 194).
- Sentencia de la Corte Suprema (1931): En *Repertorio del Código de Procedimiento Civil*, Microjuris, tomo 30, sección 1ª, p. 45. [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_REL46.3&links=\[CODIG,%20PROCED,%20CIVIL,%203\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_REL46.3&links=[CODIG,%20PROCED,%20CIVIL,%203]). Fecha consulta 29 de agosto 2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (2008): Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Cosmética Vegetal S.A. respecto de los artículos 229, 230, inciso primero, y 237, inciso antepenúltimo del Código Procesal Penal, Rol 1244/2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (2008): Requerimiento de inaplicabilidad de Sociedad Sergio Andrés Concha San Martín y Otro respecto de la parte final del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, Rol 1046/2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (2007): Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Asesoría y Servicio Empresarial Limitada respecto del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, Rol 968/2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (2007): Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Hernán Pfeifer Frenz y Paulina Alegría Madrid y Carmen Polanco Lazo respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, Rol 792/2007.

# **ANEXO**

**Cuadro comparativo de procesos administrativos especiales.**

<b>N°</b>	<b>Nombre</b>	<b>Normativa aplicable</b>	<b>Procedimiento aplicable</b>	<b>Medida cautelar aplicable</b>
1	Reclamación por suspensión del servicio de telecomunicaciones en contra de STCo	Artículo 39, Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168	Recurso de Protección	Orden de no innovar
2	Reclamación sobre otorgamiento o modificación de una concesión en contra de STCo	Artículo 15, Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168	Recurso de Protección	Orden de no innovar
3	Reclamación de sanciones en contra del CNT	Artículo 34, Ley CNT N° 18.838	Recurso de Protección	Orden de no innovar
4	Reclamación sobre suspensión o cancelación de un servicio de transporte	Artículo 3, Ley N° 18.696	Sin forma de juicio	
5	Reclamación por la negativa a inscribir o anotar en el registro de vehículos motorizados	Artículo 43, Ley del Tránsito N° 18.290	Sin forma de juicio	
6	Reclamación de las asociaciones de funcionarios de la AE que formulen en contra de las observaciones formuladas por la IT.	Artículo 10, Ley N° 19.296 sobre asociaciones de funcionarios de la AE que les formule la DT para su constitución	Sin forma de juicio	
7	Reclamación de multas en contra de la SISP	Artículo 7, Ley SISP N° 18.933	Procedimiento especial	Orden de no innovar

8	Reclamación en contra de contratos administrativos de suministros y prestaciones de servicios	Artículo 22 al 25, Ley N° 19.886	Procedimiento especial y en subsidio reglas del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía	Suspensión del acto
9	Reclamación de multas en contra de la SEC	Artículo 19, Ley N° 18.140	Procedimiento especial	Suspensión del acto
10	Reclamación de multas en contra del SENCE	Artículo 75, Ley N° 19.518	Procedimiento del Título II, Libro V, Código del Trabajo	Todas las medidas que sean necesarias
11	Reclamación de ilegalidad de los gobiernos regionales	Artículo 108, Ley N° 19.175	Procedimiento especial	Orden de no innovar
12	Reclamación por no otorgar concesiones o modificaciones de servicios públicos de telecomunicaciones	Artículo 16, Ley N° 18.168	Recurso de Protección	Orden de no innovar
13	Reclamación por la objeción de inscripción en el RIOR	Artículo 39, Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168	Recurso de Protección	Orden de no innovar
14	Reclamo por suspensión de servicio de telecomunicaciones por parte de la SSTC	Artículo 11, Ley N° 19.638	Recurso de Protección	Orden de no innovar
15	Reclamación por multas que imponga la Defensoría Penal Pública	Artículo 71 a 73, Ley N° 19.718	Procedimiento especial	
16	Reclamación por la calidad de indígena que invoque una persona	Artículo 3, Ley N° 19.253	Procedimiento especial	

17	Reclamación de ilegalidad municipal	Artículo 140, LOCM N° 18.695	Procedimiento especial	Orden de no innovar
18	Reclamación de impuestos municipales	Artículo 141, LOCM N° 18.695	Procedimiento especial	
19	Procedimiento de expropiación	Artículo 9 DL. N° 2.189 y artículo 19 N° 24 Constitución Política	Procedimiento especial	Suspensión del acto
20	Procedimiento especial de reclamos de avalúos de bienes raíces	Artículo 149 a 154 del Código Tributario	Procedimiento especial	
21	Procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos tributarios.	Artículo 155 a 157 de Código Tributario	Procedimiento especial	Orden de no innovar
22	Procedimiento especial para la aplicación de multas	Artículo 161 a 164 del Código Tributario	Procedimiento especial	Medidas conservativas necesarias
23	Reclamación de escrutinio general y calificación de elecciones municipales	Artículo 119 , Ley N° 18.696	Procedimiento especial	
24	Reclamación de multas en contra de la SVS	Artículo 30, Decreto Ley N° 3.538	Juicio Sumario	Suspensión del plazo para el pago de la multa
25	Reclamación de sanciones sobre quiebra	Artículo 8, Ley sobre Quiebras, N° 18.175	Procedimiento incidental	Prohibición de suspensión del acto administrativo

26	Reclamación de multas en contra de la SSS	Artículo 13, Ley N° 18.902	Juicio Sumario	Suspensión del acto administrativo
27	Reclamación de multas en contra de la SBIF	Artículo 22, Ley General de Bancos	Procedimiento especial	Prohibición de suspensión del acto
28	Reclamación en materia de aguas	Artículo 137 del Código de Aguas		Suspensión del acto
29	Reclamación de Nacionalidad	Artículo 12 de la Constitución Política	Corte Suprema como jurado y en pleno	Suspensión del acto
30	Reclamación de ilegalidad por impacto ambiental	Artículo 42, Decreto Supremo N° 95/2001 y Reglamento del SEIA	Procedimiento especial	Prohibición de suspensión del acto
31	Reclamo de ilegalidad por denegación a acceso a la Información Pública	Artículo 28 a 30, Ley sobre Acceso a la Información Pública, N° 20.285	Procedimiento especial	Suspensión de entrega de información solicitada.
32	Reclamación por monto por servicios de DPP	Artículo 38, Ley N° 19.718	Incidentes	
33	Nulidad de Derecho Publico	Artículo 6° y 7° Constitución Política	Juicio Ordinario de Mayor Cuantía	Titulo V, Libro II, Código de Procedimiento Civil
34	Recurso de Protección	Artículo 20 Constitución y AA-RPGC	Recurso de Protección	Orden de no innovar

35	Recurso de Amparo económico	Artículo único, Ley N° 18.971	Recurso de Amparo	Orden de no innovar
----	-----------------------------	-------------------------------	-------------------	---------------------