



TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER

“LA TUTELA CAUTELAR EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA”



ALUMNO: PABLO DANIEL SAGREDO REYMAN.
PROFESOR GUIA: JUAN CARLOS FERRADA BORQUEZ.

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

ABRIL DE 2014.

LA TUTELA CAUTELAR EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA.

INTRODUCCION.....	4
I. La tutela judicial.....	8
1. Nociones generales.....	8
1.1. El derecho a la tutela judicial. Un concepto a delimitar.	8
1.2. Importancia de entender a la tutela judicial como un derecho fundamental.....	12
2. El derecho fundamental a la tutela judicial	12
2.1. El derecho fundamental a la tutela judicial en el derecho comparado.....	12
2.2. El derecho fundamental a la tutela judicial en Chile	15
3. Contenido de la tutela judicial.....	17
3.1. Elementos que la conforman.....	17
3.2. El derecho de acceso a los tribunales.....	18
3.3. El derecho a obtener una resolución congruente en derecho que resuelva sobre el fondo.	22
3.4. El derecho al recurso legalmente provisto.	23
3.5. El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.	24
4. La tutela cautelar.	26
4.1. El derecho fundamental a la tutela judicial y la tutela cautelar.	26
4.2. La ejecutividad del acto administrativo o autotutela ejecutiva y la presunción de legitimidad enfrentada a la tutela cautelar.	27
4.3. Presupuestos de tutela cautelar. El interés público como presupuesto adicional a la tutela cautelar en la justicia administrativa.	29
4.4. Clases de tutela cautelar.....	31
II. La tutela cautelar en la justicia administrativa comparada.	33
1. La tutela cautelar en el Derecho Argentino.....	33
1.1. Régimen común del CPCyCN y de la ley 19.549. Primeramente, de la prohibición de innovar.	33
1.2. El régimen creado por la ley 26.854.	37
2. La tutela cautelar en el Derecho Español.....	38
3. La tutela cautelar en el Derecho Alemán.	44
3.1. La tutela cautelar en la VwGO y la regla de la suspensión automática del acto impugnado.	45

3.2. El régimen suspensivo del artículo 80 VwGO.....	46
3.3. El régimen cautelar del artículo 123 VwGO.	48
III. Las tutela cautelar en la justicia administrativa nacional.	50
1. Cuestiones generales.	50
2. La cautela en general en nuestro país en materia contenciosa administrativa.	52
3. La tipología cautelar en materia contenciosa administrativa.	54
3.1. Casos en que la cautela está expresamente consagrada en la Ley.	55
3.2. Casos en los cuales las medidas cautelares están restringidas por el legislador, o bien, la ley guarda silencio sobre la posibilidad de impetrar tutela cautelar.	67
4. La lógica cautelar en la justicia administrativa.	71
4.1. La fundamentación de las resoluciones.	72
4.2. La precisión de los supuestos de la cautela en materia administrativa.	73
4.3. ¿Un sistema cautelar basado en un sistema <i>numerus clausus</i> o <i>numerus apertus</i> de medidas?	75
4.4. La existencia de normativa legal en materia cautelar en relación con la ejecutividad administrativa y la presunción de legalidad: la regulación de la suspensión del acto administrativo por la mera impugnación.	77
5. El corolario de las cuatro dificultades ya señaladas: no existe, en términos adecuados, la tutela cautelar en la justicia administrativa. Posibles soluciones.	79
CONCLUSIONES.....	88
ANEXO N° 1. BREVE DESCRIPCION DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS ESPECIALES EN LOS CUALES EL LEGISLADOR REGULA (PERMITIENDO O NEGANDO) LA POSIBILIDAD DE CAUTELA.....	89
BIBLIOGRAFIA	96

Abstract.

La tutela cautelar es parte esencial de la garantía constitucional a la tutela judicial por cuanto permite, en el seno de la justicia administrativa, enfrentar debidamente el poder autotutela ejecutiva propia de la actuación estatal. En nuestro país, a diferencia de las legislaciones comparadas, la tutela judicial, y particularmente la tutela cautelar, se advierte regulada de un modo precario y deficiente, características que tornan ilusoria, en cierto modo, la garantía constitucional de la tutela judicial. Ante tal panorama, resulta fundamental revisar el escenario de la tutela cautelar en la justicia administrativa chilena así como advertir posibles soluciones a las dificultades que puedan identificarse.

Garantías constitucionales – tutela judicial – tutela cautelar – autotutela ejecutiva – justicia administrativa

INTRODUCCION.

“En el mundo hay bondad y maldad. Justicia e injusticia.

Árboles y tortugas. Hay muchas cosas.”

(Fontanarrosa)

Esta tesis de magíster, tiene por objeto estudiar la tutela cautelar en la justicia administrativa y comprobar que el tratamiento de la materia en nuestra legislación es ciertamente deficiente.

El desarrollo de la justicia administrativa en nuestro país, que no ha alcanzado el grado de evolución que ha obtenido en el derecho comparado, tropieza con ciertos aspectos que resultan fácilmente detectables, entre otros, la ausencia de tribunales especializados, la carencia de un procedimiento contencioso administrativo apropiado y la disparidad de criterios en materia contenciosa administrativa. En tal escenario, una de esas dificultades, y no suficientemente tratadas al interior de la doctrina iusadministrativista, por cierto, es la tutela cautelar.

En el curso de Derecho Administrativo del presente magíster, me topé con el siempre interesante ramo de la Justicia Administrativa que en forma permanente ha motivado en mí alguna especial atención a las discusiones propias de dicha parte especial de aquella disciplina del Derecho, en la que se debaten cuestiones tales como la precisión de las causales de la nulidad de derecho público y la prescripción de la acción de aquella sanción jurídica, la legitimación para recurrir en el marco de tal acción y, en general, todo aquello vinculado a “lo” contencioso administrativo, tal como nos recordaba en clases un afamado profesor de estudios en Francia y actual Ministro de la Corte Suprema. Es en esta esfera, que se inserta la discusión acerca de la tutela cautelar a propósito de esta tesis de magíster.

En la legislación comparada, el derecho a la tutela cautelar deriva de una garantía constitucional: el derecho a la tutela judicial. Tan solo ese dato, nos permite dar cuenta de la importancia de la tutela cautelar.

Sin embargo, en nuestro país el contenido de esta garantía constitucional no se ha desarrollado de un modo adecuado y, por lo mismo, la doctrina y la jurisprudencia no han resuelto de un modo satisfactorio la determinación clara acerca de qué hablamos cuando nos referimos al derecho a la tutela judicial. Siguiendo al derecho comparado, podremos decir que al hablar de derecho a la tutela judicial, nos referimos al derecho a acceder a un tribunal para que resuelva una contienda, a la fundamentación de las resoluciones y a la tutela cautelar.

Tal vez, de un modo consecuencial, la ausencia de una determinación clara y precisa de la garantía constitucional de la que se viene hablando, ha conspirado en contra del adecuado desarrollo e implementación de la tutela cautelar en nuestra justicia administrativa. De esta forma, en este trabajo, se advierte cómo el Código de Procedimiento Civil es el texto legal cuantitativamente más relevante para la finalidad de otorgar cautela a los procedimientos contenciosos administrativos, sin reunir, por cierto, las condiciones que ha de precisar un sistema cautelar para enfrentarse al poder de la autotutela ejecutiva, propia de la actuación administrativa.

Por otro lado, en el elenco de mecanismos cautelares en la justicia administrativa, cobra importancia en nuestro país la orden de no innovar – herramienta *sui generis* desde la perspectiva de la clasificación de las resoluciones judiciales – medida que se inserta en cierto

modo en la lógica cautelar en materia administrativa y que encuentra su implementación en el marco de los procedimientos contenciosos especiales así como en el recurso de protección.

En este contexto, válido es concluir, entonces, que el estado actual de nuestra legislación contenciosa administrativa, no reúne las condiciones para dar por cumplida la exigencia de la correcta implementación de la tutela cautelar en la esfera constitucional del derecho a la tutela judicial.

Así las cosas, resulta forzoso mirar al extranjero para advertir cómo es que otros países de mayor tradición y desarrollo en el Derecho Administrativo y Procesal, han reglado la tutela cautelar en el ámbito contencioso administrativo.

En este trabajo se han estudiado en la profundidad que permite una tesis de magíster, tres ordenamientos jurídicos: Argentina, España y Alemania. La razón para elegir tales legislaciones radica en que, por un lado, ellas incorporan a texto expreso el reconocimiento constitucional a la garantía del derecho a la tutela judicial y, por otro, la doctrina en la materia ha desarrollado de un modo profuso las inquietudes que la aplicación de la tutela cautelar ha creado en tales ordenamientos jurídicos. Particular mención debe hacerse al derecho español, atendido a la influencia que aquel país ha tenido en nuestra legislación y en nuestra doctrina administrativista. No obstante, así como este tesista suscrito optó por estudiar las legislaciones de aquellos países, no debe pensarse en lo absoluto que la materia que trata el presente trabajo se agota en tales ordenamientos, toda vez que en países tales como Francia y México, solo por nombrar algunos casos, se ha desarrollado en modo copioso literatura sobre el particular.

Esta tesis, se divide en tres partes. En el primer capítulo, se estudia la tutela judicial como garantía constitucional, su contenido, su recepción en las legislaciones extranjeras y cómo opera aquella en nuestro país. En el capítulo segundo, se revisa la tutela cautelar en materia contenciosa administrativa, indagando en particular los casos de Argentina, España y Alemania. Finalmente, el tercer capítulo menciona el desarrollo y recepción de la tutela cautelar en la justicia administrativa nacional, así como ciertas dificultades que son posibles divisar en Chile, cuestiones que llevan a concluir acerca del

precario estado de la cautela en nuestro país. Concluye el capítulo final, proponiendo algunas soluciones al panorama actual de nuestra justicia administrativa en materia cautelar.

Viña del Mar, 26 de marzo de 2014.

I. La tutela judicial.

1. Nociones generales.

La tutela judicial designa la posibilidad de los ciudadanos que sufren la vulneración o afectación a sus derechos, de poder recurrir a los tribunales que establece la ley para pedir tutela de los mismos (Ferrada, Bordalí, 2008:p. 139). Es el derecho que toda persona posee a solicitar un tribunal a que “se le haga justicia”; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con una garantías mínimas”(González Pérez, 2001:p.33).

La protección de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos se realiza a través del ejercicio del derecho de acción para que aquellos no pierdan eficacia, aunque en todo caso, más allá de las discusiones doctrinales sobre al derecho de acción, expresa la doctrina, en su esencia, el objeto del debate gira en torno a una cuestión fundamental: la configuración de cuáles serán las herramientas que precisará el ordenamiento jurídico para la debida protección de los derechos e intereses de las personas (Romero Seguel, 2012:p.13).

Y es que no resulta baladí lo expuesto, atendida la trascendencia de proteger, principalmente vía constitucional, los derechos (e intereses) de los particulares. Como expresa Luis Díez-Picazo, la tutela judicial es una idea que surge como propia del concepto del Estado de Derecho en la segunda mitad del siglo XX, y se traduce, esencialmente, el que “todos los derechos e intereses legítimos –esto es, cualesquiera situaciones jurídicamente relevantes – puedan ser, llegado el caso, defendidos ante un genuino órgano judicial, de manera que no existan supuestos de denegación de justicia” (2008:p.441).

1.1. El derecho a la tutela judicial. Un concepto a delimitar.

Los autores, han calificado de *esquivo* el concepto de tutela judicial en nuestro país, por cuanto su aceptación, utilización e incorporación constitucional, se fundamenta, sobretudo, en construcciones doctrinales y jurisprudenciales, en lugar de consagraciones positivas al interior de nuestro ordenamiento jurídico (Ferrada, Bordalí, 2008:p.137)

Sin embargo, distinto ocurre en otras legislaciones en las que el derecho fundamental a la tutela judicial se recoge expresamente a nivel constitucional. Tal es el caso, por ejemplo, de Alemania, en que tras la Segunda Guerra Mundial, se incorpora expresamente

en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, con la intención de proteger a los individuos en el ejercicio de sus derechos de manera explícita y efectiva (Sommermann, 2009:p.6); y, en España, en el artículo 24 de la Constitución de 1978.

La calificación otorgada al término –de esquivo, tal como se mencionó anteriormente – tal vez se inicie en la tenue y delgada línea que existe con otros conceptos bastante cercanos al derecho a la tutela judicial. En Chile, la doctrina ha calificado de errática a la denominación que, sobre la garantía constitucional del derecho a la tutela judicial, el Tribunal Constitucional ha formulado. En efecto, en ocasiones el Tribunal, ha designado a tal garantía como derecho de acceder al órgano jurisdiccional, derecho de acudir a la justicia, derecho a la acción, o incluso, derecho fundamental al proceso. El concepto más apropiado, indican los autores, conforme a nuestro orden constitucional, parece ser la utilización de la fórmula, *derecho a la tutela judicial* (Bordalí, 2011:p.315).

Sin embargo, de un modo amplio, al hablar del derecho a la tutela judicial, más allá de cuestiones semánticas¹, y dejando atrás las discusiones doctrinales acerca del derecho de acción y las teorías clásicas que sobre aquel se han concebido al entender aquel como una simple respuesta jurisdiccional, es decir, de un mero dictado del juez que otorga razón a una de las partes en el proceso (Marinoni, Pérez, Núñez, 2010:p.198), se trata de captar que aquel derecho fundamental a la tutela judicial, es – o debe ser, al menos – distinto y posterior al del derecho a la acción en un sentido clásico de este derecho.

En este mismo orden de ideas, al distinguir la acción, o el derecho de acción, ahora como una facultad más allá de la facultad de obtener una respuesta jurisdiccional en el

¹ Una cuestión problemática sobre el empleo del concepto derecho a la tutela judicial, es la utilización del calificativo de *efectiva*, de origen español, tal como se encuentra incorporado en la redacción del artículo 24.1 de la Constitución Española. Luis Díez-Picazo, explica, citando al Tribunal Constitucional Español, que aquella efectividad a que alude el derecho a la tutela judicial, significa que no basta con que haya un acceso sin restricciones a la jurisdicción, sino que ello ha de servir para algo, las que apuntan al contenido de la garantía. (2008:p.430). Esa efectividad que acompaña a la tutela judicial como derecho, se problematiza ya que en la concreción de aquella característica, juegan un número amplio de vertientes o facetas para otorgar tal carácter de *efectiva* a la garantía constitucional, tales como la razonabilidad o la proporcionalidad en la aplicación de las normas procesales, cuestión que ha llevado al Tribunal Constitucional Español a ir desde un índice máximo y mínimo de aquella razonabilidad, incidiendo, de ese modo, en la interpretación que aquel tribunal pueda otorgar al principio *pro actione*, o interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial. (Ignacio Díez-Picazo, 2000:p.27).

caso concreto, describiéndola como “un poder jurídico que compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de la personalidad, tiene en ese un carácter rigurosamente privado. Pero al mismo tiempo, en la efectividad de ese derecho está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público”, pues se ve en el – en el derecho a la acción – la realización de ciertas garantías de absoluta importancia al interior de la sociedad, tales como la justicia, paz, de seguridad, de orden, de libertad, todas ellas, debidamente consagradas en la Constitución. (Couture, 2005:p.48). En otros términos, es abandonar una visión – tal vez restringida – de entender al derecho de acción como una simple actividad entre las partes, o como derecho de provocar la actividad del órgano jurisdiccional. (Chiovenda, 1992:p.36), y advertir la diferencia inherente y prestataria de la tutela judicial, ahora, como un derecho fundamental, independiente de la discusión acerca de si existe un derecho autónomo en relación con el derecho material, o un específico derecho de acción contra el Estado, cuestiones respondidas hace tiempo, como indica la doctrina.² En definitiva, entender la garantía fundamental a la tutela judicial en relación al interés del Estado en solucionar pacíficamente el conflicto (Gozafni,1994:p.134).

De este modo, y al menos en opinión de quien escribe, los conceptos *derecho fundamental de acción*, *derecho a la tutela jurisdiccional* y *derecho a la tutela judicial*, así como cualquier denominación semejante, pueden ser utilizadas como expresiones equivalentes, en tanto apunten a la protección concreta y eficaz de aquellos rasgos propios de la tutela judicial que indicábamos al inicio de este trabajo: la afectación de los derechos (e incluso intereses) de la persona; y la posibilidad de poder recurrir al órgano jurisdiccional, y que se concretan en los cuatro rasgos que definen su contenido como estudiaremos más

² La discusión doctrinaria clásica entre Windscheid, Muther, Bülow, Degenkolb, Wach, entre otros, para definir la naturaleza jurídica del derecho a la acción, cuestión que Chiovenda resuelve como un poder frente al adversario. En todo caso, es la tesis de Wach la que parece acercarse más al concepto de tutela jurisdiccional, incluso efectiva, como lo indica el derecho español, toda vez que concibe a la acción como derecho a la tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*), el que es satisfecho por el Estado y no por el particular, y se consume en un acto de tutela, perteneciendo al derecho público, y al derecho procesal le corresponde regular su presupuesto, esto es, el interés jurídico en accionar. Es más, basta, en concepto de Wach, como indica Chiovenda – al igual que la tesis de tutela jurisdiccional – como presupuesto de la acción un simple interés de declaración de certeza para fundar el derecho a tutela jurídica. (Chiovenda, 1992:p.32).

adelante; es decir, a aquello que apuntaba Luis Díez-Picazo: *al entramado fundamental de la relación de los particulares con el Poder Judicial* (2008:p.426).

La doctrina, en todo caso, prefiere utilizar la expresión *derecho a la tutela judicial* – cuando se refiere al contenido de la garantía constitucional indicada, sobre todo al poseer un rasgo prestatario – por sobre la denominación derecho a la acción, por dos razones. En primer lugar, y como se estudiará en este trabajo, existen disposiciones expresas a nivel constitucional comparado que garantizan a todas las personas el derecho a la justicia; y, en segundo lugar, y desde la perspectiva nacional, optar por aquel concepto, nos permite evitar referirnos a otro concepto (acción), que en la dogmática procesal chilena es abiertamente problemática (Bordalí, 2011:p.315). Lo anterior, sin duda nos lleva a preguntar cuáles son los elementos que configuran el derecho a la tutela judicial en un ordenamiento jurídico y que permiten, una vez descifrados, constatar la presencia de tal derecho fundamental, cuestión que intentaremos responder en este capítulo.

De lo que sí cabe dejar claridad es que la noción de tutela judicial, al menos en nuestro país, se aleja de un concepto con el que pueda tal vez asimilarse, cual es el *derecho al debido proceso*, mas no cabe confundir este último con aquel, pues el derecho a la tutela judicial, no forma parte del debido proceso, sino que es garantía a las personas de acceder a un juez o tribunal –con ciertas características, claro está, tales como la independencia e imparcialidad en el juzgamiento – para solicitar el amparo de sus derechos e intereses legítimos. Un derecho distinto, el debido proceso, exige que la decisión jurisdiccionalmente adoptada, para ser legítima, pueda atribuirse calificativos tales como la racionalidad y la justicia (Ferrada, Bordalí, 2008:p.148)³

³ Ferrada, indica que el derecho a la tutela judicial solo lo puede entregar un tribunal de justicia, ya que de lo contrario no vale la pena distinguir entre el derecho a la tutela judicial y el derecho de petición del artículo 19 número 14 de la Constitución. No se puede requerir tutela judicial a una autoridad administrativa o de otro tipo, ya que esta, por definición, carece de independencia e imparcialidad, por lo que no sería auténticamente un tribunal. (2008:p.17).

1.2. Importancia de entender a la tutela judicial como un derecho fundamental.

El derecho fundamental a la tutela judicial, exige, como anunciábamos, de prestaciones estatales positivas dirigidas a su total realización. Así, en un Estado Constitucional, y desde la perspectiva de la jurisdicción, del mismo modo, propio es entender a la tutela judicial como algo más amplio, precisando que otorgar tutela jurisdiccional a los derechos no es más que otorgarles protección, dejando atrás el significado de la tutela jurisdiccional y la idea clásica y restringida acerca de que la función jurisdiccional se agota con la dictación de la sentencia. (Marinoni et al., 2010:p. 113). Como enseña parte de la doctrina alemana “el Derecho y la ley sólo pueden adquirir significado y poder real donde encuentran un pronunciamiento judicial dispuesto para su realización”. (Bahr, 1864:p. 12; citado por Somermann, 2009:p:4). Así, el concepto de tutela judicial, desde esta perspectiva y en estas condiciones, podrá ser meramente *instrumental*, no existiendo, como lo indica la doctrina española, per se, el derecho a obtener en juicio en un determinado sentido (Díez-Picazo Giménez, 2000:p.26).

En todo caso, la inclusión del derecho a la tutela jurisdiccional entre el catálogo de derechos fundamentales, implica ciertas consecuencias en el régimen jurídico, entre las que se encuentran, la aplicación directa, con fuerza derogatoria de toda otra disposición en contrario, de la normas que contienen el derecho fundamental en comento; su regulación por Ley Orgánica; su carácter de principio general del ordenamiento jurídico, y, en tal razón, de informador de la labor interpretativa; la interpretación de tal derecho fundamental, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y Tratados y Pactos Internacionales; y, finalmente, su protección jurisdiccional (González Pérez, 2001:p.40).

2. El derecho fundamental a la tutela judicial.

2.1. El derecho fundamental a la tutela judicial en el derecho comparado.

En España, el artículo 24 de la Constitución Española de 1978, en la sección 1 del capítulo II, bajo el título “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, expresa que “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales*

*en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”*⁴

Como es evidente, se consagra a nivel constitucional y como derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva, de modo extenso, con amplitud de legitimación activa (derechos e intereses *legítimos*), extensible incluso a las personas jurídico-públicas, a saber, la Administración del Estado. La definición de tal derecho ha ido de la mano de la copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, cuyo contenido ha sido delimitado, entre otros aspectos, en el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a la resolución sobre el fondo, los que, en síntesis, consisten, por un lado, en que no pueden existir sectores del ordenamiento jurídico de los que deriven derechos subjetivos o intereses legítimos cuya vulneración no pueda ser residenciada en tribunales; y, por otro lado, en el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una resolución, sea favorable, desfavorable o de inadmisibilidad. (Díez-Picazo Giménez, 2000:p.23). García de Enterría, explica que la amplitud de la fórmula del citado artículo, ha llevado, en materia contenciosa administrativa, a entender que la justicia administrativa es de *derechos e intereses legítimos*, por tanto, de efectiva tutela de derechos del recurrente y los de la Administración, entre sí, confrontados; y, además, es de *extensión universal*, declarándose – de paso – la inconstitucionalidad de todas las disposiciones generales que prohibían, cerraban o limitaban el recurso contencioso administrativo sobre determinadas decisiones (1992:p.60).

En Alemania, el artículo 19, apartado 4º de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, consagra a favor de aquel que *es lesionado por la autoridad en sus derechos, el derecho a recurrir ante los tribunales*. Como señalaba Bahr, la tutela judicial se estableció como uno de los elementos claves del Estado de Derecho, optando, a partir de la Ley de Bonn, por la creación de un sistema subjetivo: los tribunales, organizados en tres instancias, tienen la misión de proteger a los individuos en el ejercicio de sus derechos de manera completa y

⁴ Tal derecho, fue especificado por el Tribunal Constitucional Español, en sentencia de 12 de mayo de 1982. Ello ha llevado a un sector importante de la doctrina española a sostener que el derecho a la tutela judicial debe ser comprendido como el derecho que garantiza el ciudadano el acceso a los tribunales de justicia y la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones sustantivas y a través de un proceso equitativo. (Bandrés Sánchez – Cruzat, 1992:p.101)

efectiva, plasmado ello en la Ley de Justicia Administrativa de 1960 o *Verwaltungsgerichtsordnung* o VwGO (Sommermann, 2009:p.6). La referencia, en el mencionado artículo 19, es exclusivamente a los “*derechos* lesionados por la autoridad en sus derechos”, por tanto, solo a los derechos subjetivos en un sentido restrictivo⁵ ⁶. Sin embargo, los intereses legítimos “no constituyen derechos subjetivos y como consecuencia no proporcionan legitimación para una acción contenciosa-administrativa” (Blanke, 2009:p. 28).

En el caso italiano, una de las manifestaciones constitucionales que prevé el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en la Constitución italiana de 1947, la que en su artículo 24 estableció la tutela *giurisdizionale*, en el sentido que “*Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses*”. Luego, añade el inciso segundo, “*La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento*”.

Así, y como indica Barnés, el derecho a la tutela judicial significa el derecho de actuar en juicio para tutelar derechos e intereses legítimos, lo cual persigue la defensa no de la legalidad objetiva, sino de los derechos subjetivos e intereses legítimos del individuo que sean susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción. El artículo 113 de la Constitución complementa la citada norma, indicando que “*contra los actos de la Administración pública se admitirá siempre la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa. No podrá excluirse dicha tutela judicial o circunscribirse a medios particulares de impugnación o a determinadas categorías de actos*”. Así, al cobijar la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos que se hubieran vulnerado por los actos de la Administración Pública, es la jurisdicción la que se encarga de controlar el acto administrativo, sin que se puedan permitir exclusiones. De este modo, el

⁵ Un sector (minoritario) de la doctrina alemana, entiende que los intereses legítimos deben entenderse incluidos en el art. 19 apartado 4º de la Ley Fundamental de Bonn *Bachof, O.* “*Reflexwirkungen und subjektive ...*”, citado por Blanke. (2009:p.29)

⁶ El artículo 42 apartado 2º de la VwGO, consagra, en materia de acción impugnatoria y de condena lo siguiente “*En la medida que la ley no disponga otra cosa, la acción solo es admisible si el demandante alega que sus derechos están violados por el acto administrativo o su denegación o su omisión*”

ordenamiento jurídico italiano sienta el principio de la universalidad de la jurisdicción o clausula general de la impugnabilidad de los actos administrativos (Barnés, 1993:p. 251).

Sobre el particular, expresa la doctrina, que hasta 1999, el gran derecho constitucional de carácter procesal era la tutela judicial consagrada en el citado artículo 24. Con la reforma constitucional de ese año, la que incorporó el principio del justo proceso en el artículo 111 – y de paso, se transformó tal norma en el gran derecho constitucional de contenido procesal – la doctrina italiana sostiene que tal principio del justo proceso no puede comprender las garantías del derecho de acción y de la tutela de las posiciones jurídicas, por ser cuestiones diversas (Bordalí, 2011:p.323)

Por último, en el derecho argentino, se encuentra explícitamente consagrado a nivel constitucional el derecho fundamental a la tutela judicial y plenamente aplicado tal principio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (Cassagne, 2005:p. 40). Así, el artículo 18 de la Carta Fundamental Argentina, consagra *la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos*. Es de destacar, incluso, que las distintas constituciones provinciales, como la de la provincia de Buenos Aires, incorporan a texto expreso y de modo enfático, *la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial* (artículo 15).

2.2. El derecho fundamental a la tutela judicial en Chile.

En Chile, el derecho a la tutela judicial no aparece incorporado formalmente en nuestra Constitución, sino que solo puede entenderse reconocido, a través de una interpretación histórica y sistemática del artículo 19 número 3 inciso primero de la Carta Fundamental, así como diversos tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados

por el Estado Chileno y que se encuentren vigentes, conforme al art 5° del mismo texto constitucional.⁷ (Ferrada, Bordalí, 2008:p.139).

Desde esta perspectiva, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en su artículo 8°, consagra el derecho a “*un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*”; y en su artículo 10, expresa que “*toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*”. La Declaración Americana de Derechos del Hombre, consagra el derecho a la justicia, en su artículo XVIII, al indicar que “*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos*”. A su turno, el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8°, consagra, en el ámbito de las garantías judiciales, que “*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”.

Tales tratados internacionales, como afirma la doctrina, obligan al Estado de Chile a instar por su plena aplicación, creándose, de esta forma, deberes, acciones y recursos plenamente exigibles por los particulares. (Cea, 2002:p.113). Se trata, entonces, y aun cuando sean derechos de fuente internacional, de prerrogativas cuya finalidad es ampliar progresivamente el catálogo de derechos fundamentales de la persona y cuyo reconocimiento y protección es inherente a la persona desde su dignidad humana, independiente de si están o no consagrados en sede constitucional.

De esta forma, como indica Fiamma, el derecho a la tutela judicial consagrado en nuestra Carta Fundamental, conlleva, respecto al juez, “el deber judicial permanente e

⁷ Bordalí, sin embargo, destaca que para la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, no era necesario incluir una fórmula expresa para reconocer el derecho a la tutela judicial en forma expresa, pues se entendía reconocido en el artículo 19 número 3 inciso primero. (Ferrada, Bordalí, 2008:p.139)

inexcusable de proveer y otorgar protección a los derechos en su ejercicio” (2010:p.334). Mediante el derecho a la tutela judicial los individuos aseguran frente al Estado, su derecho de acceso a los tribunales y a obtener de estos una decisión según lo que el derecho prescriba que debe resolverse en ese caso. Es una suerte de contrapartida al monopolio que el Estado posee respecto a su poder coactivo, al asumir, en forma privativa, el uso de la fuerza (Bordalí, 2011:p.321).

3. Contenido de la tutela judicial.

3.1. Elementos que la conforman.

La tutela judicial, como garantía fundamental, posee a nivel comparado diversos elementos que, a la sazón, configuran su contenido de modo más o menos homogéneo entre los ordenamientos jurídicos.

En el caso del derecho alemán, la tutela judicial posee a nivel doctrinal, tres presupuestos que permiten advertir cuál es el contenido de aquella garantía constitucional en el país germano, a saber: *el sujeto*, es decir, el titular de un derecho subjetivo (en sentido amplio); *el ejercicio del poder público*, es decir, la acción lesiva proviene del poder público; y, en tercer lugar, *la lesión jurídica*, cual es la vulneración de un derecho subjetivo, en un sentido amplio, comprendiendo, según un sector de la doctrina, a los intereses legítimos (Barnés, 1993:p. 151).

En España, los elementos de la tutela judicial efectiva se han ido perfilando a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual ha precisado el contenido de este derecho, a saber: *el derecho de acceso a los Tribunales*; *el derecho a obtener una resolución congruente en derecho que resuelva sobre el fondo*; *el derecho al recurso legalmente provisto*; y, *el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales* (Sánchez Barrios, 2010:p.176).

De los dos órdenes jurídicos examinados, parece ser más apropiado para fines de estudio, y, sobre todo para efectos del presente trabajo, el derecho español por sobre el alemán. Lo anterior, por dos razones. En primer lugar, pues el reconocimiento de la legitimación procesal en materia de tutela judicial, resulta ser más favorable en el sistema español, toda vez que se encuentra recogido por el texto constitucional, a modo expreso, el

interés legítimo como criterio para incoar la tutela judicial. Recordemos que en el sistema alemán, la incorporación de los intereses – como supuesto de hecho de la acción – solo ocurre por alguna doctrina que lo ha entendido. Sin embargo, como recuerda Blanke, mayoritariamente la doctrina alemana ha excluido a los intereses del ámbito de protección tanto a nivel constitucional como en la *VwGO*, pues ve, en tal política legislativa, el peligro de una extensión hacia una acción popular (2009:p.29).

La segunda razón para preferir al sistema español por sobre el alemán, se encuentra en que este último, en lo que respecta al origen de la acción lesiva frente a la cual se plantea la tutela judicial como garantía fundamental, debe provenir exclusivamente del poder público. En este sentido, el concepto de poder público es el más amplio posible, en el que se incorpora toda relación de dependencia o subordinación entre el Estado y el individuo, pero, genuinamente orientada a la acción proveniente del Poder Ejecutivo, es decir, la Administración, en cualquiera de sus especies u organizaciones cuando se somete al Derecho Público (Barnés, 1993:p.152). En España, entendida que sea la tutela judicial como una garantía fundamental, no tiene necesariamente aquel origen estatal exigido en el derecho alemán, desde la perspectiva de la génesis del acto, cuestión que se deriva de la propia redacción del artículo 24.1 de la Constitución Española.

Pues bien, sentado lo anterior, preciso es analizar los distintos elementos que configuran el contenido de la tutela judicial.

3.2. El derecho de acceso a los tribunales.

El acceso a la actividad jurisdiccional, o derecho a la tutela judicial en sentido estricto, como apunta Luis Díez-Picazo (2008:p.426), es recogido como primer elemento de la tutela judicial. La tutela judicial consiste en la posibilidad de los ciudadanos que sufren la vulneración o afectación a sus derechos, de poder recurrir a los tribunales que establece la ley para pedir tutela de sus derechos (Ferrada, Bordalí, 2008:p.139). Por tanto, en este acápite, tomarán relevancia cuestiones tales como la legitimación procesal y la cautela de derechos o intereses legítimos por tales acciones, así como la existencia de barreras procesales, entre otros.

El derecho a la tutela judicial, es un derecho de amplísima titularidad, prácticamente sin restricciones o limitaciones respecto a su ejercicio, confundiéndose,

entonces, con la capacidad para ser parte en el proceso. La titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, en el derecho español, del mismo modo, es propio de las personas jurídico-públicas, sin que tal garantía sea exclusiva de los derechos de los particulares (Díez-Picazo Jimenez, 2000:p.15)⁸

Los autores, recuerdan una distinción a propósito de la legitimación, en relación con los intereses o derechos custodiados por la protección jurisdiccional, diferenciando entre una *jurisdicción subjetiva* –si el ordenamiento jurídico reconoce legitimación a los titulares de un derecho subjetivo o de un interés lesionado – y una *jurisdicción objetiva*, en el supuesto que el ordenamiento juicio desvincula la legitimación de las situaciones jurídicas lesionadas, reconociendo aquellas a un órgano público, encargado de la defensa de la legalidad. Así, en una jurisdicción objetiva, la defensa de la legalidad o del interés público pasa a un primer plano como objeto de la tutela jurisdiccional. (Cordón Moreno, 2011:p.101)⁹ Sobre el particular cabe agregar que los modelos de justicia administrativa que adscriben al modelo subjetivo han optado por configurar su actividad sobre la base de “derechos subjetivos” e “intereses legítimos”, entendiendo tales posiciones jurídicas como habilitantes para la puesta en marcha de la actividad administrativa, y, según el Tribunal Constitucional Español, así como el Tribunal Supremo español, el concepto de “interés legítimo”, es una exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Ferrada, 2012:p.114).

Empero lo anterior, la doctrina ha dado cuenta de la dificultad de dejar fuera de la tutela judicial a aquel ciudadano que no invoca derechos subjetivos o intereses legítimos,

⁸ Comenta Díez Picazo, sobre el particular, que “negar la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva a las personas jurídico-públicas comporta un exceso de individualismo en la concepción de los derechos fundamentales, así como que negar tal derecho a entes que tienen como misión la defensa del interés público, supondría la falta de la tutela jurisdiccional que dichos entes, aunque sea a través de la autotutela, llevan a cabo frente a actividades ilícitas”. (2000:p.16). En Chile, piénsese en acciones de Nulidad de Derecho Público resueltas por nuestra Excelentísima Corte Suprema, como INP con Cuello, citado por Jorge Bermúdez, como ejemplo de una acción de nulidad de un acto administrativo iniciado por la propia Administración del Estado. (2010:p.116).

⁹ El origen de tal distinción se encuentra en Francia, en los procedimientos específicos utilizados por los operadores jurídicos ante el Consejo de Estado, a partir del denominado recurso de plena jurisdicción (sistema subjetivo de justicia administrativa) y el recurso por exceso de poder (sistema objetivo de justicia administrativa). (Chapus R., 2004:p.197, citado por Ferrada (2012:p.107).

como podría ser un interés público o un mero interés en la legalidad. Sobre el mismo punto, no puede decirse que ejerce su derecho a la tutela judicial quien invoque tales intereses – que en Chile, serían ejemplo de tales, como acciones populares o públicas, las peticiones de declaración de inconstitucionalidad de preceptos legales declarados previamente inaplicables, ante el Tribunal Constitucional (93 N° 7 CPR) – toda vez que no se garantiza a todas las personas el ejercicio de las acciones populares, toda vez que al formularse la petición al órgano jurisdiccional, ya nadie más podrá reiterar esa petición. En estas consideraciones, las acciones públicas o populares actúan muy lejos de la lógica y del sentido del derecho fundamental a la tutela judicial, pues este derecho debe ser entendido como una contrapartida al hecho que el Estado ha expropiada a las personas de la posibilidad de autotutelar sus derechos e intereses. Con las acciones populares, que suponen un trasfondo abstracto y objetivo, no hay necesidad de compensar nada a los ciudadanos, pues estos no han sido expropiados de ninguna herramienta que les permita tutelar derechos o intereses a ellos atribuibles (Bordalí, 2011:p.327)

La Constitución chilena, en todo caso, y siguiendo, tal vez sin quererlo, al derecho alemán, decide en materia de legitimación, por un sistema subjetivo de justicia administrativa, donde el núcleo central está construido sobre la idea de “lesión de derechos”, posición jurídica subjetiva desde la cual debe erigirse el sistema de impugnación de actos administrativos (Ferrada, 2012:p.116), dejando de lado la protección de intereses.¹⁰

Otro punto fundamental en materia de acceso a la justicia, radica en la existencia de barreras de entrada para el ejercicio de la acción jurisdiccional, tales como el *solve et repete* o la necesidad de ejercer vías administrativas previas al ejercicio de acciones jurisdiccionales.

Frente al *solve et repete* (paga y reclama), la doctrina ha indicado su desacuerdo con la existencia de cauciones o fianzas que condicionen el derecho a accionar

¹⁰ No obstante, reconocimiento de la tutela de intereses, es posible ubicar en el Reclamo de Ilegalidad Municipal contemplado en la LOC de Municipalidades. En estos casos, es evidente que existe una opción por parte de la Corte Suprema, con matices, por el establecimiento de una especie de “recurso por exceso de poder”, pues tal reclamo se concede del mismo modo a los agraviados o afectados por el acto. (Ferrada, 2012:p.119).

(Bordalí,2010:p.737). Incluso, desde una perspectiva constitucional, restringe el derecho de defensa judicial a las personas de escasos recursos (Masone,2009:p.198). En esta línea, el solve et repete, como indica González Pérez, “constituye una flagrante infracción al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad” (2001:p.143).

En nuestro país, la regla del solve et repete, incorporada en diversas numerosas disposiciones legales, ha sido objeto de requerimientos ante el Tribunal Constitucional, declarando su inconstitucionalidad por lesionar las garantías de los artículos 19 N° 3 y 26 de nuestra Carta Fundamental, así como vulnerar el principio de inexcusabilidad de los tribunales de justicia (Lewis, 2011:p.488).

Luego, respecto al ejercicio de la vía administrativa en forma previa al ejercicio de acciones jurisdiccionales, la doctrina española ha anotado que la decisión administrativa previa como expresión de un poder de autotutela, que dispensa a la Administración de tener que acudir al Juez para poder atender sus propios intereses, sigue siendo una técnica sin la cual difícilmente podría funcionar (García de Enterría, 1992:p.64). La razón de ser de tal requisito o medida previa al ejercicio de una acción de rango jurisdiccional, se encuentra en que ello permite una verdadera selección de las causas litigiosas, “limitando el número de las que lleguen verdaderamente al juez, con gran beneficio para el ejercicio de la función jurisdiccional, que no es obstaculizada o bloqueada por una enorme cantidad de recursos”(Barnés, 1993:p.225), en beneficio para los propios usuarios de la justicia que reciben un servicio más rápido y más selectivo (Falcon, 1993:p.225).

Si bien existen ordenamientos jurídicos que han derogado los mecanismos como los descritos, por ejemplo: Italia, 1971; Francia, 1889, la tendencia, atendida la mayor recepción en las legislaciones comparadas de tal impedimento procesal, (tales como Argentina, España, Chile, Costa Rica) es actualmente la inversa, esto es, el agotamiento de la vía administrativa como requisito para formalizar la vía jurisdiccional.¹¹

¹¹ Ejemplo de tal necesidad, en Alemania, es el ejercicio del *Widerspruch* como antecedente necesario para una demanda contenciosa administrativa anulatoria. (Capitant, 2009:p.108). En Chile, el ejemplo más evidente de tal requisito o condición de acceso a la vía jurisdiccional, radica en el Reclamo de Ilegalidad Municipal, contenido

En Chile, el ejercicio de una reclamación administrativa puede obstar el ejercicio de una acción jurisdiccional, y, de esta manera, ser aquella reclamación, una forma de impedimento procesal para el ejercicio de una pretensión judicial. En efecto, el artículo 54 de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo, contiene las reglas que aseguran la dilación de la vía jurisdiccional, la interrupción de la misma vía, y la inhibición de la actuación administrativa en caso de deducción de un recurso jurisdiccional, normas que, en el fondo, regulan la relación que existirá entre la vía administrativa y la jurisdiccional frente a las posibilidades de reclamación contra la Administración por parte de los particulares.¹² Solo en el supuesto del artículo 54 inciso 1° de la norma recién citada, el administrado que ha optado por la vía administrativa, no puede intentar en forma paralela a la vía jurisdiccional (Bermúdez, 2011:p.189)

3.3. El derecho a obtener una resolución congruente en derecho que resuelva sobre el fondo.

Conforme afirma la doctrina, el derecho a la tutela judicial se compone de dos exigencias adicionales: la motivación y la congruencia de las sentencias. (Picó I Junoy, 2012:p.77). El derecho a la tutela judicial significa la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, independiente del tipo de pretensión formulada y de la eventual discusión acerca de la legitimidad procesal de quien actúa. (Bardelli, 2008:p.1212). Pero además, el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener del órgano jurisdiccional imparcial una resolución, examinada, sostenida desde el punto de vista de los argumentos de acción y defensa, sobre el fondo de la pretensión formulada, ya sea favorable o desfavorable, o una resolución de inadmisión de la misma. Lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, es el éxito de la pretensión deducida (Díez-Picazo, Ignacio, 2000:p.23).

en los artículos 140 y siguientes la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y su fase previa administrativa ante el Alcalde.

¹² Jorge Bermúdez, en todo caso, agrega que la regla de la inhibición no opera en relación al *recurso de protección*, atendido a la redacción del artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, por un lado; y, por otro, el mayor rango normativo de semejante acción constitucional.(2011:p.189)

De esta manera, el derecho a la tutela judicial, no garantiza siempre y en todo lugar que el tribunal dé inicio y trámite un proceso y dicte, al final, una sentencia definitiva, dado que el juez está habilitado para declarar inadmisibile la demanda al no cumplirse con determinados presupuestos procesales. (Bordalí, 2011:p.332). En este orden de ideas, acierta la doctrina al precisar que cuando la acción es ejercida, ella pasa por varias fases, hasta llegar al juicio del mérito, en la que entran en examen la veracidad de las afirmaciones de hecho y de la solidez de los fundamentos jurídicos para que el pedido sea acogido, dando al actor la oportunidad de influir sobre el convencimiento del juez. Lo anterior, es sin duda relevante, pues como la acción es un derecho, el actor obviamente no está obligado a convencer, sino que solo a disponer de esa oportunidad. (Marinoni et al., 2010:p.202). Por ende, cabe añadir lo que apunta Ferrada en materia de tutela judicial, al expresar que ella, a fin de cuentas, lo que se garantiza al ciudadano es el acceso a un juez o tribunal independiente e imparcial para solicitar el amparo de sus derechos e intereses legítimos (Ferrada, Bordalí, 2008:p.148).

3.4. El derecho al recurso legalmente provisto.

Este tercer rasgo esbozado por la jurisprudencia española – emanada del Tribunal Constitucional – hace referencia a la consagración al derecho al recurso, a los supuestos en que procede, los requisitos para formalizar la vía recursiva, y la imposibilidad de frustrar su ejercicio por medio de resoluciones de inadmisibilidad sin algún tipo de motivación, o fundado en simple arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad (Picó I Junoy, 2012:p.98). La doctrina afirma sobre el particular, que la existencia de los recursos nace de la realidad de la falibilidad humana, que en el caso de la sentencia recae en la persona del juez y en “la pretensión de las partes de no aceptar la resolución que les cause un perjuicio por no haber acogido las peticiones formuladas en el proceso” (Mosquera, Maturana, 2010:p.21).

En el derecho alemán, el procedimiento administrativo reglado en la VwGO, prevé, entre diversas acciones constitutivas, la acción impugnatoria o de anulación de un acto administrativo (*anfechtungsklage*), en contra de la resolución que falla la vía administrativa previa (*Widerspruch*).¹³ Frente a las decisiones de los Tribunales Administrativos, la ley

¹³ Según los artículos 69, 74, 124 y siguientes de la VwGO.

alemana prevé tres vías recursivas con la finalidad de obtener la revisión judicial, a saber: la apelación (*Berufung*), que implica un nuevo y amplio examen del objeto litigioso, pudiendo incluso revisar nuevos hechos y pruebas; la casación (*revision*), sujeto a causas tasadas, entre otras, cuando la sentencia del Tribunal Administrativo Superior adolezca de un vicio procesal, o bien cuando se separe de la jurisprudencia anterior; y la súplica (*beschwerde*), que procede en contra de resoluciones judiciales de los órganos jurisdiccionales que no sean sentencias ni providencias, debiendo interponerse, ante el mismo juez a quo. A través de la súplica, pueden impugnarse, por ejemplo, el auto que dicta el Tribunal Administrativo en materia de tutela cautelar o la inadmisión de una apelación (Sommermann, 1993:p.95).

En el caso francés, la vía recursiva está compuesta por la apelación (ante los Tribunales Administrativos de Apelación si se trata de resoluciones adoptadas en materia de recurso de plena jurisdicción; o ante el Consejo de Estado si se trata de resoluciones adoptados en recursos por desviación de poder); y la casación administrativa (únicamente ante el Consejo de Estado) (Moderne, 1993:p.314).

En nuestro país, las hipótesis recursivas estarán dadas por la regulación contemplada para cada proceso administrativo, general o especial, frente a los cuales dable es apreciar una amplia variedad de procesos especiales dispuestos por el legislador para conocer de estas controversias (Ferrada, 2011:p.264). A ello, debe añadirse la falta de una justicia administrativa especializada, así como a la existencia de una variedad de órganos que resuelven numerosas acciones o recursos especiales, con lo que se constata la existencia de un gran desorden en la justicia administrativa chilena (Vergara, 2011:p.47).

3.5. El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

El cuarto elemento que define el contenido del derecho a la tutela judicial, consiste en el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Siguiendo el esquema propuesto por Bordalí (2011:p.333), tal garantía abarca tres aspectos:

- Derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (o respeto de la cosa juzgada).
- Derecho a disponer de medidas cautelares.

- Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

El primer aspecto que comprende esta garantía, la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, conforme explica la jurisprudencia española, significa “tanto el derecho a que se ejecuten en sus propios términos, como a que se respete su firmeza y la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, aun sin perjuicio, naturalmente, de su modificación o revisión a través de los cauces legalmente previstos” (STC 55/2000). Así, la sentencia, objeto del proceso (Alvarado, 2011:p.619), es un acto procesal en torno al conflicto o a un elemento accesorio o relevante del proceso, o bien llamado a ordenar su desarrollo (Núñez, Pérez, 2013:p.419), las que no pueden ser modificadas, pues, de lo contrario, los procesos no concluirían nunca y la citada tutela sería inútil (Díez-Picazo, 2008:p.434). En todo caso, cabe tener presente el efecto de las resoluciones dictadas en procedimientos sumarísimos y urgentes, tales como el recurso de protección en Chile, contemplado en el artículo 20 CPR, cuya sentencia produce únicamente efectos de cosa juzgada formal, permitiendo debatir lo resuelto en el recurso en un juicio posterior, por no empecer a las pretensiones declarativas o ejecutivas que pueden ventilarse en procedimientos ordinarios (Zúñiga, 2007:p.72).¹⁴

Respecto al derecho a disponer de medidas cautelares, la protección que otorga el derecho a la tutela judicial, implica que cuando se dicte una sentencia favorable, el objeto del litigio permanezca inalterable, evitando acontezcan daños irreparables o se hayan consumado los hechos que se pretenden impedir (García Macho, 2009:p.78). De lo anterior, nace la necesidad de crear institutos que permitan anticipar la necesidad de tutela, aunque sea provisoriamente, ante intereses enfrentados aplicando medidas cautelares (Cassagne, et al. 2009:p.56).

¹⁴ En este mismo sentido, Soto Kloss (1982:p.198); Maturana y Mosquera (2010:p.427). En todo caso, Raúl Tavolari, indica que por aplicación de las reglas generales del derecho procesal nacional, lo resuelto en protección es inamovible y no puede ser impugnado por el tercero a quien se impuso una prestación o en contra de quien se dictó una resolución sancionatoria, produciendo cosa juzgada en caso de acogerse el recurso, no pudiendo ser enmendada por la jurisdicción ordinaria, a requerimiento del sujeto en contra de quien se impusieron sus prestaciones. En caso de ser denegatoria la sentencia, el litigante cuyas prestaciones de auxilio constitucional se rechazaron, puede obtener lo pedido a través de la justicia ordinaria. (2000:p.528).

Finalmente, en relación con el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, Bordalí expresa que la tutela judicial no se satisface únicamente con una sentencia de fondo, si es que se han cumplido los requisitos y presupuestos procesales exigidos por el legislador, ya que de poco serviría esa resolución si después no pudiera materializarse o hacer cumplir el mandato que contiene. (2011: p.334).

4. La tutela cautelar.

La duración del proceso es uno de sus defectos, y por mayores que sean las intenciones de perfeccionamiento y regulación que se puedan pretender, jamás podrán ser eliminados totalmente. Ello pues, independiente de cual sea la naturaleza del proceso que pueda ventilarse en un caso concreto, entre la situación de hecho inicial de un juicio y el término del mismo, media necesariamente un periodo de tiempo durante el cual se prolonga el litigio, con todos los daños que del proceso, atendida su extensión, puedan derivar (Carnelutti,1944p.243). En este sentido, una debida protección de los derechos e intereses de las personas, depende en muchas oportunidades que el órgano jurisdiccional, al conocer y fallar un asunto litigioso, pueda “detener, retroceder o acelerar el curso del tiempo, sea impidiendo que cambie una situación, eliminando el cambio ocurrido o bien anticipando su ocurrencia” (Bordalí, 2001:p. 53).

De esta forma, la *ineficacia de una sentencia* a dictarse al interior de un proceso judicial, aparece como un elemento a evitar por parte de la labor jurisdiccional, cuestión que crea la necesidad de provocar una actividad preventiva que a través de vías adecuadas, impida la lesión o deterioro de los derechos que a la parte le puedan asistir. (Cassagne, 2007:p.2). Los juicios al prolongarse más allá de lo razonable y una vez alcanzada la decisión final, a menudo tal situación, resuelta judicialmente, llega demasiado tarde y carece de utilidad. (Arazi, 2013:p. 3). O, como precisó Chiovenda, “*el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón*”.

4.1. El derecho fundamental a la tutela judicial y la tutela cautelar.

Afirmábamos que, entre los rasgos de la tutela judicial como derecho fundamental, se encuentra el *derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales*, el que, en síntesis, consiste en que el objeto del litigio permanezca intangible y que en este no se hayan

producido daños irreparables o se hayan consumado los hechos que se pretenden evitar (García Macho, 2009:p.78).

La garantía de los derechos fundamentales de la persona en el Estado democrático, descansa en la posibilidad cierta que los órganos jurisdiccionales proporcionen herramientas a los particulares que pretendan recurrir contra ellas a partir de las lesiones que la actuación estatal les pudo causar (Carrillo, 2008:p. 233). Sin embargo, en la tutela jurisdiccional que pueda otorgarse a los particulares, suele entrar en conflicto con el tiempo del proceso, y, así, colisionan dos rasgos o valores tal vez opuestos: la seguridad y la efectividad de la decisión judicial, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales, las que pueden comprometerse entre sí, afectándose en el sentido que la efectividad y la seguridad, parecen ser antagonistas, siendo un claro ejemplo de tal conflicto las *decisiones inaudita altera parte* para prevenir un daño en que la seguridad es desplazada con vistas a “posibilitar la efectividad del derecho probable de la parte” (López Olvera, 2009:p. 197). En simples términos, evitar aquello que Parada denomina, “estafa procesal” (2002:p. 730).

En este sentido, las consecuencias de la actuación administrativa ocurrirán a partir de sus rasgos propios, esto es, la presunción de validez y eficacia, actuación que finalmente, y aun a pesar de la oposición posible por vía judicial del particular, producirá plenamente sus efectos (Bermúdez, 2011:p.463). Así, se ha reseñando alguna sentencia del Tribunal Constitucional Español, en el sentido que, la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial, “se satisface facilitando que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre su suspensión.” (Picó I Junoy, 2012:p. 92).

4.2. La ejecutividad del acto administrativo o autotutela ejecutiva y la presunción de legitimidad enfrentada a la tutela cautelar.

La administración del Estado, en cumplimiento al mandato constitucional que se le encarga, no podría cumplir con eficacia su misión, esto es, la satisfacción de los intereses generales de la población, si su actuación se ve constantemente interrumpida por la interposición de reclamaciones (sea administrativas o judiciales) en contra de las diversas manifestaciones decisorias a las que pueda arribar. De ese modo, la ejecutividad o eficacia de los actos administrativos, entendiéndose por tal, el principio en cuya virtud una vez

perfeccionados los actos administrativos producen todos sus efectos, sin que pueda diferirse su cumplimiento por el particular, es una prerrogativa que tiene un fundamento constitucional: “la eficacia en el servicio al interés general”¹⁵(Chinchilla, 2009:p.132).

Sin embargo, el problema fundamental en esta materia, es decir, en el conflicto que puede provocarse entre la ejecutividad administrativa y la efectividad de la decisión de la autoridad, es que aquella no puede operar prescindiendo o al margen de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, operando esta última como un límite insalvable al principio de la ejecutividad administrativa. Así, las medidas cautelares no son medidas extraordinarias o especiales, o cuestiones de carácter absolutamente excepcional, sino instrumentos de carácter ordinario, adquiriendo así, tales medidas, una perspectiva que las sitúa en el ámbito del derecho administrativo constitucional (Rodríguez Arana, 2006:p. 129).

La tutela judicial está constituida de un modo omnicompreensivo, pues contiene a la efectividad de la sentencia y a la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos como principios. Así, corresponden a los organismos del Estado, el deber de instar por el respeto y garantía de tales valores, otorgando, entonces, en razón de la citada garantía constitucional, mayores poderes al órgano jurisdiccional como puede reflejarse, por ejemplo, ante las omisiones de la Administración o en las extralimitaciones que conlleven su actuar, “a ordenar el no hacer, a ejecutar sus propias decisiones, y a disponer de las medidas cautelares que impidan un perjuicio irreparable al ciudadano” (Araujo Oñate, 2011:p. 269).

Una conexión adecuada, entonces, entre *ejecutividad administrativa* y *efectividad de la sentencia*, pasa necesariamente por el equilibrio de ambos principios frente a la *presunción de legitimidad* de los actos administrativos¹⁶, según la cual, se permite presumir,

¹⁵ Pablo Gallegos, define la suspensión de un acto administrativo como “la interrupción de la ejecución del acto administrativo como la interrupción temporal y absoluta o relativa de dicha ejecución. Esta interrupción no puede ser permanente, porque entonces implicaría un caso de revocación y cómo, en cuanto a su extensión, puede alcanzar a la totalidad de las declaraciones contenidas en el acto administrativo o solamente parte de las mismas”.(2006:p. 216).

¹⁶ Principio contenido, por ejemplo, en España en el artículo 57.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y, en el artículo 12 de la Ley 19.549 Nacional de Procedimiento Administrativo, en Argentina.

iuris tantum (Bermúdez, 2011:p. 402), que la Administración ha actuado dentro de la legalidad vigente, en razón que el objetivo de las medidas cautelares contra la Administración es, ordinariamente, restarle ejecutoriedad a un acto administrativo, es decir, sustraer su eficacia ejecutoria a aquel acto objeto de una *pretensión de ilegitimidad* opuesta por una afectación a un derecho subjetivo y el peligro de un daño de difícil o imposible reparación (Cassagne et al., 2009:p. 57).

4.3. Presupuestos de tutela cautelar. El interés público como presupuesto adicional a la tutela cautelar en la justicia administrativa.

Tradicionalmente, explica Alejandro Romero Seguel, el sistema cautelar descansa sobre dos presupuestos esenciales: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* (2012:p. 58).

El primero de estos dos presupuestos, el *fumus boni iuris*, se basa en la existencia del derecho en el caso concreto respecto del cual se pide la cautela (Calamandrei, 2005:p. 79) e implica un grado de convicción en el sentenciador acerca de si en el juicio que se somete su conocimiento existe la posibilidad de dictarse una sentencia que favorezca a la pretensión deducida (Tavolari, 2000:p. 361). El presupuesto de humo del buen derecho, apunta a su verosimilitud, esto es, que tenga apariencia de ser el derecho invocado, verdadero y resulte creíble para el juez ¹⁷(Alvarado, 2011:p. 49).

El segundo presupuesto es el *periculum in mora*, el que se integra por los riesgos que son amenaza para la efectividad de una sentencia posible, a partir de la demora o retardo en obtener la dictación de aquella de parte del órgano jurisdiccional, (Ortells, 1996:p. 14) presupuesto que, a su turno, se configura sobre dos elementos que se encuentran intrínsecamente conectados: la demora y el daño (Cortez Matcovich, 1999:p. 106). El *periculum in mora* es, sencillamente, “el peligro de daño jurídico” que sobre la resolución definitiva puede sobrevenir derivado a partir del inevitable retardo de la decisión que sobre el

¹⁷ Bordialí, aclara que en las medidas cautelares dictadas a propósito de un recurso de protección, no concurre el requisito del *fumus*, pues, tratándose de derechos fundamentales, es decir, derechos predicables de todas las personas por el mero hecho de ser tales, su existencia ya es un dato recogido a nivel constitucional. De este modo, la exigencia del *fumus*, en caso de contenciosos que persigan proteger derechos constitucionales, el presupuesto del *fumus* “debiese limitarse a la probabilidad de un daño, y no a la existencia del derecho mismo, puesto que se supone que toda persona lo lleva ínsito en sí, y como tal, nada tiene que acreditar”. (2001p.64).

litigio se adopte, cuestión que hace necesario y urgente la obtención de alguna medida jurisdiccional provisoria tendiente a asegurar los resultados de dicha acción. (Calamandrei, 2005:p. 42). El *periculum*, se visualiza en la posibilidad de que en el periodo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho a través del desarrollo de la función jurisdiccional, surja alguna dificultad o contingencia en los hechos que impida o restrinja la decisión judicial tornando, en definitiva, aquella en inútil (Bordalí, 2001:p.63).¹⁸

A su turno, la exigencia de la caución o contracautela, se fundamenta en el derecho de la parte en contra de la cual se decreta la cautela, de ser tratado en igualdad de condiciones procesales que el solicitante de la medida, fundado en el deber de imparcialidad del juez (Marín, 2004:p.55). Al decir de la doctrina italiana, “aquella se instituye para garantizar el resarcimiento de daños a quien se hubiera desprovisto o disminuido del goce de un bien en virtud de una preventiva, y que por tal razón ésta puede ir acompañada de una medida de contracautela, es decir, el mandato al actor de prestar fianza” (Chiovenda, 1951:p. 318). En todo caso, añade Tavolari, en relación con nuestro sistema cautelar, la exigencia de contracautela, no constituye un tercer presupuesto necesario en la concesión de cautela, reservándose únicamente para el caso del artículo 298 del CPC (1992:p.15).

Sin embargo, de lo que se quiere dejar nota en este punto es de lo siguiente: que en materia contenciosa administrativa, y a diferencia de la órbita de las relaciones privadas, parece ser que *el interés público* no debe ser preterido como elemento relevante al momento de otorgar la tutela solicitada, sino que debe ser considerado como un presupuesto adicional. Así acontece, por ejemplo, en el caso argentino, en que el interés público debe ser tenido a la vista en materia de concesión de medidas cautelares como uno de los requisitos de fondo tratándose de los procedimientos internos de la Administración, según lo ordena el artículo 12 de la Ley 19.549 sobre Procedimiento Administrativo en Argentina (López Olvera, 2006:p. 110).

¹⁸ Muestra de lo anterior, es que en las diversas legislaciones, los presupuestos antes mencionados, y aun cuando se examinará con mayor detalle en el apartado siguiente, se contienen en las regulaciones positivas, por ejemplo, bajo la formulación que expone el artículo 130.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en España, esto es, “evitar que el recurso pierda su finalidad legítima”. (Chinchilla, 2009:p. 146).

A su turno, en España, el artículo 130 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, remite a la ponderación circunstanciada de todos los intereses enfrentados en el proceso a objeto de otorgar la tutela cautelar, intereses entre los que se encuentran, qué duda cabe, *el interés público o general*, el que puede vislumbrarse a favor de la adopción de la medida cautelar (Chinchilla, 2009:p.153), interés que, en todo caso, debe siempre ponderarse y no sentar una prevalencia de aquel, per se (Rodríguez Arana, 2006:p.140).

Los jueces, en materia administrativa, deben valorar el interés público al momento de otorgar una medida cautelar, pues la finalidad última de toda función estatal es la realización de la justicia, interés público que estará definido, en el caso cautelar, en la ponderación de la *suspensión, mantención o alteración* de la situación de hecho mientras dura el proceso judicial (Cassagne, 2007:p. 18).

4.4. Clases de tutela cautelar.

Tradicionalmente, se ha distinguido en entre medidas cautelares *conservativas e innovativas*.

Las primeras, las conservativas, se identifican con la mantención de la situación de hecho existente al momento de decretarlas, impidiendo la alteración del statu quo, evitando el daño que se prevé pueda acontecer. (Carnelutti, 1944:p. 246) Se evita, de este modo la consumación del *periculum in mora* sobreviniente (Romero Seguel, 2012:p. 59).

Las segundas, las innovativas, a la inversa de las anteriores, tienen por finalidad alterar la situación existente en el litigio, que, de no decretarse, comprometen el resultado del juicio (Carnelutti, 1944:p. 249).

En el ámbito administrativo, y reflejo de la distinción anterior, advertiremos dos tipos de medidas cautelares: la suspensión del acto administrativo y las medidas innovativas.

La *suspensión del acto administrativo*, cautela de naturaleza conservativa (Carrillo, 2008:p.43), es la medida por excelencia en el contencioso administrativo. Dicha medida es la contrapartida del principio de presunción de validez de los actos administrativos así como del poder de autotutela ejecutiva de la Administración del Estado, y supone la privación de los efectos del acto administrativo a través del procedimiento impugnatorio

respectivo (Bermúdez, 2011:p. 466). La suspensión es una medida que se dirige esencialmente en contra de actos que no importen denegaciones, es decir, no tiene utilidad frente a supuestos de inactividad (García de Enterría, 1992p. 65).

Por su parte, la *tutela innovativa* supone una actividad por parte de la Administración, es decir, verdaderas obligaciones de hacer para el ente administrador (López Olvera, 2006:p.116). Respecto a ellas, la Administración del Estado queda bajo el mandato de realizar prestaciones positivas respecto al particular, las que pueden consistir, incluso, en la ordenación de una situación que amplíe o favorezca los derechos del recurrente (Carrillo, 2008:p. 243). Estas medidas, permiten al ciudadano obtener, sin mayores dilaciones, lo que la Administración le niega al ciudadano (Cassagne, 2007:p. 24).

II. La tutela cautelar en la justicia administrativa comparada.

1. La tutela cautelar en el Derecho Argentino.

En el derecho argentino, la tutela cautelar en la justicia administrativa se encontraba hasta hace algunos años, desde el punto de vista de su regulación, en una situación similar al sistema chileno, ya que carecía de regulación propia y sistemática utilizando, por analogía, principalmente los preceptos de la legislación común (Cassagne, 2007:p. 368)¹⁹. Bajo este esquema, se aplicaban a los asuntos contenciosos administrativos, las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (CPYCN, en adelante) (Carrillo, 2009:p. 99).

La situación anterior cambia en parte en el mes de abril de 2013, al dictarse la ley N° 26.854 que establece el régimen aplicable a las medidas cautelares propias de las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional o sus entes descentralizados. Así, la Ley N° 26.854, regula las vinculaciones de los particulares con el Estado Nacional Argentino o sus entes descentralizados – tal como su nombre lo designa – quedando fuera de esta normativa, las relaciones de los ciudadanos con los Estados provinciales o municipales, las que se encuentran regidas en particular por la leyes propias de los procesos judiciales contenciosos administrativos, en especial, el CPCyCN (Cabral, 2013:p. 25).

1.1. Régimen común del CPCyCN y de la ley 19.549. Primeramente, de la prohibición de innovar.

Bajo el sistema del régimen que consagra el CPCyCN, se regula la *suspensión de los efectos del acto administrativo* es decir, la suspensión de su cumplimiento o ejecutoriedad. Sobre el particular, explica Juan Carlos Cassagne, que la ausencia de un Código de orden nacional condujo, tanto a la jurisprudencia como a la doctrina, a recepcionar, por analogía, la denominada figura de la “*prohibición de innovar*”, propia del ámbito procesal civil, cuyo uso

¹⁹ Desde esta perspectiva, resulta posible denominar *regulación común* en materia cautelar a aquella referencia que el ordenamiento contencioso administrativo de que se trate, pueda hacer al derecho común; y, *regulación propia*, a aquella que se basta en la sola reglamentación en leyes especiales en materia administrativa, sin hacer referencia a ordenamientos comunes. La aplicación de sistemas comunes a la justicia cautelar, ha merecido reparos, tal como recalca Lorenzo de Membiela, el que indica que, en España, la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil es indebida a través de una interpretación amplia del párrafo primero del art. 129 de la LRJCA, por cuanto no existe laguna alguna en la Ley; y, por otro lado, los principios procesales que inspiran cada jurisdicción, son distintos: el interés público en la LRJCA; el dispositivo en la LEC. (2001:p. 64).

permitía obtener la suspensión de actos administrativos (2001:p.211). No obstante la amplitud de medidas cautelares contempladas en el CPCyCN (en total, ocho²⁰), en materia de procesos administrativos la más utilizada es la prohibición de innovar, para suspender los efectos de los actos impugnados. Las otras, difícilmente se aplican en esta materia (López Olvera, 2006:p. 102).

La doctrina indica que, en algunos casos, y en razón de la misma ausencia de norma cautelar aplicable al sistema administrativo, los jueces, hace algunas décadas, hacían aplicación del artículo 12 de la Ley N° 19.549 sobre Procedimiento Administrativo, para suspender los efectos del acto administrativo²¹. En todo caso, el fuero federal ha afirmado, una tendencia generalizada a acudir a la preceptiva procesal civil en desmedro de la solución de ley de procedimiento administrativo como fundamento para la suspensión del acto. (Cassagne, 2001:p.215).

La prohibición de innovar, como medida cautelar en el derecho argentino, está regulada en el artículo 230 del CPCyCN, el cual permite la interposición de tal medida *en toda clase de juicio*, y, como su nombre lo indica, tiene como fundamento “en la necesidad de mantener el estado actual de ciertas cosas o situaciones litigiosas, de hecho o de derecho, durante todo el tiempo que se discuta procesalmente sobre ellas, de donde resulta la prohibición judicial al cautelado para innovar a su respecto” (Alvarado, 2011:p. 804).²²

²⁰ Los artículos 195 a 237 del CPCyCN contienen las siguientes, como nominadas, las medidas cautelares de embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes, la anotación de la litis, la prohibición de innovar, la prohibición de contratar, la guarda de personas, además de las medidas cautelares genéricas, que son aquellas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, creando, además, la jurisprudencia: la medida precautelada (en el marco de las medidas innominadas).

²¹ El artículo 12 de la LNPA, prescribe que “*El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.*”

²² Indica Ezequiel Cassagne, que para un sector de la doctrina trasandina, la disposición legal recién citada, al referirse a la medida cautelar de no innovar, comprende también la medida innovativa, toda vez que la redacción de la misma norma, contempla la necesidad de modificar la situación cuyo mantenimiento genera un peligro. En todo caso, esta tutela judicial clásica del derecho procesal administrativo requiere una importante y prudente

A la prohibición de no innovar, se añaden las *medidas innovativas o positivas*, las que se encuentran reguladas en el artículo 232 del CPCyCN. (Juan Carlos Cassagne, 2007:p.372). Sobre el particular, indica López Olvera, que por las medidas innovativas se dispone mediante el dictado de un mandato judicial, a un órgano específico de la administración pública para que observe una conducta activa, es decir, una “*obligación de hacer*”. Añade el autor sobre la materia, que para la dictación de esta medida, además de aquellos requisitos propios de toda otra medida cautelar, se exige que el daño que pueda causarse a quien la solicite, por la situación de hecho o de derecho que se pretender innovar, sea irreparable (2006:p.116).

En el caso de ambas medidas, la distinción es importante porque las medidas innovativas exigen un estándar más elevado y severo para su procedencia, puesto que con ellas la tutela conferida no mantendrá, sino que alterará el *statu quo*, otorgándose al actor sustancialmente una protección equivalente a la que reclama en la demanda. Sin embargo, la distinción recién anotada no ha de quedar en lo terminológico pues muchas veces bajo el título de prohibición de innovar o suspensión del acto administrativo se puede estar escondiendo una medida innovativa que coincida con los efectos de la sentencia y que por ello “exija de mayor intensidad de recaudos” (Safi, 2009:p. 446)

El ordenamiento argentino contempla, de igual forma, a las *medidas precautelares* en el elenco de la tutela cautelar. Bajo este nombre, se designa a las medidas solicitadas por el actor, y decretadas judicialmente en forma previa al dictado de una cautelar, que permiten al sentenciador resolver la medida cautelar con un mejor conocimiento del litigio. El juez puede, mediante el dictado de medidas precautelares, decidir acerca de la procedencia de una medida cautelar, asegurando el objeto del litigio (López Olvera, 2006:p. 118).

Estas medidas, añade la doctrina argentina, si bien carecen de fundamento o regulación propia, poseen su *fundamento normativo en el derecho constitucional a la tutela*

valoración de la verosimilitud del derecho que el particular invoca, en razón de la presunción de legalidad propia de los actos administrativos. (2007:p.361).

*judicial efectiva*²³, pues, todos los jueces poseen un poder cautelar genérico derivado de la Constitución, más allá de aquel reglamentado o disciplinado en los Códigos procesales, con la finalidad de asegurar el proceso. En todo caso, añade la citada autora argentina, la medida precautelar tendrá efectos durante el plazo conferido a la Administración para producir, al interior del procedimiento judicial, el informe requerido o remitir los antecedentes solicitados. Una vez verificadas tales actuaciones, el juez revisa la concurrencia de los requisitos de la pretensión cautelar, pudiendo transformar a la precautelar, en una medida cautelar propiamente tal (Tenev, 2012:p.57).

Finalmente – y aun cuando en rigor no forman parte de la tutela cautelar – cabe precisar que el derecho argentino contempla *medidas autónomas y autosatisfactivas*.

Las primeras; se solicitan generalmente cuando el particular está tramitando el procedimiento administrativo y “todavía no se encuentra en condiciones de acceder, en principio, a la instancia judicial”. El fundamento jurídico de aquellas medidas, se encuentra en el artículo 195 del CPCyCN, solicitándose antes de deducida la demanda. La obligación que pesa sobre el particular, es la de promover la demanda en el plazo de diez días desde que se haya agotado la instancia administrativa, cuestión que lo habilita a iniciar la instancia judicial (Cassagne, 2007:p. 377).

Las segundas, las autosatisfactivas, consisten en un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, *inaudita parte*, agotándose con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una acción posterior para evitar su caducidad o decaimiento (López Olvera, 2006:p. 118). Estas medidas, no tendrían en sí una estricta naturaleza cautelar, dado que no son de naturaleza instrumental o accesorio, lo cual no obsta a que puedan decretarse de forma anticipada a la iniciación de un proceso principal (Cassagne, 2009: p.355).

²³ No obstante, añade Tenev, alguna doctrina argentina ha encontrado fundamento a tales medidas, en el mismo CPCyCN, en las facultades ordenadoras o instructoras de los jueces; así como en la posibilidad de dictar medidas innovativas del 232 del mismo texto legal. (Tenev, 2012:p.57).

1.2. El régimen creado por la ley 26.854.

Como advertimos, en abril del año 2013, se dictó la ley que establece el régimen aplicable a las medidas cautelares propias de las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional o sus entes descentralizados.

La ley descrita, en términos resumidos, encuentra su fundamento en el contexto de una tutela procesal diferenciada²⁴, la que se articula sobre la base de una visión socializante y transformadora de la sociedad, así como de una concepción participativa democrática, la que responde sobre la necesidad de otorgar un tratamiento formal privilegiado a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente (Cabral, 2013:p. 21)

En lo que importa a la materia de este trabajo, la citada ley advierte una serie de rasgos que es pertinente destacar:

En primer lugar, expresa la posibilidad que la resolución cautelar dictada por un juez incompetente, por razones de urgencia, sea revisada por el tribunal de igual grado que, en definitiva, resulte competente. Tal decisión legislativa, para alguna doctrina, ha sido advertida como una ventaja, dado que frente a un acto que afecte a un derecho individual, cederán los requisitos de competencia, pudiendo, ahora, ser dictada por un tribunal que carezca naturalmente de competencia (Salgan Ruiz, 2013:p. 59). No obstante, tal decisión, como anota Roland Arazi, criticando dicha facultad contemplada a otro tribunal de igual grado, contradice las normas más elementales de la organización judicial, del sistema dispositivo y del principio de congruencia (2013:p.6).

²⁴ Peyrano, refiere a tal concepto, indicando que se trata de una tutela que opera en base a requerimientos excepcionales y de urgencia, que precisan de instrumentos que otorgan al demandante, bajo un trato preferencial y de amplia legitimación, de un órgano jurisdiccional de amplias facultades, apartándose de los esquemas jurisdiccionales clásicos, en el marco de una pretensión principal en un proceso autónomo. Por ello, el ejemplo que da el autor, son las medidas autosatisfactivas. (2008:p. 28).

En segundo lugar, incorpora la imposibilidad de coincidir el objeto de la medida con la pretensión principal de la acción.²⁵ La finalidad de tal decisión, es evitar la procedencia de las llamadas medidas autosatisfactivas, toda vez que la Corte Suprema ha resuelto que quienes han obtenido esta clase de medidas, han obtenido un beneficio indebido a partir de la solicitud de tal, en desmedro de quienes no lo han hecho (Cabral, 2013:p.35)

Por otro lado, se añade la bilateralidad previa como requisito al otorgamiento de las medidas cautelares.²⁶ Para algunos autores, la inclusión de semejante exigencia para el otorgamiento de la medida en comento, permite calificar de inconstitucional a aquella ley, por tornar ilusoria la garantía de la tutela judicial efectiva al exigir informe previo a la autoridad demandada como requisito del juez para resolver. No obstante, la doctrina da cuenta de cierta desnaturalización de la institución cautelar, pues añade ciertas barreras procesales innecesarias para el otorgamiento en definitiva de la medida (Arazi, 2013:p.6).

Finalmente, es menester subrayar el límite impuesto por la normativa legal al juez para la determinación de la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, señalando como regla general, un plazo no mayor a seis meses²⁷. El límite temporal es solo en los casos en que se litiga *contra el Estado*, y no en hipótesis diversas de intervención procesal. El anterior deber judicial – de fijar un plazo para las medidas cautelares – opera en ciertos supuestos, entre ellos, en los procesos en que se encuentre comprometida la vida digna conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, derechos de naturaleza alimentaria o de carácter ambiental.

2. La tutela cautelar en el Derecho Español.

Explica la doctrina española, que el principio de tutela cautelar no es sino derivación de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución

²⁵ El inciso final del mismo artículo 3º, prescribe textualmente que “*Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal*”.

²⁶ En lo particular, el artículo 4º expresa que “*el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad demandada que, dentro del plazo de cinco días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud*”.

²⁷ Tratándose de procedimientos sumarísimos y en juicios de amparo, el plazo de vigencia no puede exceder a los tres meses.

Española, presentándose, de esta forma, como un límite infranqueable a la ejecutividad administrativa, y constituyéndose en instrumento de la tutela judicial ordinaria, adquiriendo así una perspectiva constitucional (Rodríguez Arana, 2006:p. 129).

La regulación positiva del poder cautelar del juez en materia administrativa, se encuentra hoy en día, en la Ley 29/1998 de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LRJCA). Sin embargo, con anterioridad a la LRJCA, regía en España, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA) de 1956, texto legal que se caracterizaba por considerar únicamente – pero de un modo excepcional – a la suspensión del acto administrativo en el catálogo de medidas cautelares, prefiriéndose de este modo al principio de la autotutela ejecutiva (Parada, 2002:p. 733). Como explica la doctrina española, la LJCA, partía de la regla general del efecto no suspensivo ante la interposición de recursos en vía judicial en contra de actos o disposiciones administrativas. Frente a este principio, se contemplaba la procedencia de la suspensión del acto, únicamente cuando la ejecución del mismo pudiera causar perjuicios de reparación imposible o difícil, en cuyo caso el Tribunal, a instancia del interesado, podría acordar tal medida cautelar (Rodríguez Arana, 2006:p. 136).²⁸

La cautela otorgada por el simple mandato legal del artículo 122 de la LJCA, señala la doctrina, había sido otorgada por el Tribunal Supremo Español de un modo rígido desde ese momento, advirtiéndose un abuso de la autotutela administrativa, pues el criterio – *periculum in mora* – utilizado para otorgar medidas cautelares, radicaba en una interpretación literal del artículo 122.2 de la LJCA, el que aludía a *ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil*, criterio que había sido calificado de insuficiente (García de Enterría, 2006:p. 2006), por un lado, por obviar la apariencia del buen derecho como condición legitimante para otorgar la cautela, – cuestión que solo por vía jurisprudencial y en contacto con el principio constitucional de la tutela judicial, se consolida a partir del año 1990 (Parada, 2002:p.733) – y, además, pues no podía concluirse de la simple posibilidad de

²⁸ El artículo 122 de la ley de 1956 expresa que “*La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión. Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil*”.

evaluar y reparar los daños o perjuicios un fundamento para negar la suspensión, en razón que la tutela judicial debe operar en base a los derechos e intereses en conflicto y no en base a una indemnización sustitutiva del daño causado (Carmona, 2009:p. 17).

La introducción de la LRJCA de 1998, mereció favorables comentarios toda vez que junto con ampliar el catálogo de medidas cautelares, incorporando a las medidas positivas que imponen conductas a la Administración, rechazó la regla anterior de la LJCA en materia de efectos de la impugnación judicial del acto, al indicar ahora, como regla general, la suspensión del acto administrativo y como excepción, su ejecutividad (Carrillo, 2008:p. 237).

El artículo 129 de la LRJCA, consagra los dos aspectos esenciales de la regulación cautelar: la cláusula general de medidas cautelares innominadas, y, por otro, su concepción como instrumento de garantía de la efectividad de la tutela judicial (Chinchilla, 2009:p. 139). En relación con lo primero, esto es a la *cláusula general de medidas cautelares innominadas*, valga precisar que bajo la Ley de 1956, el poder cautelar del juez – restringido a la suspensión de la ejecución del acto administrativo – no garantizaba la eficacia de la sentencia. En todo caso, el sistema legal español, permitía la aplicación supletoria de la legislación procesal civil para adoptar medidas cautelares innominadas, en caso de ser necesario para garantizar la eficacia de la sentencia (González Pérez, 2001:p. 375). De esta forma, como añade Pérez Gálvez, la LRJCA incorporó una extraordinaria apertura en cuanto al tipo de medidas cautelares que pueden adoptarse, inclinándose por una gran indefinición en cuanto a su objeto y contenido, permitiendo su redacción la adopción de medidas provisionalísimas y anticipadas (2013:p. 503).²⁹

En vinculación a lo segundo, esto es, *la tutela cautelar como instrumento de garantía de la efectividad de la tutela judicial*, la LRJCA ha hecho explícita la vinculación

²⁹ Pérez - Galvez, cita en este punto la exposición de motivos de la ley, dado que en ella “Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. (2013:p.502)

entre tutela cautelar y la efectividad de la sentencia, concibiendo a aquella como un medio para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia que recaiga en el proceso, contrarrestando así los efectos que se derivan del principio de la ejecutividad del acto administrativo (Chinchilla, 2009:p.141).

Un primer elemento a considerar, es la suerte de la cautela decretada en el procedimiento interno administrativo una vez que este se falla y se continúa la impugnación del acto en sede contenciosa administrativa. El artículo 111.4 de la Ley 30/1992, Reguladora de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma expresamente tal caso, prolongando la extensión de la medida cautelar decretada y sus efectos hasta que en sede judicial se resuelva el recurso contencioso administrativo que efectivamente se deduzca (Parejo, 2013:p. 641).³⁰

Otra punto a analizar respecto a la Ley en comento, son los intereses en conflicto como elemento de valoración para el otorgamiento de la cautela solicitada. En efecto, el artículo 130 de la LRJCA, exige de la valoración previa y circunstanciada de todos los intereses en conflicto para otorgar la medida solicitada, la que podrá otorgarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, previendo la misma norma, el supuesto de denegación de cautela.

De lo expuesto, cabe señalar que la disposición otorga facultad al órgano jurisdiccional para la valoración de los intereses en conflicto a la hora de adoptarse la correspondiente medida cautelar, disponiéndose que solo podrá anularse tal medida cuando la eventual aplicación de la disposición impugnada o cuando la ejecución del acto recurrido hagan perder su finalidad a la acción promovida. Figura similar, opera para el razonamiento de denegatoria de la cautela requerida, fundamentándose en la perturbación grave de intereses generales como de terceros (Del Cacho, García-Alós, 1998:p. 130).

³⁰ La norma descrita indica que “*La suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.*”

Sobre el particular, la doctrina ha indicado que en la concurrencia de los intereses en conflicto cabe contrastar el interés público propio de la ejecución del acto recurrido con el interés del solicitante de la medida cautelar. La prevalencia del interés público justificaría, en principio – pues, debe ponderarse – la denegación de la suspensión. En todo caso, el criterio de la finalidad legítima del recurso del artículo 130.2 de la LRJCA, como elemento para otorgar la cautela, ha sido discutida en la doctrina ya que no hay que desconocer la posible ilegitimidad – que contrasta con la citada exigencia de la finalidad legítima del recurso – de la parte que postula a la medida (Lorenzo de Membiela, 2001:p. 66).³¹

En materia cautelar, como estudiamos, los requisitos generales para decretar medidas cautelares, son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. La doctrina española, precisa que la recepción de tales supuestos se encuentra en el artículo 130.1 de la LRJCA. Así, el *fumus*, se recoge en la finalidad “*legítima*” del recurso; mientras que la ponderación de los intereses “*obliga a una valoración de la incidencia de la tardanza en resolver, del periculum in mora*” (Santamaría Pastor, 2004:p. 722). Ambos criterios, deben ser utilizados en conjunto, sin que la sola existencia del humo del buen derecho pueda significar la adopción de la medida cautelar (Sánchez Morón, 2007:p.888). Sin embargo, para otros autores, la cuestión parece entenderse de un modo distinto, en cierto modo fragmentando ambos requisitos según sea el tipo de actividad administrativa impugnada. Así, si se trata de medidas cautelares en contra de un acto administrativo o un reglamento, el supuesto es el *fumus*. En el caso de inactividad administrativa o de vías de hecho, el supuesto es el *periculum* (Chinchilla, 2009:p.139). En todo caso, si bien esta última posición se fundamenta en una distinción que la doctrina en general no formula, implica entender que la cautela opera en forma exclusiva por tal o cual supuesto cautelar general, cuestión que contraviene la naturaleza de la tutela cautelar.

³¹ El criterio del *periculum in mora*, indica el mismo autor, databa de la Ley de 1956, la cual fue criticada por alguna doctrina que postulaba la contrariedad del artículo 122 de la misma ley (“*procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil*”) con el artículo 24 de la Constitución Española, por condicionar el derecho a la tutela judicial efectiva a los condicionamientos específicos y exclusivos de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo y de exigirse la existencia de perjuicios irreparables o de difícil reparación. (2001:p.58)

Finalmente, propio es revisar los supuestos bajo los cuales es posible dictar medidas inaudita parte³², provisionálissimas (Pérez-Gálvez, 2013:p. 530), esto es sin oír la parte contraria, atendidas *las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso* (Parada,2002:p.736). Tales supuestos (ubicados en el art. 135 LRJCA), son manifestación de la provisionalidad de tales medidas (Rodríguez-Arana, 2006:p. 137), por la naturaleza circunstancial y temporal de la decisión adoptada, que, en atención a su carácter de provisional, contempla la necesaria convocatoria, en el plazo de tres días, a todas las partes para ya, en una audiencia contradictoria, determinar la ratificación o modificación de la medida adoptada. Dado que la medida adoptada con carácter de urgente se “habrá visto ceñida a aquellos aspectos en los que concurría la circunstancia de urgencia, será normal que el auto de ratificación amplíe la medida cautelar, aun cuando también puede ocurrir que, a la vista de las alegaciones de la parte contraria o de la existencia de nuevos elementos de justificación, el órgano jurisdiccional decida levantar la medida, restringirla, sustituirla por otra, acordar una contramedida o contracautela, etc.” (Pérez Gálvez, 2013:p. 536).

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, se ha pronunciado sobre aquel concepto genérico de *circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso*, del art. 135 LRJCA, refiriendo a elementos tales como la seguridad de la ciudadanía (en ATS 6477/2004³³), la integridad física y moral de la persona y su familia (ATS 13326/2006³⁴), pero que ha determinado ampliamente como circunstancias que “*no comportan alteraciones en la situación jurídica de las recurrentes que merezcan la consideración de extraordinarias o*

³² En síntesis, el artículo 135 de la LRJCA, permite al tribunal, atendida las circunstancias de especial urgencia, adoptar la medida, dando el plazo de tres días para la audiencia a la parte contraria; o bien, si no aprecia tales circunstancias, puede ordenar la tramitación incidental, conforme a las regla general del art. 131. (en pieza separada con audiencia de la parte contraria).

³³ En este caso, el Tribunal Superior accedió a la medida cautelar provisionálissima de negar a una candidatura impugnada a un cargo de elección popular vinculada a la banda terrorista ETA, la publicidad de la información electoral que estaba en poder de la Oficina del Censo Electoral, por entender que la entrega de tal información, podía constituir instrumentos de localización de personas, utilizado en numerosas ocasiones para atentar, amedrentar, o coaccionar a la gente.

³⁴ En este otro caso, el Tribunal Supremo accedió a la medida provisional de impedir el cumplimiento del Acuerdo de Consejo de Ministros por cuyo mérito se revocaba la concesión de asilo otorgado años atrás a un ciudadano de Guinea Ecuatorial.

imprevisibles, por lo que no pueden ser valoradas como una perturbación de tal entidad que su reparación exija una decisión inmediata sin esperar a la normal tramitación del incidente cautelar." (ATS 2098/2000³⁵). En todo caso, valga precisar que de la revisión de la sentencias sobre el particular, el Tribunal Supremo, en su gran mayoría, decide rechazar la cautela solicitada en los términos del art. 135, otorgando a tales solicitudes, tratamiento incidental.

3. La tutela cautelar en el Derecho Alemán.

La garantía de la tutela judicial que contiene el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, se traduce en materia cautelar en que la protección al particular no se produzca cuando ya se han consumado los hechos o se ha irrogado un daño irreparable, sino que por el contrario, sea lo más real y efectiva posible. De esta manera, la tutela cautelar tiende a la universalidad de la tutela judicial, sin lagunas que puedan ocurrir entre los hechos que dan lugar al litigio y la resolución judicial (González Varas, 1993:p. 99).

La jurisprudencia y doctrina alemana vinculan la exigencia constitucional de una tutela cautelar a la garantía constitucional de una tutela judicial efectiva, derivada de la dimensión procesal de los derechos fundamentales, tanto cuando de su protección se trata como, por efecto del derecho fundamental a la tutela judicial del artículo 19.4 de la LFB, cuando se deben proteger derechos públicos subjetivos otorgados por el derecho ordinario (Bacigalupo,1992:p. 416).

En el caso alemán, y tratándose de actos administrativos de gravamen, es decir, aquellos que imponen al particular una carga, la VwGO, con la finalidad de proteger al particular en contra de la actuación de la Administración, prevé, como consecuencia de la interposición de la impugnación de actos de gravamen, el efecto suspensivo, lo que se traduce en la imposibilidad de ejecutar aquel acto impugnado mientras no se resuelva la impugnación deducida (Cassagne et al, 2009:p. 63). Al decir de Maurer, la impugnación cuestiona al acto administrativo, paralizando sus efectos durante el transcurso del proceso. Así, el ciudadano

³⁵ El Tribunal Supremo, resolvió denegar la tutela cautelar provisional en un recurso contencioso administrativo dirigido contra un Acuerdo de la Comisión Permanente del Poder Judicial, que negó la promoción a dos magistrados en su carrera judicial.

quiere evitar que el acto impugnado y sus consecuencias se ejecuten antes de la decisión final, mientras que la Administración aducirá posiblemente, que el interés público exija la observancia y la ejecución inmediata del acto administrativo (2012:p. 262).

3.1. La tutela cautelar en la VwGO y la regla de la suspensión automática del acto impugnado.

La cautela en la VwGO, se encuentra reglamentada en sus artículos 80 y siguientes; así como en el art. 123 de la misma. Explica la doctrina, que el rasgo característico de la cautela en el sistema contencioso administrativo alemán, es el efecto suspensivo (con excepciones) de la impugnación en contra de un acto administrativo. Es decir, la sola pretensión en contra de un acto administrativo implica que ese acto no pueda ser ejecutado sino hasta que no se resuelva la causa principal. Lo anterior significa la prohibición a cualquier entidad de ejecutar el acto impugnado, sea en forma mediata o inmediata, fáctica o jurídicamente, retrotrayéndose el estado de hecho de la controversia, a su origen (Cassagne et al, 2009:p. 64).

Esta es la regla fundamental en materia cautelar en la justicia administrativa alemana. La impugnación, implica fundamentalmente efectos suspensivos, es decir, el acto administrativo no es eficaz temporalmente y, por ello, tampoco puede ser ejecutado a partir del recurso interpuesto (Maurer, 2012:p. 262). En la VwGO se regula la suspensión automática de los efectos del acto, por el solo hecho de la interposición de los recursos en sede vía administrativa o la interposición de la acción en sede jurisdiccional, procurando otorgar a las partes, igualdad frente al órgano que resuelve la controversia, restringiéndose, de esta manera, la autotutela de la Administración en relación al particular, para así evitar posibles consecuencias irreparables que puedan seguirse de la ejecución inmediata del acto impugnado (Araujo, 2011:p.263).

Sommermann(1993:p.100) explica que la VwGO ha diseñado un sistema de tutela cautelar de doble carácter: así, para los litigios en que se discute un acto administrativo, opera la suspensión provisional automática, a partir desde la mera interposición del recurso impugnatorio, régimen que se encuentra consagrado en el artículo 80 (*vorübergehende Suspendierung*); mientras que para los restantes asuntos, la ley ha establecido en el artículo

123, la posibilidad de dictar una orden judicial de carácter provisorio, positiva o innovativa (*einstweilige Anordnung*) y cuyo contenido se ajusta al objeto de que se trate.

3.2. El régimen suspensivo del artículo 80 VwGO.

En la impugnación de un acto administrativo, de acuerdo a la regla del artículo 80.1 de la VwGO, opera el efecto suspensivo. Así, a consecuencia de la pretensión de anulación, la medida cautelar correlativa será la suspensión del acto impugnado, originada por regla, como se dijo, con carácter automática por la interposición del recurso³⁶ (Bacigalupo, 1992:p. 418).

En este sistema, que opera solo en contra de actos de gravamen, es la propia ley, la que junto con crear la regla suspensiva, se encarga de crear los supuestos de excepción bajo los cuales cederá la autotutela administrativa frente a la suspensión automática del acto. Tal efecto suspensivo, solo es propio del recurso administrativo previo (*Widerspruch*) y de la acción de anulación, (González Varas,1993: p.217) y se extiende “hasta que queda firme la sentencia en la demanda principal” (Cassagne et al. 2009:p.64)

Las excepciones están contenidas en los casos tipificados en el artículo 80.2 de la VwGO:

a. *actos de impuestos, contribuciones especiales, actos de imposición de costas administrativas (80.2.1)*: esta primera excepción, que se aparta del efecto suspensivo general que otorga la ley, obedece a la necesidad de obtener el financiamiento de las funciones públicas, englobando, en este concepto, toda carga fiscal subsumible en el concepto clásico de tributo destinada a la nación toda. Quedan fuera de esta regla excepcional, y por tanto, sujeto al régimen general suspensivo, ciertos impuestos especiales destinados a una actividad económica particular. Del mismo modo, incorpora la excepción, las costas administrativas, es

³⁶ El artículo 80 de la VwGO, señala que tal efecto es propio tanto del recurso administrativo previo (*Widerspruch*) como de la acción impugnatoria. El artículo 68 de la ley, a su vez, indica que por regla general, en forma previa a la interposición de la acción impugnatoria, debe revisarse en forma previa la legalidad y oportunidad del acto en sede administrativa, en la forma del recurso administrativo previo ya descrito.

decir, aquellas que se hubieran decretado al interior de un procedimiento administrativo (Bacigalupo, 1992:p. 428)

b. órdenes y medidas improrrogables de oficiales de policía (80.2.2): este grupo de medidas, son aquellas adoptadas por los funcionarios de policía encargados del orden público en el sentido institucional de la función policial ejecutiva y no de la actividad administrativa policial. Comprende esta excepción a la policía criminal, a la policía de aguas y la policía móvil. Ejemplo clásico de esta excepción, es la regulación u ordenación policial del tráfico (Sommermann, 1993:p. 102).

c. casos previstos por ley federal o por el derecho de una Land, en especial para recursos administrativos previos y acciones de terceros, contra actos administrativos que contemplen inversiones o la creación de puestos de trabajos (80.2.3): esta excepción, refiere a aquellos supuestos en que otras leyes dictadas por los *Lander* o por el *Bundestag* federal alemán, establezcan expresamente la necesidad de la ejecución inmediata, salvando la suspensión excepcional del 80.1 *VwGO*. Ejemplo de tales casos, es la legislación energética, de servicios civiles y la seguridad laboral (González Varas, 1993:p. 218). La ley detalla, de igual modo, la ejecutividad inmediata para los supuestos de actos administrativos referidos a inversiones y creación de puestos de trabajo, que por la importancia en la economía nacional, precisa de salvar la regla suspensiva.

d. los casos en que se suspende un acto, en virtud del interés público o del interés prevalente de un tercero (80.2.4): Este cuarto caso excepcional, permite alterar la regla general del artículo 80.1 *VwGO* para aquellas situaciones en que es la propia Administración la que decide, de mano propia, ordenar la ejecutividad inmediata del acto en razón del interés público que la realización inmediata del acto pueda poseer. Esta excepción, refiere también a la hipótesis de actos administrativos de doble efecto, en interés preponderante al del sujeto a cuyo favor beneficia el acto. La dificultad de este cuarto supuesto, radica, como explica la doctrina, en que se basa en una mera ponderación de intereses (*Vollzugsinteresse*) y no en la debida reglamentación del efecto suspensivo, lo cual opera sin criterios de decisión suficientemente determinados (Bacigalupo, 1992:p.429).

La importancia de esta cuarta excepción, radica en que el régimen suspensivo descrito, implica una actividad (y un deber) decisiva por parte de la Administración para

efectos de fundamentar, y ponderar, el “especial interés que tenga en la ejecución inmediata del acto administrativo” impugnado por el particular (Cassagne et al., 2009:p. 65).

3.3. El régimen cautelar del artículo 123 VwGO.

Distinta es la situación de la suspensión del acto a partir de un proceso impugnatorio de un acto administrativo, motivada por “cualquier pretensión distinta a la anulación, es decir, básicamente una pretensión provisional”, en la que se obtiene, en su caso, auxilio cautelar positivo a través de una orden provisional por parte de la autoridad competente, previa solicitud del interesado, procedente incluso con anterioridad del recurso, todo ello de acuerdo al artículo 123 de la VwGO (Bacigalupo, 1992:p.418).

Estas medidas, son denominadas *órdenes provisionales (einstweilige Anordnung)* de aseguramiento de un derecho o de regulación de una situación de hecho, para los supuestos de denegación de un acto, como en los suscitados en la inactividad de la administración, esto es, se aplican en aquellos litigios cuyo objeto no es un acto administrativo de gravamen (Carrillo, 2008:p.236). Por tanto, el sentido de las órdenes provisionales, es que ellas se concederán para aquellas acciones distintas del recurso administrativo previo (*Widerspruch*) y de la acción de anulación, como asimismo, respecto a aquellas acciones que tienen por objeto actos que no sean de gravamen (González Varas, 1993:p. 217).

Por ello es que las ordenes provisionales, como señala la doctrina, dan coherencia al sistema cautelar al otorgar al órgano jurisdiccional la posibilidad de dictar otras medidas cautelares que resguardan el principio constitucional del artículo 19.4 de la Ley Federal Alemana, en relación con la tutela judicial, en aquellos supuestos en que no proceda la cautela otorgada conforme al artículo 80 o bien por excluir expresamente la ley aquel efecto suspensivo consagrado en dicha norma frente a la impugnación del acto. (Cassagne et al. 2009p.66). Como sintetiza González Varas, las órdenes provisionales cubren el *espacio o laguna* dejados por las medidas del artículo 80 (1993:p. 282).

De estas medidas, que se encuadran dentro del derecho prestacional, emergen dos tipos de pretensiones. La primera, que en general tienen por objeto el *aseguramiento de un derecho*, su objeto es mantener el *statu quo* jurídico vigente al momento de solicitar la cautela, en la forma de obligar a la Administración a omitir una actuación material, o bien a impedir a aquella dictar un acto administrativo de gravamen (*Unterlassungsklage*); y, la segunda, son

pretensiones que consisten en ordenes de regulación, en la ordenación de una situación de carácter provisional, positiva y prestacional, las que poseen por finalidad que la Administración dicte un acto administrativo favorable o bien ejecute una actuación material en beneficio del particular. (*Folgenbeseitigungsklage*) (Bacigalupo, 1992:p.444).

La decisión que adopta el Tribunal que conoce de la cautela en conformidad al 123 VwGO, se verifica, desde el punto de vista de sus requisitos, con remisión a las normas del Código Procesal Civil, aplicándose en consecuencia, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* (Cassagne et al. 2009p.66).

La doctrina, en todo caso, ha manifestado una postura un tanto crítica a la existencia de este sistema dual, del artículo 80 y del 123, el cual otorga un rasgo suspensivo automático exclusivamente a los actos administrativos de gravamen, dejando fuera otras situaciones que pueden ser igualmente merecedoras de tal tratamiento. De esa forma, se presenta el sistema alemán, con cierto rasgo disfuncional al regular de forma diferente la cautela otorgada a propósito de la actividad administrativa de limitación y la actividad administrativa de prestación, cuando ella, en general, debiese ser regulado de una manera homogénea, proponiendo un modelo de protección unitario, ya sea de carácter automático o no (Bacigalupo, 1992:p. 445).

III. Las tutela cautelar en la justicia administrativa nacional.

1. Cuestiones generales.

En Chile, y en tanto el tiempo es del mismo modo un adversario a la eficacia de las decisiones judiciales, la cautela, de un modo genérico, se encuentra acogida en diversas disposiciones legales. Así, el *Código de Procedimiento Civil* regula, a propósito de las medidas precautorias, los mecanismos que contempla el legislador para, utilizando sus términos, “asegurar el resultado de la acción”. De otra parte, el *Código Procesal Penal*, incorpora herramientas cautelares personales y reales; el *Recurso de Protección de Garantías Constitucionales*, en su Auto Acordado, incorpora vías de cautela; así como numerosas disposiciones a lo largo y ancho de nuestro ordenamiento jurídico buscan impedir aquello que define Bordalí como una decisión jurisdiccional tardía (2001:p. 52).

Señala la doctrina nacional, al son de la doctrina comparada, que el fundamento para sostener la existencia de la tutela cautelar del juez es la inevitable deficiencia de la función declarativa así como de la función ejecutiva desde un punto de vista temporal o de urgencia, la cual; como se viene señalando, se genera a partir de la falta de instantaneidad de la decisión jurisdiccional (Romero Seguel, 2001:p. 36). Lógica es la conclusión anterior, si se advierte que la posibilidad de controvertir los dichos planteados en una acción judicial merecen, al menos, un momento probatorio en el cual el sentenciador pueda ponderar, para luego fallar, la decisión sometida a su conocimiento, ya que “es de justicia satisfacer la lógica esperanza del litigante, materializando en el derecho que la sentencia dictada a su favor se le reconoce” (De los Santos, 1999:p. 21). De esta forma, es el tiempo un enemigo del auxilio oportuno del Derecho, pues al arribar con una solución al conflicto, las condiciones que existieron al momento de demandar puedan ser distintas a aquellas que se configuran al instante de dictarse una sentencia (Casarino, 2005:p. 190).

Frente a tal panorama, Romero Seguel advierte que es posible concebir una serie de soluciones para combatir la falta de eficacia de la decisión jurisdiccional en el derecho nacional. Una solución, es la *sumarización de la función declarativa*, a través de etapas concentradas de debate, prueba y sentencia; otra, es la *tutela anticipada del derecho*, institución procesal según la cual – y como su nombre lo designa – se anticipa la condena del deudor, “sin tener el solicitante que aguardar la tramitación de un juicio de lato

conocimiento”; el *perfeccionamiento de la ejecución de las sentencias* a través de vías alternativas al embargo y enajenación de bienes del deudor; y, finalmente, *el desarrollo y perfeccionamiento del sistema cautelar* a través de distintas manifestaciones más allá de lo estrictamente conservativo (2001:p.38).

De las soluciones antes referidas, dos son las que parecen ser más afines con el objetivo de la *urgencia* en el proceso³⁷: la tutela anticipada del derecho, y el desarrollo y perfeccionamiento del sistema cautelar.

Tratándose de la *tutela a través de procedimientos anticipatorios*, ella persigue e identifica la satisfacción de la pretensión deducida con el resultado de la tutela obtenida cuando la “demora en la respuesta de la actividad jurisdiccional puede ocasionar un perjuicio irreparable al actor”. En este caso, el proceso anticipatorio es principal y no accesorio, a diferencia de la tutela cautelar, accediéndose de un modo preventivo al objeto del proceso solicitado, (Romero Seguel, 2001:p.42)³⁸, esto es, a la satisfacción de la pretensión que pueda contenerse en la demanda cuando el retraso o tardanza del auxilio jurisdiccional provoque un perjuicio irreparable (De los Santos, 1999:p. 23).

Mientras, en el caso de la *tutela cautelar*, su naturaleza es diversa, de carácter accesorio y se fundamenta en tener la calidad de “instrumento del instrumento”, toda vez que, al decir de Tavolari, su existencia se ampara al alero de otro proceso principal y en que la solución de la controversia no puede ser inmediata (2000:p. 360), cuando se precisa de una

³⁷ Tanto la sumarización de la función declarativa y el perfeccionamiento de la ejecución de las sentencias, no permiten lograr el objetivo de la *instantaneidad* antes descrito, pues, en el primer caso, solo se abrevian los plazos para la sustanciación del juicio. Mientras, que en el segundo caso, la adecuada ejecución de la sentencia precisa, obviamente, de un proceso judicial que lo anteceda.

³⁸ Son ejemplos de tal institución en nuestro derecho, de un modo indirecto, la posibilidad de ejecutar una sentencia que no produce aún efecto de cosa juzgada, por ejemplo en la sentencia que se dicta en el marco del juicio ejecutivo, en las hipótesis en que se concede apelación en el solo efecto devolutivo y en la ejecución provisional de la demanda, ante la rebeldía del demandado, en el juicio sumario. (475, 512, 194 y 684 del C. de Procedimiento Civil); y, la concesión de alimentos provisorios. (327 del C. Civil). (Romero Seguel, 2001:p.42)



solución urgente al litigio, controversia que podrá pasar “tanto por la fase de cognición o declarativa como por la de ejecución o cumplimiento” (Casarino, 2005:p. 190).³⁹

Pues bien, y en lo que atañe al presente trabajo, lo cierto es que el legislador chileno ha incorporado la posibilidad de impetrar medidas cautelares al interior de los diversos procesos judiciales. Aun cuando pueda parecer de perogrullo lo afirmado, no parece del todo aquello ser tan obvio, habida comprobación que, en ciertas hipótesis, es el propio legislador quien ha restringido la posibilidad de cautela en el marco de ciertos procedimientos, cuestión que resulta bastante relevante sobre todo si, tal como se estudió, el derecho a la tutela judicial contiene a la tutela cautelar como elemento constitutivo de tal garantía constitucional.

Por lo anterior, en este acápite resulta fundamental tener presente que la cautela en la legislación nacional se ve, de algún modo, *iluminada* por la regla del artículo 3° del Código de Procedimiento Civil, norma que, de un modo general, establece ciertas medidas de naturaleza cautelar, en el marco de las denominadas *medidas precautorias*, según la regulación contenida en el título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, en los artículos 290 al 302, en el marco del juicio ordinario de mayor cuantía, medidas que, como su estatuto lo dicta, tienen por objeto *asegurar el resultado de la acción interpuesta por el demandante* (Casarino, 2005:p. 190).

2. La cautela en general en nuestro país en materia contenciosa administrativa.

El sistema cautelar chileno en materia contenciosa administrativa, posee dos rasgos definitorios:

En primer lugar, se encuentra extraordinariamente *fragmentado*. Vale decir, que atendida la existencia de múltiples procedimientos contenciosos administrativos, sea generales

³⁹ Bordalí, admite dos concepciones cautelares al interior del proceso cautelar: una *restringida* o tradicional, conforme a la cual la protección del derecho subjetivo o interés legítimo de una persona precisa de entender en el proceso cautelar, el rasgo de la instrumentalidad, en el sentido que el proceso iniciado accede a otro principal frente al cual las medidas cautelares prestan su auxilio asegurando su éxito. Una versión *extendida* del proceso cautelar, entiende a aquel no como instrumental sino como un fin en sí mismo, no vinculado a otro proceso principal. Se enmarcan, en consecuencia, al interior de este tipo de proceso cautelar en una concepción extendida, las medidas *autosatisfactivas*, es decir, aquellas que se agotan con su despacho favorable no siendo necesaria la interposición de otras acciones para evitar la caducidad de la medida. (2002:p. 146).

o especiales, no existe una normativa única u orgánica sobre el particular que permita obtener claridad acerca del funcionamiento de la tutela cautelar en nuestro país. Sin embargo, y a pesar de la enorme diversidad de procedimientos especiales o generales considerados por el legislador, no deja de llamar la atención que el sistema cautelar chileno es, de un modo uniforme, marcadamente suspensivo. La conclusión anterior, lleva entonces a reconocer que la medida cautelar por excelencia reconocida por la legislación chilena en el ámbito de la justicia administrativa, es la suspensión del acto administrativo, medida que, como se ha explicado, tiene por objeto la paralización de los efectos del acto impugnado, decretado ello por vía judicial.

La segunda característica del sistema cautelar chileno, y que puede ser consecuencia de su rasgo fragmentario, es que, al carecer de regulación orgánica y sistemática, es posible encontrar en la ley supuestos cautelares expresamente consagrados en la ley, así como supuestos en los cuales el legislador nada indica al respecto, y, por otra parte, decisiones legislativas que niegan la posibilidad al litigante de acceder a la tutela cautelar.

La importancia de semejante panorama, el cual muchas veces no tiene fundamento en la historia legislativa en el sentido de precisar de por qué en un cuerpo normativo la ley considera otorgar expresamente medidas cautelares y por qué en otros no, radica precisamente en que, como se expuso al inicio de esta tesis, la tutela cautelar, en tanto elemento propio del derecho fundamental a la tutela judicial, debe formar parte de todo proceso contencioso administrativo, sin que sea válido permitir la existencia de hipótesis de negación de cautela.

Ciertamente que en la justicia administrativa, entonces, toma relevancia, ante este panorama cautelar, la doctrina y la jurisprudencia, en relación con la *utilización de mecanismos supletorios que otorguen auxilio a la ausencia de regulación cautelar en la materia*. Así, el Código de Procedimiento Civil, se ha erguido como texto legal en materia cautelar que, de un modo criticable, se ha empleado como fundamento normativo para decretar la suspensión de los efectos de un acto administrativo.

La reflexión precedente, lleva inevitablemente a examinar si resulta apropiado considerar al sistema cautelar reglado en el antes referido Código como aquel necesario para fundamentar la tutela cautelar del sistema contencioso administrativo, en los supuestos de carencia de legislación en el caso de que se trate.

Así, en síntesis, el sistema cautelar del Código de Procedimiento Civil, considera: a) como presupuesto, ⁴⁰ el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* (Tavolari, 2000:p.363); b) tres clases de medidas cautelares: las del artículo 290, aquellas que autorizan expresamente las leyes (en el artículo 300), y las innominadas de la parte final del artículo 298, (Casarino, 2005:p. 190); y c) la posibilidad de exigir contracautela para la obtención de una medida cautelar en los casos que la ley prevé. Ese es, en síntesis, el sistema cautelar articulado en el Código de Procedimiento Civil y al cual, por aplicación del artículo 3° del mismo texto legal, los procedimientos contenciosos administrativos en materia cautelar pueden tener alcance.

De esta forma, lo que importa es que el estudio que pueda formularse sobre la tutela cautelar en el ámbito de la justicia administrativa en Chile, atendida sus características, precise no solo del examen de aquellas soluciones legislativas que consagran expresamente la posibilidad de cautela (por ejemplo, la orden de no innovar en el recurso de protección), sino que implica estudiar aquellos casos en que el legislador guarda silencio sobre la posibilidad de obtener cautela, hipótesis que supone evaluar la aptitud de la regulación común procesal del C. de Procedimiento Civil, determinando su compatibilidad con la lógica cautelar administrativa.

3. La tipología cautelar en materia contenciosa administrativa.

Los tipos de medidas cautelares que es posible hallar en materia contenciosa administrativa en el Derecho Chileno, van de la mano de la naturaleza especial o general de los procedimientos administrativos de que se trate, atendida la enorme diversidad de los mismos. Como indica Ferrada, amén de la existencia de procesos generales, nuestro legislador, atendida la “actividad administrativa en cada sector o actividad”, incorpora diversos mecanismos de impugnación para las diversas decisiones de la Administración del Estado (2011:p. 265).

Sobre el particular, la doctrina explica que los principales factores que fundamentan la existencia de la necesidad de medidas cautelares al interior del proceso

⁴⁰ El estudio sobre dichos presupuestos lo hicimos en el primer capítulo.

contencioso administrativo, se encuentra en la plenitud y la efectividad que la Administración del Estado ha de encontrar en su actuación (Bermúdez, 2011:p.464). De esta forma, son las vías jurisdiccionales las que permiten asegurar, atendida su garantía de imparcialidad e independencia – rasgos típicos de la jurisdicción – la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso (Vergara, 2011:p. 37).

En todo caso, para el análisis de las medidas cautelares que contempla nuestro derecho positivo, y para efectos de este trabajo, tras examinar la legislación y jurisprudencia sobre la materia⁴¹, hemos distinguido tres situaciones en materia cautelar, según si la tutela cautelar se encuentra regulada o no en la ley y si aquella se permite o prohíbe por mandato legal.

3.1. Casos en que la cautela está expresamente consagrada en la Ley.

En este apartado, se incluyen *los* procedimientos que permiten expresamente, de acuerdo a la Ley, la posibilidad de impetrar medidas cautelares. Para este efecto, repararemos al interior de esta clasificación, entre aquellos que se encuentran sometidos al régimen cautelar de la orden de no innovar, de aquellos que incorporan medidas suspensivas diversas.

En efecto, distinguiremos entre:

3.1.1. Los procedimientos en los cuales rige la orden de no innovar. (ONI)

Primeramente, cabe precisar que sobre *la orden de no innovar* no se ha escrito mucho a nivel doctrinario. No obstante, define Oelckers, la ONI “constituye una resolución judicial que paraliza momentáneamente los efectos propios de un acto administrativo, esto es, su ejecutividad”. (1995:p.323).

La medida en comento, encuentra su reconocimiento positivo en forma expresa en *nueve* textos legales, a saber:

⁴¹ Utilizando como referencia el notable trabajo efectuado por la Corte Suprema en el que advierte aproximadamente ciento treinta procedimientos especiales. (Más información en el anexo nº1 de este trabajo).

a. en el Auto Acordado sobre el Recurso de Protección de Garantías Constitucionales del artículo 20 de la Constitución Política de la Republica (numeral 3° del Auto Acordado);

b. en la LOC 18.695 de Municipalidades, a propósito de los reclamos que se interpongan en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de la municipalidad o del Alcalde (artículo 151, letra e);

c. la LOC 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional, a propósito de la reclamación de las resoluciones o acuerdos ilegales de los Gobiernos Regionales (artículo 108 letra e);

d. el DL 1.939 sobre Normas Sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, en relación con la impugnación de la resolución que pone término en forma anticipada a los arrendamientos celebrados por el Fisco (artículo 80 inciso cuarto);

e. la Ley 19.638 que Establece Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, a propósito de la impugnación de la resolución del Ministerio de Justicia que objeta su inscripción en el registro pertinente⁴² (artículo 11);

f. la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en materia de impugnación de actos administrativos, conociendo la I. Corte de Apelaciones de Santiago del recurso de reclamación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de la Contratación Pública. (artículo 26);

g. el Código Tributario, a propósito del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos (artículo 156);

h. el DFL N° 30 del año 2005 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la Ordenanza de Aduanas, en el marco del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos (artículo 129L); y,

⁴² En este caso, la aplicación de la orden de no innovar es de forma indirecta, pues la reglamentación sobre el particular alude al “*procedimiento y plazos establecidos para el recurso de protección*”.

i. el DFL N° 1 de 2006 del Ministerio de Salud, en materia de reclamaciones interpuestas ante la Superintendencia de Salud (artículo 113).

Sobre la orden de no innovar, la doctrina ha definido algunas de sus características (Oelckers, 1995:p.324), entre ellas:

a. Debe ser una decisión motivada: deben entregarse los fundamentos jurídicos y de hecho que amparen la decisión. En la práctica, la resolución de los Tribunales al otorgar la tutela solicitada, generalmente se traduce en un simple “*como se pide*” sin mayor razonamiento. Tavolari, indica que la resolución cautelar en materia de ONI, debe ser fundada, pues, al apartarse el juez de aquel deber de expresar los motivos que permiten obtener la cautela solicitada, ponderando sus presupuestos, incurre en arbitrariedad (1992:p. 27).

b. En el marco de las resoluciones judiciales contempladas en el artículo 158 del C. de Procedimiento Civil, la doctrina vuelve a indicar que hay quienes han querido dar a la resolución que se pronuncia sobre la petición de una orden de no innovar, el carácter de *auto*, por tanto, conforme al artículo 171 del mismo texto legal, el deber de fundar la decisión judicial ha de ocurrir solo cuando “la naturaleza del negocio lo permita”. Sin embargo, la naturaleza jurídica de la ONI escapa al artículo 158, y sobre ella existe el absoluto deber de fundar absolutamente la decisión, pues la cautela al otorgarse bajo los presupuestos que la misma ley prevé, de toda lógica es precisar los términos que justificaron la concesión de la medida (Tavolari, 1992:p.27).

c. No presenta autonomía alguna, es decir se encuentra en directa conexión con el proceso principal.

d. Es una medida excepcional y de carácter suspensiva: por ello, estas medidas tienen una vigencia temporal, limitada a durar el tiempo necesario para garantizar la protección del interés general o de terceros, así como la ejecución de la resolución general (Bermúdez, 2011:p.467).

Se debe precisar, en todo caso, que la ONI en materia contenciosa administrativa, como advierten los autores, es marcadamente diversa de la simple suspensión del acto

administrativo. La diferencia, explica el autor, radica en que la ONI congela de cierto modo la situación de hecho existente al dictarse la medida cautelar, impidiendo actos posteriores, mientras que la suspensión del acto, “tiende a impedir los efectos de un acto, pero transitoriamente, con lo cual no solo se impiden actos posteriores, sino que el origen del agravio produzca sus efectos mientras se decide jurisdiccionalmente su juridicidad” (Soto Kloss, 1982:p.413). En otros términos, los efectos de la ONI son más restringidos en el ámbito temporal comparativamente a la suspensión del acto, pues aquella – la ONI – mantiene el estatus quo tal cual existía al decretarse la cautela, impidiendo alteraciones de hecho posteriores, mientras que la suspensión del acto, ataca los efectos del mismo, desde la dictación del acto por parte de la Administración, al margen de cuando se haya decretado la medida cautelar.

Tayolari, en este sentido, da cuenta sobre ambas medidas, asimilándolas – la suspensión del acto y la ONI – indicando que la semejanza de ellas, pasa por que las dos impiden la ocurrencia de actos posteriores al momento en que se decreta la tutela cautelar. Aun así, anota el autor, opinión en la que coincidimos, la suspensión y la ONI, desde un punto de vista semántico – finalmente, son prácticamente conceptos sinónimos – aun cuando esta última atiende a cierta connotación dinámica, mientras que la suspensión posee cierto carácter estático, aun cuando desde la *praxis tribunalicia*, ambos conceptos se utilizan indistintamente (1992:p. 22).

Luego, y en tanto se vincula con la ONI, se debe precisar que el recurso de protección en sí, no posee una función cautelar en el sentido que la sentencia de protección “*no puede ser considerada como una declaración jurisdiccional del derecho de un modo definitivo, sino que más bien obedece a una medida de carácter provisional, a un mero paliativo frente a las amenazas o perturbaciones de las garantías constitucionales tasadas por la Constitución.*” (Romero Seguel, 2012:p.56) En otros términos, no es la sentencia de protección la que cumpliría con la finalidad cautelar que posee la acción constitucional⁴³, aun

⁴³ Evidencia de tales conclusiones, son las sentencias dictadas por la Corte Suprema en causas rol 4052-2010, caratulada *Tapia con Seremi de Educación de la Novena Región* (18 de agosto de 2010); la 10466-2011, caratulada *Ávila y otros con Municipalidad de Cañete* (29 de diciembre de 2011); la 11979-2011, caratulada

cuando en la mayor parte de los casos lo resuelto en materia de recurso de protección, adquiere un carácter definitivo. (Aldunate, 2008:p. 226). En realidad, en el recurso de protección, la naturaleza cautelar está determinada no por la sentencia de fondo, sino por la posibilidad de impetrar medidas cautelares en la forma de la orden de no innovar. En esta resolución está la cautela en materia de recurso de protección (Romero Seguel, 2012:p.56).⁴⁴

Ciertamente que, de un modo tradicional, se ha indicado que la ONI, en tanto medida cautelar, se incorpora en el catálogo de las medidas suspensivas. Sin embargo, cabe preguntarse si la misma puede adoptar una *función innovativa*, es decir si la ONI únicamente restringe sus efectos a la suspensión de la acción u omisión impugnada; o, por otro lado, ha de ampliar sus efectos al ámbito innovativo permitiendo, de esta forma, la existencia de diversas prestaciones positivas vía judicial. Por ello es que Tavolari, al precisar el alcance de la ONI, coincide con Soto Kloss al reconocer a aquella, en el marco del procedimiento del recurso de protección, una fase cautelar, la que viene determinada por la solicitud y recepción jurisdiccional de la ONI la que “normalmente será conservativa, pero nada impide que también pueda ser innovativa” (1992:p. 25).

De la revisión de las decisiones jurisdiccionales en materia cautelar a nivel de ONI, las resoluciones adoptadas por los tribunales son ciertamente suspensivas⁴⁵. Sin

Pollak y otros con Comité de Arquitectura y Paisajismo del Condominio Hacienda Chicureo. (30 de diciembre de 2011)

⁴⁴ El autor, indica que solo en casos muy excepcionales se podría atribuir el efecto cautelar a la sentencia definitiva. Romero narra un caso en que un recurso de protección ordenó la paralización de un remate, “*hasta que no se decida en el procedimiento que corresponda, si los mencionados estacionamientos constituyen o no bienes comunes de los edificios señalados*” El supuesto de tal efecto cautelar, indica Romero, es la litispendencia entre las partes en el juicio ordinario y el cautelar de protección. (2012p. 56).

⁴⁵ Así, en materia de recurso de protección, en autos rol 153-2011, ante la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, caratulada *Antonio Horvath K. con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén*, con fecha 20 de junio de 2011, se suspendió la tramitación del estudio de impacto ambiental del proyecto eléctrico Central Río Cuervo; en autos rol 300-2012, caratulado *Bordones y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Tercera Región de Atacama*, con fecha 9 de abril de 2013, la I. Corte de Apelaciones de Copiapó, paraliza las obras del proyecto Pascua Lama; en autos rol 308-2011, ante la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, caratulada *Edgardo Pique González con I. Municipalidad de Concón y Entel S.A.*, con fecha 1 de junio de 2011, se paralizó la instalación de una antena de telefonía celular en el sector de Santa Inés, en la comuna de Viña del Mar; en la causa rol 336-2006, ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, caratulada *Isabel Christie Brown con Comisión Regional del Medio Ambiente V Región y otros*, con fecha 21 de julio de 2006, se paralizó la implementación de

embargo, la regla anterior suspensiva de la ONI, parece tener alguna suerte de salvedad en el recurso de protección en materia sanitaria, sobre todo en aquellas hipótesis en que se solicita por los actores la obtención de algún beneficio médico de urgencia cuya omisión de entrega por parte de la Administración del Estado, pueda implicar la afectación de las garantías constitucionales del particular.⁴⁶

Tales decisiones en materia contenciosa administrativa, podrían permitir, entonces, relativizar la afirmación en orden al carácter necesariamente suspensivo de la ONI, pues, en estas hipótesis, las Cortes accedieron en forma innovativa a las medidas cautelares solicitadas por los recurrentes, en el marco de procedimientos de protección. Por ello, no debe perderse de vista que la ONI, si bien tiene un *marcadísimo efecto suspensivo*, no existe razón, en el fondo, para que la tutela cautelar que puedan solicitar los particulares se otorgue de un modo innovativo, al menos en materia de recurso de protección.

Un primer argumento a favor de esta tesis, se basa en lo que ya decía – con anterioridad a la vigencia del Auto Acordado sobre la materia – Eduardo Soto Kloss (1982:p.413) tratando las *medidas proteccionales* en el marco del recurso de protección, al indicar que en base a la enunciación del artículo 20 de la Constitución Política de la Republica, la Corte de Apelaciones respectiva “*adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado*”, podría, incluso, disponer la *conciliación* entre las partes del juicio de protección. De esta forma, no se ve por qué no pueda innovarse en materia cautelar en el recurso de protección, pues la amplitud de facultades de la Corte, otorgadas constitucionalmente, ampararía una ONI en un modo diverso al suspensivo. Este puede ser el fundamento para que

la modificación al Plan Regulador en la comuna de Viña del Mar; y en la causa rol 6758-2013, seguida ante la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, caratulada *Valdés con Municipalidad de Concón*, con fecha 4 de noviembre de 2013, se rechazó la solicitud de suspender, durante la tramitación del recurso, los efectos del Decreto Alcaldicio que declaraba el término de una contrato de concesión de un balneario en el sector de Playa Amarilla, en Concón.

⁴⁶ En causa *Rojas y otros con Servicio de Salud*, rol 3025-2001, I. Corte de Apelaciones de Santiago, resolución de fecha 14 de junio de 2001; y, *Riquelme con Hospital Las Higueras de Talcahuano*, rol 1171-2012, I. Corte de Apelaciones de Concepción, resolución de fecha 14 de mayo de 2012.

en el procedimiento de protección pueda otorgarse una tutela innovativa. La doctrina, en esta misma cuerda, recuerda que la facultad entregada constitucionalmente al sentenciador de protección, trata acerca de una *potestad cautelar genérica*, pudiendo, reitera el autor, decretar otras medidas de naturaleza cautelar, incluso innovativas (Tavolari, 2000:p. 518).

Un segundo argumento, podría apuntar a que si en nuestro país válido es pregonar la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva, entonces no hay motivo alguno para limitar el efecto de la cautela y restringirla a una modalidad estrictamente suspensiva. Por tanto, si en Chile hay tutela judicial efectiva, entonces debe dársele a la ONI (y a las medidas cautelares, en general) un sentido innovativo si así se solicita. Cualquier privación o restricción de tal efecto cautelar más amplio – el innovativo – sin duda que lleva a diluir el efecto de la garantía constitucional antes señalada.

Sin embargo, los *procedimientos contenciosos especiales distintos del recurso de protección*, carecen de la amplitud del artículo 20 de la Carta Fundamental, por lo que respecto a ellos la cautela otorgada en virtud de una ONI deberá ser, en principio⁴⁷, necesariamente suspensiva.^{48 49} Más aun, explican los autores, la posibilidad de decretar ONI

⁴⁷ Sobre este punto, cabe plantearse la posibilidad de aplicar en aquellos casos en que únicamente se rige por el legislador la suspensión del acto administrativo, la cautela innovativa a partir de la cautela innominada del artículo 298 del C. de Procedimiento Civil. Tal cuestión, que desde ya puede parecer una idea peregrina, se construye en entender que la normativa del Código es aplicable aun en aquellos casos en que el propio contencioso especial prevé la cautela al caso concreto.

⁴⁸ De esta forma, en la ONI contemplada en el artículo 151 letra e) de la Ley 18.695, en la Ley 19.175, el D.L. 1939, Ley 19.638, la redacción de la norma es alude a “*La corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente*”, en el primer caso; el segundo caso, a “*La Corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado pueda producir un daño irreparable*”; en el tercer caso a “*Este recurso no suspenderá el cumplimiento de la resolución impugnada, a menos que la Corte estime que hay motivos plausibles y fundados para disponer que no se innove mientras se resuelve definitivamente el asunto.*”; y, a que el mecanismo de impugnación se adopte “*siguiendo el procedimiento y plazos establecidos para el recurso de protección*”, en el cuarto caso.

⁴⁹ Ejemplo de pronunciamientos en materia de ONI en reclamos de ilegalidad municipal, en rol 1251-2011 ante la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, caratulado *Ossandón con Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Concón*, con fecha 4 de agosto de 2011, se rechazó la suspensión de las obras de un hotel en el sector de Punta Piqueros, en Concón; en causa rol 1612-2010, caratulada *Lautaro Ríos con I. Municipalidad de Viña del Mar*, con fecha 22 de marzo de 2011, se impidió la ejecución de obras en el sector del ex Sanatorio Marítimo, en la comuna de Viña del Mar; en causa rol 4822-2010, ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, caratulada *Fernández y otros con I. Municipalidad de Ñuñoa*, con fecha 10 de septiembre de 2010, se rechazó por el

en estos procedimientos especiales, ocurre de acuerdo al criterio para otorgar medidas cautelares en los casos de los Reclamos de Ilegalidad contemplados en la LOC N° 18.696 de Municipalidades y en LOC N° 19.175 sobre Gobierno y Administración Regional, esto es, a la *irreparabilidad del daño* como criterio a apreciar por el Tribunal, el que, en concepto del autor citado, hacen mención al carácter inminente del daño y el consecuente peligro patrimonial al particular que implicaría la ejecución del acto administrativo (Oelckers, 1995:p.397).

3.1.2. En los procedimientos que contienen mecanismos cautelares diversos a la ONI.

En el campo de los contenciosos especiales, de los aproximadamente *treinta* procedimientos que admiten expresamente la posibilidad de impetrar medidas cautelares, *dieciocho* de ellos⁵⁰ otorgan al Tribunal tal facultad, sin orden de no innovar de por medio.

Tribunal la suspensión de los efectos de un Decreto Alcaldicio que autorizaba la edificación de una clínica municipal en la comuna;

⁵⁰ Ellos son 1. el artículo 13 de la Ley 20.249, que crea el Espacio Marítimo de los Pueblos Originarios, el que permite al juzgado de letras en lo civil, suspender los efectos de la declaración de término de convenio de uso de espacio costero, mientras se impugna tal decisión; 2. el artículo 9 del Decreto Ley N° 2.186 que aprueba la Ley Orgánica de Expropiaciones, que faculta al juez de letras a suspender el procedimiento expropiatorio iniciado por la entidad expropiante, pudiendo solicitarse caución suficiente al reclamante por los perjuicios que la paralización ocasionare; 3. el artículo 3° de la Ley 18.696, que Autoriza la Importación de Vehículos que Señala y Establece Normas sobre el Transporte de Pasajeros, norma que en el marco de la impugnación judicial de la suspensión o cancelación de un servicio de transporte o de caducidad de la concesión, permite suspender los efectos de la medida en caso de ser favorable la decisión del tribunal; 4. el artículo 58 del Decreto con Fuerza de Ley N° 323 de 1931 del Ministerio del Interior, que permite a las Cortes de Apelaciones autorizar a la Superintendencia de Electricidad y Combustible, a costa de las empresas de gas a adoptar las medidas necesarias para que no se perjudique el servicio, en caso de impugnación de medidas y ordenes aplicadas por la Superintendencia; 5. el Código de Aguas, en su artículo 137, que permite suspender los efectos de las resoluciones adoptadas por la Dirección General de Aguas, al impugnarse vida reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva; 6. el artículo 19 de la Ley 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que permite impugnar ante la Corte de Apelaciones correspondiente la ilegalidad de las decisiones de la Superintendencia, faculta al Tribunal a decretar la suspensión del acto ilegal, salvo en cuanto dicha suspensión pueda afectar la calidad del servicio, la continuidad del mismo o la seguridad de las personas; 7. el Decreto Ley 3.538, en su artículo 46, que contempla el reclamo de ilegalidad frente a las decisiones de la Superintendencia de Valores y Seguros ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, la interposición del reclamo, permite suspender, en ciertos casos, los efectos de la decisión impugnada, y 8. el artículo 4 del mismo cuerpo legal, que faculta, en el marco del Reclamo de Ilegalidad contemplado en el mismo artículo, ante la Corte de Santiago, suspender los efectos de la resolución de la Superintendencia que ordena se rectifique o corrija el valor en que se encuentran asentadas determinadas partidas de la contabilidad; 9. el artículo 137 del Código de Aguas,

En los casos descritos anteriormente, la mayoría de las decisiones cautelares serán suspensivas por expresa disposición de la Ley.⁵¹ En tales figuras, el legislador utiliza

que prevé la posibilidad de reclamar las resoluciones dictadas por la Dirección General de Aguas y, si la Corte de Apelaciones respectiva lo ordena expresamente, disponer la suspensión del cumplimiento de la resolución impugnada; 10. el artículo 25 de la Ley 19.886 sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios, faculta al Tribunal de la Contratación Pública a suspender el procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación; 11. el artículo 38 del Decreto Ley 2.757 Establece Normas sobre Asociaciones Gremiales, que en caso de reclamación de la declaración adoptada por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en orden a obligar a una organización a someterse a la normativa contemplada en el citado Decreto Ley, seguida ante un Ministro de Corte de Apelaciones, la mera reclamación de la resolución administrativa, suspende el plazo perentorio fijado por la ley para la adecuación forzosa de sus estatutos; 12. el artículo 89 del Decreto Ley 1.094 que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, que en caso de reclamar judicialmente ante la Corte Suprema de la resolución de expulsión del país, la interposición del reclamo suspenderá los efectos de la orden expulsiva, manteniéndose el afectado, en el intertanto, privado de libertad; 13. el artículo 25 del Decreto Ley 211 de 1973, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que permite a la Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictar todas las medidas cautelares que estime necesarias para impedir los efectos de las conductas sometidas al conocimiento del Tribunal y para resguardar el interés común; 14. el artículo 7° de la Ley 20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación, que permite al juez de letras, en cualquier momento del juicio, a petición del recurrente, ordenar la suspensión provisional del acto reclamado; 15. el artículo 24 de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, que permite a este último órgano jurisdiccional, conocer las peticiones de medidas cautelares que puedan solicitarse; 16. el artículo 492 del Código del Trabajo, que faculta al tribunal, de oficio o a petición de parte, a decretar la suspensión de los efectos del acto impugnado en el marco del procedimiento de tutela laboral; 17. en el Código Tributario, en dos casos: en el artículo 8 bis, en el marco de los reclamos en contra de actos u omisiones de Servicio de Impuestos Internos en materia de derechos de los contribuyentes; en el artículo 165 n° 9, tratándose del procedimiento especial para la impugnación de ciertas multas, la interposición de reclamo en contra de la liquidación de impuestos originados en ciertos hechos infraccionales suspende los efectos de la resolución reclamada.

⁵¹ Ante el Tribunal de la Contratación Pública: en *Aerocardial con Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena*, rol 94-2010, se solicitó por la demandante la suspensión del procedimiento licitatorio destinado a la adquisición del servicio denominado “Transporte Aéreo Avión Ambulancia Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena Temuco. El Tribunal, con fecha 2 de septiembre de 2010, rechaza la suspensión solicitada ya que se había dictado por el órgano demandado, resolución adjudicatoria.

Ante el Tribunal de la Libre Competencia: En *Sociedad Gaete y Navarrete con Fisco*, rol 209-2010, con fecha 13 de abril de 2011, se rechazó la solicitud de paralización de las actividades que atentan contra la libre competencia por haber instalado la Armada de Chile, en el sector de Punta Arenas, un Supermercado Naval con ventajas económicas, sobretodo en el transporte de mercaderías en desmedro, de los demás partícipes del mercado, a partir de un precio de venta menor que el ofrecido por los otros partícipes del mercado. En *Naviera Valdivia y otros con Ministerio de Obras Públicas y Otros*, rol 219-2011, la petición de paralizar los cobros de tarifas por parte de barcazas contratadas por parte del Ministerio para el transporte fluvial en la zona de la Región de Los Ríos, es rechazada, con fecha 9 de junio de 2011, por el Tribunal pues, *en la especie no se configuran los requisitos comunes a toda medida precautoria, específicamente la idoneidad, precisión y proporcionalidad de la misma en relación a la pretensión hecha valer, y que, (iv) a mayor abundamiento, no se han acompañado a estos autos antecedentes que constituyan presunción grave del derecho que se invoca*. En *Netland Chile S.A., contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*, rol 179-08, se solicitó la paralización de la licitación que buscaba la implementación de redes de transmisión de datos a nivel nacional. El Tribunal, con fecha 16 de diciembre de 2008, rechazó la petición, atendido a “*que no se reúnen los requisitos para el otorgamiento de una medida cautelar, establecidos en el artículo 25 del Decreto Ley N° 211*”

directamente la fórmula verbal *suspender* para referirse a la facultad cautelar del Tribunal, el cual conforme a su sentido natural y obvio, y de acuerdo a la acepción pertinente de la Real Academia Española – o sentido literalista, como acota Tavolari(1992:p.23) – refiere a *detener o diferir por algún tiempo una acción u obra*. De esta forma, y dejando a salvo la remota posibilidad de obtener cautela innovativa a través de una medida innominada conforme a la legislación procesal común, esta será la única posibilidad de cautela visible en tales contenciosos especiales.

Ahora, distinta es la situación en que aparece la posibilidad de impetrar cautela innovativa en dos de estos procedimientos especiales.

La *primera situación*, no tan clara en todo caso – y de escasa aplicación, por cierto – es el inciso tercero del artículo 58 del D.F.L. 323 del año 1932⁵², del Ministerio del Interior, norma incorporada por la Ley 18.856, el cual faculta a la Corte de Apelaciones a autorizar a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, a costa de las empresas de gas, a adoptar las *medidas necesarias* para que no se perjudique el servicio, en caso de

En materia de *acción de no discriminación arbitraria* caratulada *Valdebenito con Soto y otros*, rol 3081-2013, ante el Primer Juzgado Civil de Valparaíso, se solicitó dejar sin efecto los efectos del acto administrativo que determinó el retiro de un cadete de la Escuela Naval por tener salud incompatible con el cargo, utilizando la medida suspensiva contemplada en el artículo 7° de la Ley 20.609. El tribunal, con fecha 16 de diciembre de 2013, dispuso la negativa a tal petición, en razón que “en concepto del tribunal, las decisiones que eventualmente, en uno u otro sentido, pueda contener la sentencia que se dicte en definitiva, serían factibles de cumplir, toda vez que un retiro del establecimiento educacional de que se trata, puede ser revertido con la orden de reincorporación; no ha lugar a la suspensión provisional que se solicita.”

⁵² Artículo 58°. “De las medidas, órdenes y sanciones adoptadas o aplicadas por la Superintendencia, el afectado podrá interponer recurso de reposición ante ella dentro del plazo de 7 días hábiles, contado desde que se le comunicó o notificó la medida, orden o sanción. De la resolución que niegue lugar a la reposición podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la notificación de la resolución.

Si la Corte ordenare la ejecución de obras éstas deberán ejecutarse en el plazo que el mismo tribunal señale al dictar el fallo.

La Corte podrá también autorizar a la Superintendencia para que tome, a costa de la empresa de gas, las medidas necesarias para que no se perjudique el servicio. En el caso de que las obras ordenadas por la Corte a una empresa concesionaria ésta no las ejecutare dentro del plazo fijado, podrá el Ministro de Energía solicitar de la Corte que declare el incumplimiento grave a las obligaciones de la concesión.

Declarado el incumplimiento grave por la Corte, podrá el Presidente de la República decretar la caducidad de la concesión.”

impugnarse judicialmente las medidas y órdenes adoptadas o aplicadas por la Superintendencia. Sobre la norma en comento, si bien no es a texto expreso la posibilidad de dictar una medida innovativa, cabe tener presente que la posibilidad cautelar, podría discutirse a partir del inciso segundo de la misma norma, el que expresa que “*Si la Corte ordenare la ejecución de obras éstas deberán ejecutarse en el plazo que el mismo tribunal señale al dictar el fallo.*”.

Una interpretación posible para permitir la cautela innovativa sobre la facultad descrita a la Corte de Apelaciones, consiste en que si en el inciso segundo del artículo 58 se autoriza al Tribunal a ordenar la ejecución de obras *al dictar el fallo*, ello resulta posible también a propósito de las *medidas necesarias para que no se perjudique el servicio*, las que podrían tener efecto durante la sustanciación del procedimiento contencioso administrativo. El legislador, en la amplitud de la fórmula legal de la norma, podría haber incorporado medidas cautelares innovativas en este contencioso especial. En todo caso, la utilización del adverbio *también* en el inciso tercero, podría dar luces, del mismo modo, en el sentido de precisar que tal facultad de impetrar medidas necesarias puede no ser cautelar, sino propio del fondo del asunto, en la sentencia definitiva.

Finalmente, cabe advertir que el inciso final del artículo 57 del referido texto legal, veda el ejercicio de mecanismos suspensivos – en forma de “acciones o recursos ante la Justicia Ordinaria” – únicamente respecto a las sanciones adoptadas por la Superintendencia de Electricidad y Combustible, admitiéndose, en teoría, la interposición de la cautela mencionada recientemente solo en contra de órdenes y medidas distintas de las sanciones adoptadas por parte de la autoridad administrativa.

Evidente, por otro lado, resulta *la potestad cautelar del Tribunal Ambiental*. El artículo 24 de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, permite al tribunal en comento, decretar en el ámbito del procedimiento que se siga frente a aquel, medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias, sobre la base, como señala Pinilla, de un sistema abierto cautelar cuyo criterio de fondo es el resguardo del interés jurídicamente tutelado, esto es, como señala la misma norma del artículo 24, “impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento”, superando de este modo, un sistema restringido de medidas cautelares (2013:p. 559).

El procedimiento cautelar ante los Tribunales Ambientales, implica “una especie de control anticipado y por el solo ministerio de la ley en el ejercicio de las potestades más intrusivas de la Superintendencia del Medio Ambiente” (Bermúdez, 2013:p. 496). La afirmación anterior es visible si se advierte la amplitud de la enunciación cautelar indicada en la Ley, la que, parece haberse absorbido por la facultad del Tribunal de decretar medidas anticipativas, como veremos.

El sistema cautelar implementado por la Ley N° 20.600, se describe de la siguiente manera: establece un criterio de fondo para la dictación de medidas cautelares: el interés jurídicamente tutelado; identifica y define dos medidas cautelares: las conservativas e innovativas bajo diversas condiciones de procedencia⁵³, las que en el caso de las conservativas, el fundamento es a lo menos presunción grave del derecho reclamado, la que deberá probarse; mientras que en las innovativas, se acentúa la exigencia solo ante la inminencia de un perjuicio irreparable (Pinilla, 2013:p.559).

La jurisprudencia del Tribunal Ambiental en materia de medidas cautelares no es mucha, remitiéndose solo a dos⁵⁴ los casos sobre los cuales se ha pronunciado atendida – asumo – la reciente implementación de la Ley.⁵⁵

⁵³ Las define el artículo 24 de la Ley 20.600: “*Son conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida*”

⁵⁴ En el primer caso, en autos R-7-2013 caratulada *Asociación Indígena con Superintendencia del Medio Ambiente*, el Tribunal, con fecha 18 de junio de 2013, resolvió rechazar la cautela solicitada, dado que el peticionario requirió la “inspección y fiscalización del estado actual de las obras y actividades del proyecto Pascua Lama”, medida que el Tribunal rechazó por “no tener las medidas solicitadas el carácter de medidas cautelares, sino que se trata de actuaciones destinadas a fiscalizar el cumplimiento de paralización de actividades”. En el otro caso, en *Federación de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales, y Buzos Artesanales de la I Región y otros con Superintendencia del Medio Ambiente*, autos rol R-14-2013, se solicitó como medida cautelar, la clausura temporal o la detención de funcionamiento de las instalaciones en la zona de la empresa Petrobras, a partir del derrame de crudo en el sector de la Playa El Colorado, de la comuna de Iquique. El Tribunal, con fecha 13 de octubre de 2013, resolvió, tras solicitar oficios de la Gobernación Marítima de Iquique y del Servicio de Evaluación Ambiental, rechazar la cautela requerida, sin mayor fundamento. No hay más solicitudes de tutela cautelar solicitada al Tribunal Ambiental.

⁵⁵ Explicábamos que en materia cautelar, existe una baja densidad de resoluciones judiciales del Tribunal; pero lo verdaderamente novedoso de la regulación de la Ley N° 20.600, en armonía con la LOC de la Superintendencia

3.2. Casos en los cuales las medidas cautelares están restringidas por el legislador, o bien, la ley guarda silencio sobre la posibilidad de impetrar tutela cautelar.

El ordenamiento jurídico contempla ciertas hipótesis en las cuales el legislador expresamente manifestó su opción de *restringir la posibilidad de otorgar tutela cautelar en el marco de procedimientos contenciosos administrativos*. En efecto, en ciertos supuestos, la ley limita la concesión de medidas cautelares.⁵⁶ Valga indicar que estas medidas se encuentran en

del Medio Ambiente, es la existencia de medidas provisionales en la materia. En efecto, la Ley encarga al Tribunal Ambiental la aprobación de las solicitudes señaladas en el artículo 48 de la LOC de la Superintendencia. En este campo, el Tribunal ha resuelto, por ejemplo, rechazando la medida solicitada a propósito de la solicitud clausura temporal y parcial de actividades en los sitios “Sector Botadero” y “Sector Depósito de Seguridad”, de la Fundición y Refinería Ventanas, de Codelco Chile (Rol S-6-2013, caratulada *Superintendente del Medio Ambiente con Codelco Chile*, resolución de fecha 19 de diciembre de 2013), en razón de argumentos técnicos y ausencia de idoneidad de las medidas solicitadas para precaver el riesgo a la población. Esto, tal vez, en mi opinión, ha llevado a la absorción de la potestad cautelar del Tribunal por la facultad anticipativa del mismo, aun cuando ambas tengan fundamentos y caracteres diversos.

⁵⁶ Los casos en comento, son los siguientes: El primer caso, que en realidad es el único que representa efectivamente en rigor una prohibición expresa de cautela, es el inciso final del artículo 22 de la Ley General de Bancos, tratándose de la impugnación judicial de las resoluciones adoptadas en ciertos casos por la Superintendencia de Bancos. La norma expresa, en lo pertinente: “*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*”. El segundo caso es el artículo 8 número 5° de la Ley 18.175 que fija el nuevo texto de la Ley de Quiebras. La norma en lo que importa, prohíbe, bajo la fórmula “*La interposición del reclamo, en este caso, no suspenderá los efectos de la resolución*”, a la Corte de Apelaciones que conoce de la reclamación judicial de la decisión de la Superintendencia de Quiebras que resolvió, en sede administrativa, la suspensión temporal de las funciones del síndico. El tercer caso, es el artículo 143 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 1996 del Ministerio de Salud, norma que, a propósito de la reclamación en sede judicial ante la Corte de Apelaciones respectiva de la resolución dictada por el Ministerio de Salud que resolvió, en sede administrativa, el recurso interpuesto por el afectado en contra de la sanción impuesta por la Superintendencia de Salud, impide bajo el enunciado “*La interposición del reclamo no suspenderá en caso alguno la aplicación de las sanciones*”, la posibilidad de cautela. El cuarto caso, es en la Ley 18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, texto legal que en su artículo 32, consagra el reclamo de ilegalidad frente a las decisiones de la anterior autoridad sanitaria, norma que en su inciso cuarto, expresa que “*cuando se pueda afectar la calidad o la continuidad del servicio la interposición del recurso no suspenderá los efectos del acto reclamado ni podrá la Corte decretar medida alguna con ese objeto mientras se encuentre pendiente la reclamación*”. El quinto caso es el artículo 6 de la Ley 18.203 que otorga Garantías al Estado a las Obligaciones que Señala, norma que, tratándose de la resolución del Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras que fija la nómina de personas sujetas a la prohibición de ejercer cualquier función ejecutiva en una institución financiera, impide a la Corte de Apelaciones que conoce del reclamo en contra de aquella resolución en sede judicial, decretar medidas cautelares bajo el enunciado: “*la reclamación aludida no suspenderá los efectos de la resolución reclamada*”. El sexto caso es el artículo 27 de la Ley 19.545 que crea un Sistema de Certificación Oficial de Conformidad de Exportaciones, artículo que, tratándose de la impugnación judicial ante la Corte de Apelaciones, de la sanción de cancelación del registro decretada por el Subsecretario de Economía, impide a la corte decretar medida alguna bajo la fórmula “*Cuando se pueda afectar la calidad o la credibilidad del sistema de certificación la interposición del recurso no suspenderá la cancelación del registro ni podrá la Corte decretar medida alguna con ese objeto mientras se encuentre pendiente la reclamación*”.

el marco de reclamaciones judiciales en contra de decisiones sancionatorias dictadas por la autoridad administrativa. Del mismo modo, es apropiado anotar que no se advierte en la historia de la Ley de estas decisiones legislativas las razones que se tuvieron en vista para limitar la posibilidad de suspender los efectos de los actos impugnados.

Sin embargo, al interior de esta distinción, debe advertirse que, en realidad, el legislador lo que regula en este ámbito son dos situaciones esencialmente diversas: por un lado, contempla una prohibición expresa de cautela; mientras, en otros casos, lo que hace es impedir que el efecto de la mera interposición de una impugnación judicial – en sede contenciosa administrativa – posea un efecto suspensivo. Así, en rigor, *constituye únicamente una prohibición expresa de cautela, el inciso final del artículo 22 de la Ley General de Bancos*⁵⁷, pues junto con negar tal efecto a la interposición del reclamo en sí, extiende tal impedimento a la Corte de Apelaciones que conoce del mismo, no pudiendo, bajo ningún respecto aquel Tribunal, conceder alguna posibilidad de cautela. (“*ni podrá la Corte decretar medida alguna con ese objeto mientras se encuentre pendiente la reclamación*”).

Por otra parte, el legislador, tratándose de los otros cinco procedimientos especiales que se incluyen en esta clasificación, únicamente advierte que el efecto de la simple interposición del recurso no podrá ser suspensivo, cuestión que, a través de otras vías procesales podrá conseguir el actor, por ejemplo, utilizando los supuestos cautelares de la legislación común. De esta forma, estas últimas hipótesis podrían constituir, eventualmente, *restricciones de cautela*, mas no prohibiciones.

En todo caso, si el efecto de la interposición del reclamo, esto es, del mero acto de impugnar la decisión administrativa, carece de efecto suspensivo *per se*, y, acto seguido, el

⁵⁷ El inciso final del artículo 22 de la Ley General de Bancos, en particular, da cuenta de la mayor relevancia que la actividad bancaria tiene para el legislador, toda vez que parece ser este el fundamento que se tiene en vista para impedir, de un modo absoluto, el funcionamiento de una entidad financiera que presenta inestabilidad o administración deficiente, y a la cual la Superintendencia ha designado un inspector delegado o administrador provisional. Entre las prohibiciones que puede imponer a la entidad financiera, la Superintendencia respectiva, se encuentran: otorgar nuevos créditos, alzar las garantías vigentes, adquirir bienes corporales e incorporeales. Estas son las operaciones, entre otras, que ni por vía cautelar, la institución bancaria puede continuar ejerciendo, pues por la suspensión del acto que así lo ordenó, se encuentra impedida.

litigante puede obtener de todas formas la suspensión del acto administrativo en un momento procesal posterior durante la tramitación del reclamo, cabe plantear la inquietud por el sentido y alcance que tiene entonces la prohibición al juez creada por el legislador al momento inicial de interponer la reclamación.

No obstante lo expuesto, dable es hacer la siguiente reflexión: si se admite que en nuestro país, como indican Ferrada y Bordalí, el derecho a la tutela judicial tiene recepción a partir de una “interpretación histórica y sistemática del artículo 19 número 3 inciso primero de nuestra Constitución, así como de tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado chileno y que se encuentren vigentes” (2008:p.139), y que, como afirmamos al finalizar el capítulo anterior, el derecho a la tutela cautelar forma parte de aquel derecho fundamental a la tutela judicial, entonces, de suyo obvio es colegir que toda norma que impida o prohíba de un modo absoluto (en el caso recién descrito de la Ley General de Bancos) o bien restrinja la posibilidad de solicitar medidas cautelares (en las restantes hipótesis recién descritas en la presente clasificación, con la prevención antes mencionada) en materia contenciosa administrativa, puede ser tildada de inconstitucional. Sin embargo, la indicación anterior, parece no tener mucho eco en nuestra jurisprudencia, ni tampoco en solicitudes de inconstitucionalidad frente al Tribunal Constitucional, tal vez habida consideración del casi nulo nivel jurisprudencial de estos procedimientos especiales en materia cautelar.

Ahora, tratándose de los *casos en los cuales la ley guarda silencio sobre la posibilidad de impetrar cautela*, en primer lugar, es pertinente mencionar el contencioso general de Nulidad de Derecho Público, el que se tramita conforme a las reglas del procedimiento ordinario de mayor cuantía (Soto Kloss, 1996:p.192), cuya normativa cautelar se encuentra encapsulada en las disposiciones del Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, esto es, en el marco de las *medidas precautorias*.

Como explica Ferrada, la tramitación de la acción de nulidad de derecho público, al formularse del mismo modo al interior del procedimiento ordinario, obliga a la utilización,

en forma supletoria, de las disposiciones cautelares generales del Código de Procedimiento Civil, cuestión que resiste a la *lógica iusadministrativa* de la suspensión del acto administrativo impugnado⁵⁸. (2011:p.272). De esta forma, en un sentido más propio de la clasificación propuesta, la Nulidad de Derecho Público como contencioso general al sujetarse a las normas del juicio ordinario de mayor cuantía conforme al libro II del Código de Procedimiento Civil, permite la utilización de las medidas cautelares indicadas en este texto legal, atendido el procedimiento al que se sujeta dicha acción, más que por sobre la decisión expresa del legislador en orden a pronunciarse sobre la posibilidad de cautela.

Luego, respecto a los aproximadamente *setenta* procedimientos contenciosos especiales en los cuales *el legislador omite pronunciarse respecto a la posibilidad de impetrar medidas cautelares*, cabe resolver si existe esta última alternativa, esto es, si es posible admitir aplicar alguna forma de cautela en estos procedimientos.

La clave de estos supuestos normativos de silencio del legislador respecto a la cautela, puede estar en el artículo 3° del Código de Procedimiento Civil, el que permite aplicar las disposiciones del Libro II del referido texto legal a los procedimientos que “*no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza*”. Como indica Casarino, el carácter supletorio del Libro II, permite aplicar, por expresa decisión del legislador, las disposiciones del juicio ordinario de mayor cuantía a todos los procedimientos judiciales chilenos, atendido su carácter de procedimiento general o común (2005:p.25). Por ello, el autor indica que si la acción deducida *carece de reglamentación especial* respecto a cuál será

⁵⁸ Explica Ferrada, anotando que, en la práctica, la suspensión de los actos administrativos se ha solicitado por los litigantes, peticiones que han sido acogidas con renuencia en el juez, bajo la fórmula de la prohibición de celebrar actos y contratos del 290 número 4 del C. de Procedimiento Civil. (2011:p.272). Luego, y a nivel de primera instancia, en acciones de nulidad de derecho público, en la causa rol 1791-2008, ante el Primer Juzgado Civil de Viña del Mar, caratulada *Leal con I. Municipalidad de Viña del Mar*, en la que a través de una Medida Prejudicial Precautoria, se decretó, con fecha 8 de mayo de 2008, fundado en la cautela innominada del art. 298 del C. de Procedimiento Civil, la suspensión de una demolición ordenada por la entidad edilicia. A la fecha de esta tesis, la cautela se mantiene vigente por encontrarse los autos en estado de dictarse sentencia. En *Muehlstein con Fisco*, rol C-1341-2012, ante el Primer Juzgado Civil de Valparaíso, se solicitó vía cautelar, suspender los efectos de la sentencia dictada por el Director General de Aguas en contra Muehlstein Chile S.A., por incurrir – de acuerdo al demandante – en vicios en la dictación de aquel acto administrativo. El Tribunal, no se pronunció sobre el fondo del asunto, por cuestiones de mero trámite, decayendo el asunto en abandono de procedimiento antes del pronunciamiento sobre la medida cautelar.

el procedimiento aplicable a la misma, entonces se aplican las disposiciones del Libro II del ya citado código.

De esta forma, y desde un punto de vista cuantitativo, la mayoría de los procedimientos contencioso administrativos que existen en el Derecho Chileno, incluyendo el contencioso general de Nulidad de Derecho Público, en los cuales el legislador ha guardado silencio quedan, de algún modo, “*cubiertos*” en relación con la actividad cautelar con la salvedad de las prohibiciones expresas que establece la Ley. Sin embargo, aun cuando pueda entenderse que existe tutela cautelar en el marco de estos contenciosos, la verdad es que la lógica cautelar del sistema del Código de Procedimiento Civil, no resulta adecuada a la cautela propia del Derecho Administrativo.

4. La lógica cautelar en la justicia administrativa.

Si se pregona, entonces, las dificultades de emplear la orden de no innovar, los mecanismos cautelares diversos a ella, así como las medidas precautorias del Libro II del C. de Procedimiento Civil como herramientas cautelares en el ámbito de la justicia administrativa, propio es, necesariamente, identificar cuáles son o deben ser los rasgos definitorios de una tutela cautelar conforme al principio de la tutela judicial efectiva, cuestión materia de esta tesis magistral y enfrentar aquellos rasgos definitorios, con la fisonomía cautelar del derecho nacional en materia administrativa.

Por lo mismo, lo que importa es descubrir los elementos que distinguen un sistema cautelar en materia administrativa, para, luego de examinado tales elementos, formular la comparación necesaria a la legislación nacional, teniendo presente el derecho fundamental a la Tutela Judicial, para resolver, finalmente, si tales aspectos cautelares se encuentran o no presentes en el Derecho Administrativo Chileno para concluir si, en definitiva, tiene acogida en la justicia administrativa chilena, el derecho a la tutela judicial.

Así, y teniendo a la vista los tres sistemas comparados, esto es, el derecho argentino, el derecho español y el derecho alemán, así como la doctrina en materia de tutela judicial es posible extraer ciertos rasgos comunes, cuyo contenido ha de ser exigido a los mecanismos cautelares de la justicia administrativa:

4.1. La fundamentación de las resoluciones.

Uno de los aspectos del derecho a la tutela judicial, es derecho a *obtener una resolución congruente en derecho que resuelva sobre el fondo del asunto*, el que se traduce, como advertimos en el primer capítulo de este trabajo, en una doble exigencia: la motivación y la congruencia de la sentencia. Como lo describía Luis Díez-Picazo, el derecho a la tutela judicial involucra el derecho a las partes a obtener del órgano jurisdiccional un pronunciamiento razonado, motivado acerca de las peticiones que le puedan plantear las partes (2008:p.430).

Pues bien, sea a través de la utilización supletoria de las herramientas cautelares del C. de Procedimiento Civil, sea a través de los mecanismos suspensivos de los procedimientos contenciosos administrativos generales y particulares, la verdad, (y esta es la *primera dificultad* y uno de los principales defectos del sistema cautelar administrativo – y por qué no del sistema procesal chileno en general) es que desde la perspectiva de la motivación de sus resoluciones, se advierte la prescindencia de parte del juez de la referencia a cuáles fueron las razones, antecedentes o argumentos que seleccionó a fin de acoger o rechazar la cautela solicitada.

Es por ello que, en la jurisprudencia examinada, los tribunales al resolver las solicitudes de cautela, tienen, en su mayoría, por cumplida su labor con un simple “*como se pide*” o resoluciones similares. La doctrina, expone que tratándose de la ONI – cuestión que en mi concepto es perfectamente extensible y necesario a toda otra providencia cautelar – la resolución debe ser fundada, sin duda alguna. El mismo autor indica, en relación con la ONI, como mencionábamos hace algunas líneas, que la razón legal que permitirá explicar la negativa de aquel deber de fundamentación a la resolución cautelar se encuentra determinada por su naturaleza de auto según el artículo 158 del C. de Procedimiento Civil, situación que trae aparejada la ausencia de obligación de fundamento, tal como expresa el artículo 177 del mismo texto legal (Tavolari, 1992:p. 27).

Una nota distinta sobre la materia, se encuentra en el artículo 205 del proyecto del Nuevo Código Procesal Civil, el que prescribe:” *Será obligación del tribunal fundamentar todas las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas en que se pronunciare sobre*

cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. La simple relación de actuaciones o piezas del registro desmaterializado no sustituirá en caso alguno la fundamentación.”. La novedad legislativa constituirá solución a la presente dificultad en el escenario contencioso administrativo, en la medida que se entienda que la tutela cautelar de la justicia administrativa se encuentra en el régimen general común del proceso civil.⁵⁹

Sin embargo, por la mayor amplitud y ejercicio del recurso de protección como contencioso administrativo general, es que el problema de la falta de fundamento de la resolución cautelar es de suyo más trascendente, no solo pues se discute en aquel procedimiento las garantías fundamentales de las personas, sino por la posibilidad de impugnar las decisiones cautelares adoptadas, escenario que se verifica ante un total desconocimiento de los conceptos jurídicos y facticos que tuvo a la vista el tribunal al adoptar la medida.

4.2. La precisión de los supuestos de la cautela en materia administrativa.

En el derecho comparado, y más precisamente en España, existe una precisión que, en mi concepto debe formularse, atendida las formas que puede revestir la actuación administrativa. Como explicaba Carmen Chinchilla (2009:p.139), se debe distinguir respecto a los supuestos que habilitan la dictación de cautela, en orden al tipo de acto que justificará la medida, según se trate de un acto positivo (como podía ser la dictación de un acto administrativo) y aquellos supuestos de inactividad administrativa. Además de ello, anota la autora, es trascendente en la discusión, atendido el carácter de decisión de imperio de la administración, la ponderación de todos los intereses en juego, en particular el interés público,

⁵⁹ En este sentido, y como citamos previamente, en autos rol 219-2011, el Tribunal de la Libre Competencia, en *Naviera Valdivia y otros con Ministerio de Obras Publicas y Otros*, en forma inusual, ha dado alguna luz de mayor profundidad a la fundamentación de las resoluciones en materia cautelar, apuntando – para efectos de rechazar la petición de tutela – a la falta de los “*los requisitos comunes a toda medida precautoria, específicamente la idoneidad, precisión y proporcionalidad de la misma en relación a la pretensión hecha valer, y que, a mayor abundamiento, no se han acompañado a estos autos antecedentes que constituyan presunción grave del derecho que se invoca.*”.

a propósito de la medida en debate. Luego, como anotaba la doctrina española en el capítulo anterior, es preciso fijar los supuestos bajo los cuales ocurren *medidas cautelares sin oír a la parte contraria*, esto es, medidas *inaudita parte*.

Pues bien, nada de esto existe en la justicia administrativa chilena, y en esto consiste la *segunda dificultad* que se advierte en su estudio: la ausencia de los supuestos o requisitos bajo los cuales se permite la justificación de la tutela cautelar.

En el ámbito del Código de Procedimiento Civil, como advertimos, la jurisprudencia, de la mano de la medida precautoria – planteada también como prejudicial precautoria – de la prohibición de celebrar actos o contratos, ha permitido la suspensión de los efectos de un acto administrativo, extendiendo su aplicación desde los términos privatísticos en que fue concebida la medida en el citado texto legal (Marín, 2004:p. 410).

Desde el punto de vista formal, tratándose de aquellos procedimientos judiciales que permiten la adopción de medidas en razón de la aplicación supletoria del sistema cautelar del Código de Procedimiento Civil, la doctrina ha precisado los requisitos generales – propios de toda medida – y los especiales, necesarios para la adopción de cada una en particular. Casarino, así indica que tales supuestos generales son: la *limitación a los bienes necesarios para responder a los resultados del pleito, y acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama*, sin perjuicio de aquellos propios de cada medida precautoria y de los indicados para la medida precautoria innominada del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil ⁶⁰(1998:p.398).

⁶⁰ Así, y siguiendo la tesis de Ferrada, en orden a que la medida cautelar pertinente – con problemas, por cierto – para la obtención de la suspensión de los efectos del acto administrativo es la del art. 290 número 4 del C. de Procedimiento Civil, la prohibición de celebrar actos o contratos tiene como requisito especial (y atinente al presente trabajo), según Casarino, la precisión de qué clase de *acto* o contrato desea que se prohíba celebrar al demandado; o, por el contrario, indicar, si se estima que la prohibición debe ser *amplia*, esto es, no circunscrita a la celebración de determinado acto o contrato. (1998:p.394). Mientras que en relación con la cautela innominada del artículo 298 del ya citado texto legal, según Romero Seguel, el legislador las incorpora con la finalidad de asegurar el resultado de la acción deducida frente a peligros no previstos por aquel y otorgar certeza jurídica al demandante en el evento que las medidas tipificadas expresamente no permitan amparar el cumplimiento de la sentencia en el evento de ser favorable al actor. Estas medidas, finaliza Romero, participan de los requisitos de *periculum in mora, fumus boni iuris* y *contra cautela*. (2012:p. 65).

Sin embargo, el sistema cautelar común del Código de Procedimiento Civil, no permite capturar con certeza – ni tampoco los mecanismos cautelares basados en la ONI – por ejemplo, la ponderación del interés público como criterio relevante para otorgar tutela cautelar cualquiera sea la forma que pueda revestir la actuación administrativa. Si bien, como indicamos, los requisitos generales de toda medida cautelar – *periculum y fumus* – han de estar presente en la decisión judicial, no parece clara la suerte del interés público como criterio relevante para la adopción de la cautela en materia de justicia administrativa.

Finalmente, se debe añadir que el sistema cautelar general del Código de Procedimiento Civil, tampoco permite aclarar bajo qué supuestos se decretarán medidas sin oír a la parte contraria, esto es, *inaudita parte*. La jurisprudencia de nuestros tribunales, vacila entre resolver derechamente las solicitudes y otorgar tramitación incidental a las solicitudes de medidas cautelares,⁶¹ no existiendo una regulación como la entregada por el legislador español en el artículo 135 de la LRJCA.

4.3. ¿Un sistema cautelar basado en un sistema *numerus clausus* o *numerus apertus* de medidas?

Como recuerda la doctrina española, limitar la suspensión de la ejecución del acto administrativo como única medida posible en la justicia administrativa, fue advertida como un defecto en su regulación, cuestión que, además de motivar la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, llevó a implementar, a través de la LRJCA, la formulación legal en los términos de su artículo 129, esto es, a autorizar “*en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*” (García de Enterría,

⁶¹ Por ejemplo, en materia cautelar, y ante el Tribunal de la Contratación Pública, en resolución de fecha 4 de marzo de 2008 dictada en los autos 13-2008 caratulados *Sociedad Conocimiento y Cultura con Dirección de Bibliotecas y Museos*; en resolución de 28 de enero de 2010, rol 13-2010, caratulada *Constructora Oscar Núñez y Cía Ltda. con I. Municipalidad de Peñaflores*; en resolución de fecha 12 de noviembre de 2009, de autos rol 135-2009, caratulada *Ingeniería y Construcción Puerto Principal S. con I. Municipalidad de Olmué*; en resolución de fecha 3 de noviembre de 2011, en autos rol 183-2011, caratulados, *Claro con Universidad de Valparaíso*, el Tribunal resolvió derechamente las solicitudes, sin tramitación incidental de los autos. Mientras que en resolución de fecha 2 de marzo de 2012, en autos rol 15-2012 caratulada *Constructora Soto y Briceño con Dirección de Bienestar Social de la Armada*, a la solicitud de suspensión del procedimiento licitatorio, el Tribunal resolvió *traslado y autos*, rechazando, luego, la tutela solicitada.

2006:p. 214). A su turno, describe Rodríguez Arana, al añadir que la *innominatividad* de las medidas resulta ser una cuestión refleja del principio de la tutela judicial efectiva, idea que se comporta de un modo más acorde con la “concepción del orden jurisdiccional cada vez menos revisor y más tendiente a conocer el conjunto de pretensiones que puedan suscitarse frente a la actuación u omisión de la administración” (2006:p.141).

Desde el sistema español, *numerus apertus*, conforme se dijo, al ordenamiento contencioso administrativo nacional – y atendida su característica caótica en materia de procedimientos especiales – existe bastante distancia, dado que la determinación en nuestro país en orden a autorizar al particular una cautela de un modo genérico o de un modo reglamentado a las medidas tasadas por la Ley (en particular en el caso de las medidas del art. 290 del C. de Procedimiento Civil), o bien de las medidas cautelares de los contenciosos especiales, habrá que estar al procedimiento que elija el particular para su pretensión procesal, decisión, en el que deberá primar el criterio de la especialidad.⁶²

En todo caso, dable es advertir que tal criterio de la especialidad de la acción a plantear, desde el punto de vista del actor, se puede ver condicionado, en mi opinión, por la existencia de herramientas cautelares en el procedimiento utilizado, desestimando aquellos que carezcan de dichos mecanismos. La divergencia de criterios anterior, motivada por la enorme cantidad de tipos de procedimientos contenciosos administrativos, y ante la ausencia de un procedimiento general del mismo carácter, así como la excesiva utilización del recurso de protección como contencioso general, (Pierry, 2000:p. 106) crea la *tercera dificultad* en el esquema de la lógica cautelar.

⁶² Conforme a lo resuelto por la Corte Suprema con fecha 20 de enero de 2012, en autos rol 8247-2009, caratulado Vásquez con Municipalidad de la Reina, considerando 10º “*En otras palabras, existiendo una ley especial que habilita una vía jurisdiccional inmediata y directa para resolver la controversia mediante un determinado procedimiento y un tribunal competente, es a dicho mecanismo al que debe acudirse.*”

4.4. La existencia de normativa legal en materia cautelar en relación con la ejecutividad administrativa y la presunción de legalidad: la regulación de la suspensión del acto administrativo por la mera impugnación.

Como es sabido, una de las características del acto administrativo es su ejecutividad, característica conforme a la cual una vez perfeccionados los actos administrativos producen plenamente sus efectos jurídicos (Chinchilla, 2009:p.132). De ahí que dicha prerrogativa de la Administración, pueda enfrentarse al derecho fundamental a la tutela judicial, ya que, en realidad, anota Rodríguez-Arana, la resolución del conflicto que puede advertirse entre ambos conceptos jurídicos, pasa por la posibilidad de someter a la definición de un Tribunal, acerca de la suspensión de los efectos de un acto administrativo. (2006:p.135). Sobre el particular, explica la doctrina, que la suspensión del acto concreta la “interrelación existente entre la presunción de legalidad, la autotutela administrativa y la impugnabilidad”. Por ello es que, al dictarse el acto administrativo, ha de entenderse que ese acto se presume legal y, en consecuencia, ha de ejecutarse por la Administración, siempre que no sea impugnado en sede administrativa o judicial (Bermúdez, 2011:p. 129).

La mención anterior, se vincula intrínsecamente con la institución alemana de la *suspensión automática del acto administrativo* a partir de la mera impugnación del mismo. Tal suspensión opera en razón de un mínimo de sentido de justicia, pues, de lo contrario, la tutela judicial sería ilusoria (González Varas, 1993:p. 217)

Como indica la doctrina, tratándose de acciones que se dirigen en contra de actos que imponen una carga, la *VwGO*, en Alemania, establece – salvo las excepciones expresamente contempladas a la ejecución inmediata del acto – el efecto suspensivo de la demanda principal. Por ello es que, atendida la especial característica del objeto de la impugnación – un acto jurídico dotado de plena ejecutividad y presumido de legalidad – aquel no pueda ejecutarse, hasta que se discuta y resuelva, en definitiva, la suerte de la acción deducida (Cassagne et al. 2009:p. 64).

De este modo, declara Bacigalupo en relación con la legislación alemana, que la normativa que ha de regular la tutela cautelar vinculada a los efectos suspensivos del acto, junto con normar tales supuestos, así como aquellas hipótesis que precisen de la inmediata

ejecución del acto, debe ocuparse de ciertos aspectos como lo es el inicio del efecto suspensivo y la duración de aquel efecto (1992:p. 424).⁶³

En Chile, la normativa cautelar en esta materia difiere según se trate de la impugnación de actos administrativos en el marco de los procedimientos contenciosos especiales o de los contenciosos generales. Así, en ciertos casos, la ley utiliza expresiones *facultativas* para decretar la posible suspensión del acto en el caso de la ONI. De esta forma, en general la ley suele utilizar el enunciado “la Corte *podrá* decretar orden de no innovar”, siendo discrecional, conforme a la redacción de la normativa pertinente, la suspensión del acto a la solicitud del peticionario⁶⁴.

En otras ocasiones, rige el carácter suspensivo *automático* de los efectos del acto⁶⁵ a partir de la sola impugnación del acto en aquellos contenciosos especiales, sin que, en todo caso, puedan asimilarse estos mecanismos suspensivos a aquellos del derecho alemán. Lo anterior, por dos razones. En primer lugar, atendido que la suspensión de los efectos del acto, en la práctica, depende, que el peticionario solicite tal medida sin que el Tribunal, de oficio, ante la sola reclamación contenciosa administrativa, suela paralizar los efectos del acto administrativo impugnado; y, en segundo lugar, la normativa suspensiva, para estimarse correctamente incorporada a la legislación, debe incorporar excepciones que permitan

⁶³ A pesar de lo expuesto, Bacigalupo apunta que el derecho alemán tampoco ha normado tales supuestos, siendo necesaria tal precisión dado que el efecto suspensivo del acto, a partir de la mera impugnación, implica precisar si el efecto opera desde que se solicita o bien desde cuando se decreta judicialmente, si ha de tener efecto retroactivo, así como determinar la duración de la suspensión del acto. Esta última cuestión, es sobretudo relevante tratándose de la suspensión decretada en sede administrativa y las consecuencias de dicha suspensión frente al rechazo de la petición administrativa y la mantención de aquel efecto en sede judicial. El autor, advierte que en Alemania, la posición doctrinaria varía desde la tesis que indica que el efectos suspensivo del acto (ordenados en sede administrativa y judicial) son independientes entre sí a quienes afirman que la suspensión del acto dispuesto en sede administrativa solo cesa una vez finalizada la impugnación judicial del acto. (1992:p.425).

⁶⁴ A pesar que Tavolari aboga a favor de la posibilidad que el Tribunal decrete, de oficio, alguna cautela en forma de ONI por razones de carácter público del conflicto y por la posibilidad de la Corte – aunque solo en el marco del recurso de protección – de adoptar las providencias que juzgue necesarias. (1992:p. 28)

⁶⁵ Por ejemplo, en el artículo 89 del Decreto Ley 1.094, el que indica que la interposición del recurso *suspenderá* la ejecución de la orden de expulsión de un extranjero; o bien, el artículo 4 del Decreto Ley 3.538 que otorga la suspensión de los efectos del acto ordenado por la Superintendencia de Valores y Seguros a partir de la simple interposición del reclamo de ilegalidad previsto en dicho artículo.

entender que solo bajo ciertos respectos no ha de operar la suspensión del acto, debiendo entonces entregarse, si el caso así lo merece, al órgano administrativo la carga de probar o acreditar su interés en la materialización inmediata del acto administrativo, en tanto se resuelve su suerte en sede judicial, del modo como ocurre en el caso alemán.

En este mismo orden de cosas, el derecho nacional niega la mantención de la tutela cautelar en el contencioso administrativo que se hubiere originado en el marco de los procedimientos administrativos internos de la Administración y el eventual contencioso administrativo posterior (como sí ocurre en España, según vimos⁶⁶). Piénsese el caso de un decreto alcaldicio, cuya suspensión es decretada conforme al artículo 32 de la Ley 19.880. ¿Qué acontece con la suspensión del acto, declarado en sede administrativa una vez que en contra de la resolución final se ha interpuesto el respectivo Reclamo de Ilegalidad ante la Corte de Apelaciones? ¿Se mantienen los efectos del acto impugnado en suspenso? La respuesta la otorga el inciso final del mismo artículo 32, al preferir el legislador extinguir la eficacia de la resolución administrativa una vez finalizado el proceso correspondiente, atendida a que la finalidad de la medida provisional en el procedimiento administrativo es asegurar la eficacia de la futura resolución que en el marco del mismo pueda dictarse (Cordero, 2003:p. 122).

Tal desequilibrio del régimen suspensivo automático del acto, cuya regulación se encuentra absolutamente ausente en la normativa nacional, constituye la *cuarta dificultad* del sistema cautelar contencioso administrativo.

5. El corolario de las cuatro dificultades ya señaladas: no existe, en términos adecuados, la tutela cautelar en la justicia administrativa. Posibles soluciones.

Los problemas antes descritos, nos llevan a concluir que el estado de la tutela cautelar en nuestra legislación contenciosa administrativa es *precaria*.

⁶⁶ Recordemos que el artículo 111.4 de la LRJPAC expresa en su parte inicial que “La suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa.”

Sin ser inexistente, pues constan efectivamente episodios cautelares en nuestro derecho, la tutela cautelar en la justicia administrativa se diluye en su aplicación a partir de las dificultades antes expresadas. De este modo, las cuatro deficiencias del sistema cautelar importan, en un primer orden de cosas, un efecto no menor: la ausencia de la debida regulación legislativa a una garantía fundamental consagrada en la Constitución: el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tal vez, una de los motivos que pueden llevar a la conclusión anterior, se encuentre precisamente en la manera en que se encuentra recogida la garantía fundamental de la tutela judicial en nuestro país. Al no encontrarse aquella consagrada expresamente en nuestra Constitución, la doctrina ha debido otorgar a aquella un contenido orientado al acceso general a recurrir a tribunales para sostener su incorporación (Evans, 2004:p.141), por vía indirecta, de un modo genérico al establecer, incluyendo al Estado, una jurisdicción general y una obligación para conocer de vulneraciones a los derechos de las personas (Ferrada, Bordalí, 2008:p. 139). Por lo mismo, el contenido de aquella garantía fundamental se encuentra precisado fundamentalmente por el derecho extranjero, siendo escasa la literatura sobre el particular en los autores nacionales.

Así, identificada que sea la existencia de las dificultades de nuestro sistema cautelar contencioso administrativo, que redundan en un *precarísimo* sistema cautelar, propio es advertir algunas soluciones que permitan corregir la situación vigente.

Una idea, revestida de cierta ingenuidad, por cierto, es retomar la vieja inquietud de incorporar un procedimiento y tribunales contenciosos administrativos, idea que hace tanto tiempo duerme en el Congreso Nacional (Boletín N° 687-07). A modo de síntesis, el proyecto de ley en comento, tal como expresa su preámbulo, busca regular las diversas acciones anulatorias o declarativas que se dirijan en contra de los actos que emanen de la Administración del Estado. El citado proyecto, al normar el procedimiento contencioso administrativo, permite al demandante, en materia cautelar, la interposición de las medidas precautorias que regla el CPC u otras que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción (Artículo 46), decretando desde ya, la regla no suspensiva de la interposición del procedimiento impugnatorio, salvo que el mismo Tribunal, inste por la paralización de los

efectos del acto, siguiendo de este modo el modelo español de la antigua LJCA de 1956 (Artículo 47).

Pero ante la sabida y larga inactividad en la tramitación de tal proyecto de ley, parece razonable enfocar la correcta implementación de la tutela cautelar en el sistema procesal civil común.

En este orden de cosas, imperioso, entonces, aparece el *fortalecimiento de la fundamentación de las resoluciones judiciales*. Como indica la doctrina española, no existe razón que permita sostener la ausencia de fundamento de una resolución, pues el motivo y la congruencia de la sentencia, es una cuestión que emana de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva (Picó I Junoy, 2012:p.77). De esta forma, la imposición de la obligación a los jueces de fundamentar las resoluciones cautelares que pronuncien, aparece como necesaria desde la perspectiva de la tutela judicial. Así como indicaba Tavolari, en relación con la ONI, es la naturaleza de *auto*, conforme al artículo 158 del CPC, la que exime a los jueces de su obligación de indicar los razonamientos para conceder o negar la cautela, tal como instruye el artículo 171 del mismo texto legal, solo si la “naturaleza del negocio lo permita”.

Resuelta que sea esta primera inquietud, razonable, del mismo modo, aparece en el horizonte precisar los supuestos bajo los cuales actúa la cautela en materia iusadministrativa, su implementación en base a un sistema cerrado o abierto de medidas, así como las hipótesis suspensivas automáticas del acto.

El sistema cautelar del actual Código de Procedimiento Civil, ha cumplido de algún modo en la practica la finalidad de lograr la suspensión de actos administrativos, cuestión que, atendido los presupuestos de la norma del artículo 290, 298 y 302,⁶⁷ ocurre más

⁶⁷ La doctrina procesal, explica que en esta materia que los presupuestos de su aplicación, además de los generales propios del artículo 290 del CPC, son que la medida refiera a actos y contratos sobre bienes determinados. Tal medida, tendrá aplicación, sobre todo en materia de bienes inmuebles, por ejemplo, en el caso de la suspensión de los efectos de un acto expropiatorio. (Marín, 2004:p. 412). Sin embargo, surge la obvia pregunta respecto a la aptitud de tal medida, por ejemplo, en materia de suspensión de efectos de medidas

que nada por una cuestión de necesidad jurídica de obtener tal cautela que por una facultad expresamente regulada en tal disposición legal. A su turno, como estudiamos, las medidas suspensivas que norman los procedimientos contenciosos especiales que expresamente reglamenta nuestra legislación, como estudiamos, únicamente poseen ese efecto y no otro.

El problema de tal regulación común, así como de la normativa contenciosa administrativa, radica en que, como ya se ha mencionado en este trabajo, no captura todos los supuestos cautelares que deben enfrentar a la actividad ejecutiva de la Administración del Estado, faltando, de esta forma, *la tutela innovativa* en el CPC, así como en la casi totalidad de los procedimientos contenciosos especiales.

Del catálogo de medidas que incorpora el CPC, la única posibilidad de entender, tal vez, incorporada la cautela innovativa, es a través de las medidas innominadas de la parte final del artículo 298 del CPC (Ferrada, Bordalí, 2008:p. 206). La doctrina procesalista, sobre el particular, ha expresado que tal medida, y de acuerdo al carácter sociológicamente negativo de la judicatura chilena, no consiste en “una invitación abierta para solicitar medidas por los demandantes”, sino más bien, es una “invitación al juez”, para que en los casos que se le pidan medidas diversas de las expresamente autorizadas por la ley, exija una caución al peticionario para responder de los perjuicios eventuales que tal medida pueda causar (Marín, 2003:p. 465). Por lo demás, es necesario el otorgamiento de caución para responder por el otorgamiento de los perjuicios que se puedan originar a partir de la obtención de la cautela (Casarino, 2005:p. 198). Por esta razón, las medidas innominadas participarán, en consecuencia, de los requisitos de *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, y *contracautela* (Romero Seguel, 2012:p. 65).

El proyecto de ley del Nuevo Código Procesal Civil (NCPC), por su parte, permite expresamente la posibilidad de impetrar tutela innovativa. En efecto, el artículo 188 del texto legal, entrega la facultad de “*decretar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho preexistente total o parcialmente a la solicitud*”, medida “*que se decretará en forma excepcional cuando el peligro de perjuicio irreparable no pueda ser tutelado con el*

sancionatorias, o bien en los casos de inactividad estatal, en que el tenor de la medida de prohibición de celebrar actos y contratos, carece de utilidad.

otorgamiento de una medida cautelar conservativa.”. Tal preceptiva permitiría, en principio, pues consagra expresamente esa clase de cautela, salvar la dificultad que posee nuestro viejo CPC en materia de tutela innovativa.

Sin embargo, no basta con la existencia de un presupuesto cautelar, suspensivo o innovativo, al interior de la legislación contenciosa administrativa, sino que el capítulo más importante de dicha normativa radica en que la posibilidad de augurar el éxito de una impugnación de un acto administrativo, no se vea amenazada por la contracautela que el Tribunal pueda solicitar al demandante. Lo expuesto es ciertamente clave para el desarrollo de una adecuada legislación contenciosa administrativa, pues, sentado que en nuestro país el procedimiento contencioso administrativo será regulado por la legislación común adjetiva, entonces las herramientas que la ley prevé para la resolución de conflictos privados, no son afines con los de la naturaleza privada del conflicto.

De esta forma, a la existencia de mecanismos innovativos o suspensivos de un acto administrativo, deberemos agregar *la efectiva posibilidad de lograr los efectos de la cautela a partir de la mera interposición del recurso*, cuestión que, en materia procesal civil común, parece vincularse con la institución de las *medidas prejudiciales*, las que, en el actual CPC y en el proyecto del NCPC, precisan, siempre y sin excepción, de contracautela.

Sin embargo, el panorama parece un poco contradictorio si se observa que en el marco de una ONI, decretada en un recurso de protección o en un contencioso especial, es posible lograr la suspensión (y eventualmente una medida positiva), sin que el presupuesto de la contracautela sea exigido, lográndose un efecto idéntico al de la medida de prohibición de celebrar actos y contratos como prejudicial. ¿Cuál es la razón para que en esos procedimientos que permiten ONI, no se requiera caución y, por ejemplo, en el contencioso general de Nulidad de Derecho Público sí se demande? Una respuesta válida, podría ser que en el ámbito del recurso de protección se ventilan las garantías constitucionales de las personas y, por lo mismo, la exigencia de una caución para suspender los efectos del acto frente al cual se recurre, aparece ciertamente como insostenible. Pero el mismo argumento, no puede entregarse a los procedimientos contenciosos especiales en los cuales el debate no se centra en las garantías fundamentales, y en los cuales el legislador entrega la posibilidad de cautela, en la forma de orden de no innovar.

Como indica la doctrina iusadministrativa, el requisito de la contracautela exigido en las legislaciones procesales civiles, tiende a distorsionar la finalidad de la tutela cautelar en el ámbito administrativo, al enfrentar dos intenciones antagónicas. Por un lado, impide la presentación de acciones temerarias e infundadas (Cassagne, 2007:p. 13); y, por otro, lesiona la tutela cautelar al solicitarse por vía judicial en un contencioso administrativo, una caución insalvable cuyo calculo, es ciertamente indeterminado, pues es claramente de difícil precisión (Ferrada, Bordalí, 2008:p. 207).

De esta forma, tanto en el esquema del CPC y del NCPC, no parece obtenerse aquello que precisa la lógica iusadministrativa: la efectiva posibilidad de lograr los efectos de la cautela a partir de la mera interposición del recurso.

Tal vez, sin pretenderlo, el legislador chileno ha creado en la ONI la clave para salvar la exigencia de la contracautela, y la solución para el problema existente en la legislación chilena de lograr la tutela cautelar del acto a partir de la mera impugnación, consista en ampliar, por vía de reforma legislativa, el ámbito de aplicación de la ONI. Es esta herramienta cautelar la que más se acerca a cumplir con los requerimientos de la justicia contencioso administrativa. En concreto, una solución práctica al problema, sería simplemente *incorporar a propósito de los procedimientos declarativos regidos por el juicio ordinario de mayor cuantía en el CPC o del juicio ordinario en el NCPC, alguna remisión a la posibilidad expresa de lograr en tales procedimientos, tratándose de acciones seguidas en contra de órganos de la Administración del Estado, orden de no innovar*. En todo caso, para que la modificación sea completa, la posibilidad de ONI en los términos antes indicados debe ocurrir a partir de la simple impugnación del acto.

La situación planteada, podría implementarse de un *modo reglamentado*, es decir, indicando el legislador con estricta precisión los supuestos en los cuales deberá otorgarse ONI en materia contenciosa administrativa; o bien, plantear tal posibilidad de un *modo genérico*.⁶⁸

⁶⁸ Una alternativa, podría ser crear un inciso segundo al artículo 257, del Código de Procedimiento Civil del siguiente tenor: “Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, en los procedimientos contencioso-administrativos, podrá decretarse orden de no innovar aun antes de notificar la demanda.”. El momento

Una alternativa de modo reglamentado, deberá expresar, con toda precisión, las hipótesis cautelares que el legislador resguardará. Un primer supuesto de cautela, deberá reservarse necesariamente para las acciones que tienen por objeto, de modo amplio, obtener por ejemplo, la declaración de nulidad de actos administrativos dictados por la Administración del Estado. Este primer grupo de acciones, incluirá al contencioso general de Nulidad de Derecho Público, permitiendo, de modo orgánico, tutela cautelar, sin la necesidad de acudir a las medidas precautorias.

Pertinente parece reflexionar, si acciones judiciales diversas a las que pretenden la declaración de nulidad o ilegalidad de un acto – cuyo típico caso es la acción indemnizatoria en contra del Estado por falta de servicio – podrán ampararse en la ONI. Supóngase el caso de un demandante que pretenda obtener alguna medida cautelar en contra de algún bien fiscal (obviando su carácter inembargable) con la finalidad de asegurar los resultados de su acción. Esta última hipótesis, pareciera quedar correctamente cautelada bajo las hipótesis de las medidas precautorias conforme a las reglas generales.

En todo caso, si se opta, del punto de vista legislativo, por otorgar a las acciones impugnatorias la posibilidad de cautela inmediata a partir de la mera impugnación del acto, atendible resulta otorgar a la Administración del Estado la posibilidad de instar por la ejecutividad del acto, manifestando sus razones (generalmente de orden público, fundamento que resumen las causales alemanas de ejecución inmediata del acto), por las cuales el acto en cuestión ha de obtener efecto inmediato.

No obstante nuestra legislación incluye episodios de suspensión automática del acto administrativo a partir de la mera impugnación del acto, la ONI en ese aspecto también titubea, al igual que el CPC y el NCPC, pues, como indica Tavolari, la ONI debe siempre solicitarse al Tribunal (1992:p. 25), de esta manera, depende del órgano jurisdiccional su

procesal que permite esta modificación, es obtener cautela admitida a tramitación que sea la demanda. A tal inciso, deberán añadirse los supuestos especiales de cautela, si se opta por un modo reglamentado, los que podrían contener supuestos de cautela automática, tal como en Alemania.

concesión. Por tanto, las únicas alternativas para obtener ese efecto en materia contenciosa administrativa, serán las hipótesis legislativas especiales creadas expresamente.

En todo caso, somos partidarios de la segunda alternativa, esto es, por la cautela genérica, principalmente pues así se ha venido reglamentando la tutela cautelar otorgada vía ONI hasta el momento. Esta opción, va de la mano de la debida fundamentación de la resolución cautelar, precisando al litigante los razonamientos de hecho y derecho que el juez tuvo a la vista para pronunciarse sobre la petición de cautela, salvaguardando así la posibilidad a las partes de impugnar la decisión adoptada. Además, la reglamentación genérica de la ONI, permite cierta indeterminación deseable para el catálogo de medidas cautelares que dispondrá el juez, así como al fundamento y ponderación de intereses en juego al decretar la cautela, al modo del sistema español en el artículo 129 de la LRJCA, “*la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*”, superando así, la dificultad de preferir un sistema cautelar estructurado en un sistema *de numerus clausus o apertus*.

Por cierto que la decisión de incorporar ONI de un modo genérico y amplio, va acompañado de una *fuerte innovación jurisprudencial* en orden a entender que será aquella medida la adecuada para otorgar cautela en la justicia administrativa. La experiencia en esta materia, si bien ha demostrado que la ONI es marcadamente suspensiva, ello ha ocurrido por una tendencia judicial a entender aquella medida únicamente en ese sentido, en contravención al derecho a la tutela judicial, consagrado vía constitucional.

Una regulación genérica de la ONI, no escaparía en ningún caso a los supuestos generales de toda medida cautelar, esto es, a la *verosimilitud del derecho invocado* y al *peligro en la demora*. Como añade la doctrina administrativa, la petición de ONI, junto con solicitarse al inicio del proceso, obliga al juez, amén de fundamentar la decisión, resolver ponderando los diversos antecedentes y circunstancias que rodean a la solicitud, así como los intereses que en la decisión cautelar intervengan, en los cuales el interés público jugará un rol fundamental. Del mismo modo, el juez deberá tener a la vista los perjuicios o daños que podrá causar el acto administrativo que se impugna en el patrimonio del peticionario, cuestión que llevará a enfrentar a la ejecutividad del mismo acto con la tutela cautelar (Oelckers, 1995:p. 327).

Finalmente, expresar que la solución planteada, si bien indudablemente puede tener reparos, parece ser la menos innovadora o transformadora de los cánones actuales de la justicia administrativa y, por lo mismo, la de más viable realización. Una alternativa definitiva, sin duda alguna, es la necesaria implementación de tribunales contenciosos administrativos y de un procedimiento ad-hoc que resguarde de un modo adecuado, en el marco del derecho a la tutela judicial de los particulares, la legítima posibilidad de impetrar tutela cautelar, cuestión que si duerme hace muchos años en el poder legislativo, ocurre por la idiosincrasia de nuestro legislador y por falta de voluntades políticas.

CONCLUSIONES.

1. En el catálogo de las garantías constitucionales, el derecho a la tutela judicial aparece como una salvaguarda frente al poder público, derecho que permite, en términos generales, el acceso a un tribunal para obtener una solución al conflicto de que se trate. Tal garantía constitucional, ha sido recogida, en general, en los ordenamientos jurídicos de forma expresa. En este ámbito, se inserta el derecho a la tutela cautelar como parte integrante de la garantía constitucional antes descrita.

2. En materia contenciosa administrativa, la tutela cautelar es pieza esencial frente al poder de la autotutela ejecutiva de la actuación administrativa. Así, a nivel comparado son rasgos distintivos de las decisiones cautelares, la correcta fundamentación de la resolución cautelar, la posibilidad de impetrar cautela innovativa, la definición de los presupuestos cautelares considerando el interés público en juego en la decisión de turno, así como la posibilidad de contemplar mecanismos de suspensión automática de los efectos de los actos administrativos impugnados por los particulares, elementos que configuran la lógica cautelar en la justicia administrativa.

3. En Chile, existe una situación precaria en la tutela cautelar en materia administrativa, dada tanto por la existencia del carácter fragmentado de los procedimientos contenciosos propios de la justicia administrativa, tanto como por entender a la normativa del Libro II del Código de Procedimiento Civil como aplicable a la discusión. Sin embargo, tal solución, creada principalmente por la jurisprudencia, colisiona con la lógica cautelar en la justicia administrativa. Así, ni el Código de Procedimiento ni el Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil, parecen resolver con éxito las dificultades propias de la cautela en materia contenciosa administrativa en nuestro país.

4. En este escenario, el instituto de la orden de no innovar, con ciertos reparos y modificaciones legales, puede aparecer como un mecanismo cautelar relevante para otorgar cautela en el ámbito contencioso administrativo nacional, superando las dificultades inherentes del sistema cautelar de nuestra justicia administrativa, en razón, principalmente, por su flexibilidad normativa y la posibilidad de impetrar tutela cautelar innovativa.

ANEXO N° 1. BREVE DESCRIPCION DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS ESPECIALES EN LOS CUALES EL LEGISLADOR REGULA LA POSIBILIDAD DE CAUTELA.

LEY	ARTICULO	¿HAY CAUTELA?	TEXTO DE LA NORMA
1. LEY 20.249. CREA EL ESPACIO COSTERO MARINO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS.	13	SI	<i>“Mientras no se dicte sentencia ejecutoriada en la causa, quedará suspendida la declaración de término del convenio de uso, debiendo adoptarse las medidas conducentes al resguardo de los recursos naturales del área”</i>
2. D.L. 2186. LEY ORGANICA DE PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIONES.	9	SI	<i>“Las reclamaciones a que se refiere este artículo se tramitarán en juicio sumario seguido contra el expropiante, pero no paralizarán el procedimiento expropiatorio, salvo que el juez, en los casos señalados en las letras 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.”</i>
3. LEY 18.696 MODIFICA ARTICULO 6° DE LA LEY N° 18.502, AUTORIZA IMPORTACION DE VEHICULOS QUE SEÑALA Y ESTABLECE NORMAS SOBRE TRANSPORTE DE PASAJEROS.	3	SI	<i>“En caso de suspensión o cancelación de un servicio de transporte o de caducidad de una concesión, el o los afectados podrán recurrir dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado desde la fecha de notificación de la medida por carta certificada, ante el juzgado de letras correspondiente al domicilio del afectado. 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.”</i>

4. D.L. 323 LEY DE SERVICIOS DE GAS.	58	SI	<i>La Corte podrá también autorizar a la Superintendencia para que tome, a costa de la empresa de gas, las medidas necesarias para que no se perjudique el servicio.</i>
5. CODIGO DE AGUAS	129 BIS 10; 137.	SI	<i>a. Caso artículo 129 “La interposición del recurso de reclamación señalado en el artículo 137, no suspenderá el pago de la patente, salvo que la Corte de Apelaciones respectiva ordene dicha medida.”</i> <i>b. Caso artículo 137 “Los recursos de reconsideración y reclamación no suspenderán el cumplimiento de la resolución, salvo orden expresa que disponga la suspensión.”</i>
6. LEY 18.695 ORGANICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES	151	SI. Orden de no innovar.	<i>“La corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente.”</i>
7. LEY 19.175 ORGANICA CONSTITUCIONAL SOBRE GOBIERNO Y ADMINISTRACION REGIONAL	108	SI. Orden de no innovar.	<i>“La Corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado pueda producir un daño irreparable”.</i>
8. LEY GENERAL DE BANCOS	22	NO. Norma expresa.	<i>“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.”</i>
9. LEY 18.175 FIJA NUEVO DE LA LEY DE QUIEBRAS.	8	NO. Norma expresa.	<i>“La interposición del reclamo, en este caso, no suspenderá los efectos de la resolución.”</i>

10. D.F.L. 1/2006 FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY N° 2.763, DE 1979 Y DE LAS LEYES N° 18.933 Y N° 18.469.	143	NO. Norma expresa.	<i>“La interposición del reclamo no suspenderá en caso alguno la aplicación de las sanciones.”</i>
11. D.L. 1.939 SOBRE NORMAS SOBRE ADQUISICION, ADMINISTRACION Y DISPOSICION DE BIENES DEL ESTADO	80	SI.	<i>“Este recurso no suspenderá el cumplimiento de la resolución impugnada, a menos que la Corte estime que hay motivos plausibles y fundados para disponer que no se innove mientras se resuelve definitivamente el asunto.”</i>
12. LEY 18.410 QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES	19	SI	<i>“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.”</i>
13. LEY 19.638 ESTABLECE NORMAS SOBRE LA CONSTITUCION JURIDICA DE LAS IGLESIAS Y ORGANIZACIONES RELIGIOSAS	11	SI. (de modo indirecto)	<i>“De la resolución que objete la constitución podrán reclamar los interesados ante cualquiera de las Cortes de Apelaciones de la región en que la entidad religiosa tuviere su domicilio, siguiendo el procedimiento y plazos establecidos para el recurso de protección.”</i>
14. D.L. 3.538 QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS	46,4	SI	<i>Caso artículo 46: “La interposición del recurso de ilegalidad no suspenderá los efectos del acto reclamado, a menos que se refiera a los casos enumerados en la misma norma.”</i>

			<i>Caso artículo 4: "La notificación del recurso de reclamación suspenderá los efectos de lo ordenado por la Superintendencia."</i>
15. LEY 18.902 QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS	32	NO. Norma Expresa.	<i>"Cuando se pueda afectar la calidad o la continuidad del servicio la interposición del recurso no suspenderá los efectos del acto reclamado ni podrá la Corte decretar medida alguna con ese objeto mientras se encuentre pendiente la reclamación."</i>
16. CODIGO DE AGUAS	137	SI	<i>"Los recursos de reconsideración y reclamación no suspenderán el cumplimiento de la resolución, salvo orden expresa que disponga la suspensión."</i>
17. LEY 18.203 QUE OTORGA GARANTIA DEL ESTADO A LAS OBLIGACIONES QUE SEÑALA	6	NO. Norma Expresa.	<i>"Sin embargo, la reclamación aludida no suspenderá los efectos de la resolución reclamada."</i>
18. LEY 19.545 QUE CREA UN SISTEMA DE CERTIFICACION OFICIAL DE CONFORMIDAD DE EXPORTACIONES	26	NO. Norma Expresa.	<i>"Cuando se pueda afectar la calidad o la credibilidad del sistema de certificación la interposición del recurso no suspenderá la cancelación del registro ni podrá la Corte decretar medida alguna con ese objeto mientras se encuentre pendiente la reclamación."</i>
19. LEY 19.886 DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACION DE SERVICIOS	25	SI	<i>"El Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación."</i>

20. D.L. 2.757 ESTABLECE NORMAS SOBRE ASOCIACIONES GREMIALES.	37,38	SI	<i>“La interposición de la reclamación suspenderá el plazo a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior”.</i>
21. D.L. 1.094 QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE EXTRANJEROS EN CHILE	89	SI	<i>“La interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, y durante su tramitación el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen”.</i>
22. LEY 20.600 QUE CREA LOS TRIBUNALES AMBIENTALES	24	SI	<i>“De las medidas cautelares. Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidas a su conocimiento.”</i>
23. CODIGO DEL TRABAJO	492	SI	<i>“El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles.”</i>
24. CODIGO TRIBUTARIO	165 N° 9, 156 8, 8 BIS.	SI. En el caso del artículo 156, utiliza Orden de no innovar.	<i>Caso artículo 165 n° 9: “La interposición de reclamo en contra de la liquidación de los impuestos originados en los hechos infraccionales sancionados en el n° 20 del artículo 97°, suspenderá la resolución de la reclamación que</i>

				<p><i>se hubiere deducido en contra de la citada infracción, hasta que la sentencia definitiva que falle el reclamo en contra de la liquidación quede ejecutoriada.”</i></p> <p><i>Caso artículo 156. “El Tribunal podrá decretar orden de no innovar, en cualquier estado de la tramitación.(en el marco del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos).</i></p>
25. D.F.L. 30/2005 FIJA TEXTO SOBRE ORDENANZA DE ADUANAS	129L	SI. Orden de no innovar.	“El Tribunal podrá decretar orden de no innovar, en cualquier estado de la tramitación.”	
26. D.L. 211 FIJA NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA	25	SI	“El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso de generarse incidente, éste se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.”	
27. LEY 20.609 ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACION	7	SI	“En cualquier momento del juicio, el recurrente podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado deberá concederla cuando, además de la apariencia del derecho, su ejecución haga inútil o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior.”	
28. D.F.L. 1/2006 EN	113	SI. Orden	“La notificación de la	

MATERIA SALUD	DE		de no innovar.	<i>interposición del recurso no suspende los efectos de lo ordenado por la Superintendencia, sin perjuicio de la facultad del tribunal para decretar una orden de no innovar.”</i>
------------------	----	--	-------------------	--

BIBLIOGRAFIA.

1. Alvarado Velloso, Adolfo (2011): *Las cautelas procesales*, primera edición, Librotecnia, Santiago.
2. Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales*, primera edición, Legal Publishing, Santiago.
3. Arazi, Ronald (2013): “El Estado y las medidas cautelares (ley 26854. Dossier sobre Medidas cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2013, fascículo 11, Buenos Aires, pp. 3-8.
4. Bardelli, Latirigoyen, Juan Bautista (2008): “Los criterios de interpretación de los derechos fundamentales previstos en la Constitución de 1993”, en *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Vol II, Palestra Editores, Lima, pp. 1203-1220.
5. Bandrés Sánchez – Cruzat, José Manuel (1992): *El derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona.
6. Barnés Vásquez, Javier (1993): “Un apunte introductorio sobre la tutela judicial efectiva en la constitución italiana”, en *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Barnés Vásquez, Javier (coord.), Civitas, Madrid:
7. Bacigalupo, Mariano (1992): “El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991”, en *Revista de Administración Pública*, número 128, mayo-agosto 1992, Madrid.
8. Bermúdez Soto, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General*, segunda edición, Legal Publishing, Santiago.
9. Bordialí Salamanca, Andrés (2002): *Temas de derecho procesal constitucional*, primera edición, Fallos del mes, Santiago.
10. Bordialí Salamanca, Andrés (2010): “El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno”, en *Doctrinas esenciales. Derecho Constitucional*, Raúl Tavolari O. (coord.), Jurídica de Chile, Santiago, pp. 715-750.
11. Blanke, Hermann-Josef (2009): “La legitimación procesal –ilustrado en el derecho alemán y comparado del medio ambiente”, en *Ley de la justicia administrativa alemana: análisis comparado y traducción*, Pedro Aberastury (coord.), AbeledoPerrot, Buenos Aires.
12. Cabral, Pablo (2013): “Las medidas cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2013, fascículo 11, Buenos Aires. Pp. 9-47.
13. Calamandrei, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Primera Edición, Ara Editores, Lima.
14. Carmona Tinoco, Jorge (2009): “Algunas notas comparativas entre las medidas cautelares en el derecho español y mexicano”, en *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en Iberoamérica*, Damsky, Isaac Augusto, López Olvera, Miguel, Xochitl Pérez Cruz (coords), Asociación de Magistrados de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos, México. Pp. 9-57.
15. Carnelutti, Francesco (1944) *Sistema de derecho procesal civil*, Uteha, Buenos Aires. (traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín)
16. Carrillo, Santiago R. (2009): “Las medidas cautelares contra el Estado en la República Argentina”, en *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en Iberoamérica*, Damsky, Isaac Augusto, López Olvera, Miguel, Xochitl Pérez Cruz

- (coords.), Asociación de Magistrados de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos, México. Pp. 91-127.
17. Casarino Viterbo, Mario (2005): *Manual de Derecho Procesal*, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
 18. Cassagne, Ezequiel (2007): “Las medias cautelares contra la administración”, en Tratado de *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Juan Carlos Cassagne (Director), La Ley, Buenos Aires, pp. 343-382.
 19. Cassagne, Juan Carlos (2001): “Las medias cautelares en el contencioso administrativo”, en *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública: VI Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Laureano López Rodó*, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, pp. 207-230.
 20. Cassagne, Juan Carlos (2005): “La justicia administrativa en Iberoamérica”, en *La justicia administrativa*, primera edición, Lexisnexis, Santiago, pp. 19-55.
 21. Cassagne, Juan Carlos; Gottschau, Evelyn Patrizia y Aberastury Pedro (2009): “Reflexiones sobre la Ley de la Justicia Administrativa Alemana”, en *Ley de la justicia administrativa alemana: análisis comparado y traducción*, Pedro Aberastury (coord.), AbeledoPerrot, Buenos Aires.
 22. Cea, José Luis (2002): *Derecho Constitucional Chileno. Tomo I*, primera edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
 23. Chinchilla Marín, Carmen (2009): “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España”, en *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en Iberoamérica*, Damsky, Isaac Augusto, López Olvera, Miguel, Xochitl Pérez Cruz (coords), Asociación de Magistrados de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos, México. Pp. 129-166.
 24. Chiovenda, Giuseppe (1951): *Instituciones de derecho procesal civil*”, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
 25. Chiovenda, Giuseppe (1992): *La acción en el sistema de derechos*, Edeval, Valparaíso. (Traducción de Santiago Santís Melendo)
 26. Cordero Vega, Luis (2003): *El procedimiento administrativo*, primera edición, LexisNexis, Santiago.
 27. Córdón Moreno, Faustino (2011): “Tres cuestiones sobre el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en España”, en *Litigación Pública*, Jaime Arancibia Mattar, José Ignacio Martínez Estay, Alejandro Romero Seguel (ed.), Legal Publishing, Santiago, pp. 93-118.
 28. Cortez Matcovich, Gonzalo (1999): “La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 205, pp. 357-380.
 29. Couture, Eduardo J. (2005): *Fundamentos del proceso civil*, cuarta edición, Euros Editores, Montevideo.
 30. De los Santos, Mabel A. (1999): “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 1, Tomo XCVI, Editorial Jurídica de Chile.
 31. Del Cacho Frago, Antonio; García Alós, Luis Vacas (1998): “*Comentarios a la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa*”, primera edición, Editorial La Ley, Madrid.

32. Díez-Picazo, Luis (2008): *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Navarra.
33. Evans de la Cuadra, Eugenio (2004): *Los derechos constitucionales*, Tomo III, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
34. Falcon, Giandomenico (1993): “La Justicia Administrativa”, en *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Javier Barnés Vásquez (coord.), Civitas, Madrid
35. Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bordalí Salamanca, Andrés (2008): “La tutela judicial del ciudadano frente a la Administración del Estado”, en *Estudios de Justicia Administrativa*, LexisNexis, Santiago, pp. 137-158.
36. Ferrada, Bórquez, Juan Carlos (2011): “Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno”, en *Litigación Pública*, Jaime Arancibia Mattar, José Ignacio Martínez Estay, Alejandro Romero Seguel (ed.), Legal Publishing, Santiago, pp. 119-150
37. Fiamma, Gustavo (2010): “La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo”, en *Doctrinas esenciales. Derecho Constitucional*, Raúl Tavolari O. (coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 331-398.
38. Gallegos Fedriani, Pablo (2006): *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, segunda edición, Editorial Abaco, Buenos Aires.
39. García de Enterría, Eduardo (1992): *Hacia una nueva justicia administrativa*, segunda edición actualizada, Civitas, Madrid.
40. García de Enterría, Eduardo (2006): *La batalla por las medidas cautelares: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, tercera edición, Civitas, Madrid.
41. García Macho, Ricardo (2009): “Acotaciones a la influencia de la Ley de la Justicia Administrativa en la jurisdicción contencioso-administrativa española”, en *Ley de la justicia administrativa alemana: análisis comparado y traducción*, Pedro Aberastury (coord.), AbeledoPerrot, Buenos Aires.
42. González Pérez, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, tercera edición, Civitas, Madrid.
43. González-Varas Ibáñez, Santiago (1993): *La jurisdicción contenciosa administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid.
44. Gozañi, Osvaldo (1994): *La Justicia Constitucional. Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*, Ediciones DePalma, Buenos Aires.
45. Lewis Ripoll, Sebastián (2011): “El solve et repete. Estudio de una regla que debe ser derogada”, en *Litigación Pública*, Jaime Arancibia Mattar, José Ignacio Martínez Estay, Alejandro Romero Seguel (ed.), Legal Publishing, Santiago, pp. 467-502.
46. López Olvera, Miguel (2006): “Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Argentina”, en *Estudios en homenaje a Don Alfonso Navá Negrete*, Miguel López Olvera (coordinador), México D.F., pp. 97-119.
47. Lorenzo de Membiela, Juan B. (2001): “La suspensión de la ejecución del acto administrativo en la ley jurisdiccional de 1998”, en *Autonomies – Revista Catalana de Derecho Público*, número 27, Pp. 55-75.
48. Marín González, Juan Carlos (2004): *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

49. Marinoni, Luiz Guilherme; Pérez Ragone, Álvaro; Núñez Ojeda, Raúl (2010): *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, primera edición, Legal Publishing Chile, Santiago.
50. Masone Parodi, Pedro (2009): *Tribunales y procedimientos tributarios*, primera edición, Legal Publishing, Santiago.
51. Maurer, Hartmut (2012): *Derecho administrativo alemán*, Universidad Autónoma de México, México D.F. (traducción de María José Bobes Sánchez)
52. Moderne, F. (1993) “La justicia administrativa en Francia: proceso, técnicas de control, ejecución de sentencias”, en *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Javier Barnés Vásquez (coord.), Civitas, Madrid, pp. 303-332.
53. Mosquera Ruiz, Mario; Maturana Miquel, Cristian (2010): *Los recursos procesales*, primera edición, Jurídica de Chile, Santiago.
54. Núñez Ojeda, Raúl; Pérez Ragone, Alvaro (2013): *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, Legal Publishing, Santiago.
55. Oelckers Camus, Osvaldo (1995): “La suspensión de los efectos del acto administrativo debido a la orden de no innovar”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 16, pp. 323-331.
56. Ortells Ramos, Manuel (1996): *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*, Comares, Granada.
57. Parada, Ramón (2002): *Derecho Administrativo I. Parte General*, décimo tercera edición, Ediciones Marcial Pons, Barcelona.
58. Parejo Alfonso, Lucano (2013): *Lecciones de Derecho Administrativo*, primera edición, Tirant Lo Blanch, Valencia.
59. Pérez Gálvez, Juan Francisco (2013): “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España”, en *Justicia contenciosa administrativa*. Congreso Internacional, Jorge Fernández Ruiz, Filiberto Otero Salas (coordinadores), Universidad Autónoma de México, México D.F., pp. 499-539.
60. Peyrano, Jorge W. (2008): “¿Qué es y qué no es una tutela judicial diferenciada en Argentina”, en *Revista de Derecho Procesal*, año 2008, número 2, Editorial Rubinzal Culzoni, pp. 21-36.
61. Picó I Junoy, Joan (2012): *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona.
62. Pierry Arrau, Pedro (2000): “Tribunales contenciosos administrativos”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, año I, n° 1, Santiago, pp. 97-116.
63. Pinilla Rodríguez (2013): “La tutela cautelar en los procesos de nulidad ante los Tribunales Ambientales”, en *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno*, Juan Carlos Ferrada Bórquez (coord.), Thomson Reuters, Chile, pp. 553-582.
64. Rodríguez-Arana, Jaime (2006): “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa en España”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N°28, 2006, pp. 127-152.
65. Romero Seguel, Alejandro (2001): “La tutela cautelar en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 2, Tomo XCVIII, Editorial Jurídica de Chile.
66. Romero Seguel, Alejandro (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

67. Sánchez Barrios, María Inmaculada (2010): “La acción como derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2010, Número 1-2, Bosch, Barcelona, pp. 167-191.
68. Sánchez Morón, Miguel (2007): *Derecho Administrativo. Parte General*, tercera edición, Tecnos, Madrid.
69. Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2004): *Principios de Derecho Administrativo General. Tomo II*, primera edición, Iustel, Madrid.
70. Safi, Leandro K. (2009) “Tipología de las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, en *Aportes para una justicia más transparente*, Roberto O. Berizonce (coord.), Editora Platense, 2009, pp. 421-451.
71. Salgan Ruiz, Leandro (2013): “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados aprobado por la ley 26854”, en *Jurisprudencia Argentina*, Alejandro Tuzio (Director), 2013, fascículo 11, Buenos Aires. Pp. 48-56.
72. Sommermann, Karl Peter (1993): “La justicia administrativa alemana”, en *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Barnés Vásquez, Javier (coord.), Civitas, Madrid
73. Sommermann, Karl Peter (2009): “El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho”, en *Ley de la justicia administrativa alemana: análisis comparado y traducción*, Pedro Aberastury (coord.), AbeledoPerrot, Buenos Aires.
74. Soto Kloss, Eduardo (1982): “*El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*”, primera edición, Jurídica de Chile, Santiago.
75. Soto Kloss, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
76. Tavolari Oliveros, Raúl (2000): “*El proceso en acción*”, primera edición, Libromar, Santiago.
77. Tavolari Oliveros, Raúl (1992): “Protección constitucional y cautela judicial. La orden de no innovar en el Recurso de Protección”, en *Gaceta Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, N° 148, pp. 7-29.
78. Tenev, María Julieta (2012): “Las medidas precautelares contra la Administración. Una subespecie de las medidas cautelares”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 411, Buenos Aires, pp. 49-66.
79. Vergara Blanco, Alejandro (2011): “Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección”, en *Litigación Pública*, Jaime Arancibia Mattar, José Ignacio Martínez Estay, Alejandro Romero Seguel (ed.), Legal Publishing, Santiago, pp. 37-64.
80. Zúñiga Urbina, Francisco (2007): “El recurso de protección en proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 5, N° 2, pp. 61-82.

BIBLIOGRAFIA ELECTRONICA

1. Araujo-Oñate, Rocío (2011): “Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1). Disponible en

- <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewFile/1513/1409>.
Fecha de última consulta 30 de septiembre de 2013.
2. Bermúdez Soto, Jorge (2010): “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIII, N° 1, Julio 2010. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art05.pdf>. Fecha de última consulta 22 de noviembre de 2013.
 3. Bordalí Salamanca, Andrés (2011): “Análisis Crítico De La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Sobre El Derecho A La Tutela Judicial”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 38 numero 2. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000200006&script=sci_arttext. Fecha de última consulta 30 de septiembre de 2013.
 4. Bordalí Salamanca, Andrés (2001): "Diversos Significados De La Tutela Cautelar En El Proceso Civil", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XII, diciembre 2011. Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502001000200003&script=sci_arttext. Fecha de última consulta: 30 de septiembre de 2013.
 5. Carrillo, Marc (2008): “La justicia cautelar como garantía de los derechos fundamentales”, en *La Ciencia Del Derecho Procesal Constitucional. Estudios En Homenaje A Héctor Fix-Zamudio En Sus Cincuenta Años Como Investigador Del Derecho*, T. Iv, Derechos Fundamentales Y Tutela Constitucional. Primera edición. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2558/1.pdf>. Fecha de última consulta: 1 de octubre de 2013.
 6. Díez-Picazo Giménez, Ignacio (2000): “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n°10 (mayo-agosto, 2000). Disponible en <http://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/574/629> (Fecha de última consulta: 1 de octubre de 2013).
 7. Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2011): “Los procesos administrativos en el Derecho Chileno”, en *Revista de Derecho*, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre). Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000100007&script=sci_arttext. Fecha de última consulta: 1 de octubre de 2013.
 8. Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2012): “El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXV-N°1-Julio 2012. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100005&lng=es&nrm=iso. Fecha de última consulta: 1 de octubre de 2013.

