



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“Las Medidas Cautelares como Garantía Eficaz de Protección de Derechos. ”

Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de
“Especialista en Derecho Constitucional”

Autor: Xavier Barrera Vidal

Director: Dr. Tarquino Orellana Serrano

Cuenca, Ecuador

2012

Dedicatoria

La Familia es la base de toda sociedad, es ahí, donde los seres humanos se forman con principios éticos y morales, fundamentados en el respeto y el cariño, por ello es mi obligación dedicar este trabajo a:

Mi padre y mi madre por ser el motor de mi vida, ejemplo de esfuerzo, trabajo, responsabilidad y sobre todo de calidez humana; a ellos les debo todo lo que soy.

A mi hermano y hermana por su apoyo.

A Ximena por su comprensión, paciencia y cariño.

Agradecimientos.

El verdadero mérito de la culminación de un objetivo académico, está en reconocer que el logro no es individual sino de un grupo de personas que han aportado a la consecución del mismo, por ello quiero agradecer a mis amigas y amigos de clase por su compañerismo y los agradables momentos compartidos; al Dr. Tarquino Orellana por su orientación y dedicación que contribuyeron al éxito de este trabajo y del posgrado mismo.

Mi agradecimiento e imperecedero reconocimiento a la Universidad del Azuay, institución que nos abrió las puertas para continuar con el aprendizaje y preparación en nuestra profesión.

Resumen

El desarrollo del presente trabajo pretende explicar con claridad los principales rasgos característicos del Estado Constitucional de Derechos, a partir de aquello establecer la relevancia jurídica de las medidas cautelares como garantía jurisdiccional eficaz de protección de derechos. Por ello de la importancia de profundizar el estudio de mecanismos de prevención y reparación ante la posibilidad de vulneraciones contra derechos fundamentales, retrotrayéndonos a sus orígenes doctrinarios, su desarrollo en el Ecuador y sobre todo el procedimiento determinado en nuestra legislación, a fin de concluir en un análisis que permita su efectiva aplicación como garantía autónoma constitucional.

Abstract

The intention of the present Project is to clearly explain the main features and characteristics of the Constitutional State of rights, and from this point to establish the legal relevance of precautionary measures as an efficient legal guarantee for the protection of rights. Therefore, it is important to deepen in the study of prevention and repair mechanisms as a response to possible violations of fundamental rights. It was necessary to go as far back as the doctrinal origins, its development in Ecuador, and above all the procedure established in our legislation in order to conclude with an analysis that allows us to effectively apply it as an autonomous constitutional guarantee.

Índice de Contenidos

Resumen.....	v
Abstract.....	vi
Introducción.....	1
Capítulo I.....	2
Del Estado Social de Derechos al Estado Constitucional de Derechos.....	2
1.1. El Estado Constitucional de Derechos. Características Fundamentales.	2
1.2. Las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador.	9
1.3. Las Medidas Cautelares en el Ecuador, Concepto, Nociones Generales.	12
1.3.1.- Concepto, Nociones Generales.	13
1.4. La Acción de Amparo Constitucional de 1998. Medida Cautelar o de carácter Reparatorio?	14
1.5. Las Medidas Cautelares en el Derecho Comparado.	17
Capítulo II.....	19
La Medida Cautelar como Garantía Autónoma de Protección de Derechos.....	19
2.1. Las medidas cautelares como garantía autónoma.	19
2.2. Características propias de las Medidas Cautelares.....	21
2.3. Eficacia.	22
2.4. Provisionalidad y Adecuación.	23
2.5. Obligatoriedad.....	25
Capítulo III.....	27
Procedimiento de la Medida Cautelar	27
3.1.- Legitimación activa y pasiva	28
3.2.- Requisitos y procedibilidad según la LOGJCC.	29
Del procedimiento de Medidas Cautelares	31
3.2.1. Peligro en la demora y Verosimilitud fundada de los Hechos.	33
3.3. Competencia.-	34
3.4. Desarrollo procesal: Presentación, Audiencia, Sentencia, Efectos.	37
3.4.1. Presentación.	38
3.4.2. Audiencia.	40

3.4.3. Resolución.....	42
3.4.4. Efecto Jurídico.	44
3.5. Revocatoria.	45
3.5.1. Procedimiento para la Revocatoria	46
3.5.2. Audiencia para la Revocatoria de las medidas cautelares constitucionales.	46
3.6. Improcedencia del Recurso de Apelación en la solicitud de medidas cautelares	47
Conclusiones.....	51
Bibliografía.....	53

Las Medidas Cautelares como Garantía Eficaz de Protección de Derechos.

Introducción.

Es evidente que la República del Ecuador desde hace unos años atrás atraviesa profundas reformas políticas, sociales y obviamente jurídicas, sobre todo constitucional, lo que implica la introducción en unos casos y el mayor desarrollo en otros de figuras e instituciones que sin duda han abierto la necesidad de profundizar su estudio, desarrollo y aplicación en el ámbito jurídico constitucional. Hemos ingresado a un nuevo sistema de administración de justicia y formación de derechos, más aun cuando nuestro país ha mutado de un Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional, modelo establecido en la Asamblea Nacional Constituyente desarrollada entre los años 2007 y 2008, convirtiéndose en el escenario por medio del cual se pusieron a consideración las demandas históricas de diversos sectores y movimientos sociales del país, promoviendo la activa participación de las organizaciones sociales, quienes presentaron su perspectiva y propuestas constitucionales, por lo cual aparece como un saludable despertar o concientización constitucional a favor de los derechos fundamentales y donde los mismos se yerguen como eje central del sistema jurídico, y como sustento de fundamentación universal de irrefutable legitimidad que se presenta a pesar de su denominación no como una nueva pero si novedosa corriente o teoría jurídica de irradiación mundial, en este contexto aparecen las Medidas Cautelares como un herramienta para precautar, reparar violaciones o posibles violaciones de los derechos convirtiéndose así, en una importante herramienta en la búsqueda de una justicia constitucional.

Este cúmulo de nuevas implicaciones que van a incidir de manera directa en el desarrollo de la sociedad, con especial injerencia en la aplicación del derecho, necesitan precisamente de una clarificación, especificación, porque solo comprendiendo que significa un Estado Constitucional de Derecho, estaremos los ciudadanos en la posibilidad de ejercer los derechos, garantías; y conocer los verdaderos alcances que contiene este nuevo modelo, partiendo de lo cual podemos asegurar la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en nuestra carta Ius Fundamental.

Capítulo I.

Del Estado Social de Derechos al Estado Constitucional de Derechos.

1.1. El Estado Constitucional de Derechos. Características Fundamentales.

La forma y sustancia del Estado ha ido evolucionando con el devenir de los tiempos históricos desde el modelo de derecho premoderno, pasando por el Estado legislativo (social) de derecho, hasta alcanzar la actual formulación de Estado Constitucional de derecho.

En el derecho premoderno, las condiciones de existencia y validez de las normas no dependían de un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas (legislativo), sino que existía una pluralidad de fuentes y ordenamientos (doctrinales y jurisprudenciales) procedentes de instituciones diferentes y concurrentes (el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios) sin que ninguna de ellas tuviera el monopolio de la producción jurídica. La validez del derecho dependía de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos. En la experiencia premoderna, la ciencia jurídica, al ser el derecho recibido por la tradición y constantemente reelaborado por la sabiduría de los doctores era inmediatamente normativa y se identificaba con el derecho.¹

El Estado social de derecho surge a partir de la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido. Una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa. El principio de legalidad expresaba la idea de la ley como un acto normativo supremo e irresistible al que no era oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera fuera su forma y fundamento. La primacía de la ley conducía a la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión o, al menos, la sumisión a la ley de todas las demás fuentes del derecho.

¹ GIL DOMÍNGUEZ Andrés, Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos. Del Estado premoderno al estado constitucional de derecho. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Ediar, 2005, Pag.11-12

Uno de los grandes problemas con los que se enfrentó el Estado de derecho fue su propia incapacidad para asegurar la indisponibilidad de los valores esenciales del ordenamiento afectados por los procesos políticos ordinarios.

El paso del Estado social al Estado constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones, las cuales integrarán un plano de juridicidad superior vinculante para todos los poderes del Estado. Las normas constitucionales son vinculantes al ser situadas por encima de los poderes del Estado y fuera del campo de acción y pugna política; siendo la rigidez y los derechos fundamentales los límites a todo poder.

En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente, el imperativo teórico de no contradicción, no debería obstaculizar la labor de intentar realizar positivamente la concordancia práctica de las diversidades e incluso de las contradicciones; todo esto mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto.²

La ley por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación, a un estrato más alto del derecho establecido por la Constitución, produciéndose una crisis del principio de legalidad.

Se afirma un principio de autonomía funcional de la Administración, ya no se podría hablar de mera ejecución de la ley, se produce una pérdida de la posición originaria de los particulares frente a la ley en numerosos sectores del derecho que ya no se inspiran en la premisa liberal de la autonomía como regla y del límite legislativo como excepción. Se establecen prohibiciones generales, salvo autorización cuando sean compatibles con el interés público, situación que deberá ser valorada por la Administración en cada caso.

² ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Trotta, España, 1999 Pag. 16

La Constitución asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales, convirtiéndose ella misma en objeto de medición. El principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución del objetivo de unidad. La Constitución del presente siglo fragmenta el derecho, al separar la ley de los derechos.

El derecho constitucional actual reconoce a los individuos un patrimonio de derechos originario, independiente y protegido frente a la ley. Tanto la ley como los derechos tienen su propia dignidad constitucional. Naturalmente en caso de conflicto prevalecen los derechos.

Tanto la crisis del principio de legalidad motivada por la inflación normativa y la disfunción del lenguaje legal, como el fin del Estado nacional en cuanto al monopolio exclusivo de la producción jurídica permitirían que en un futuro nos enfrentemos a un nuevo modelo: el del Estado internacional de derecho, este paradigma está cimentado por la transnacionalidad emergente del derecho comunitario y de los derechos humanos, conserva las formas y sustancias del Estado constitucional de derecho pero ampliadas al plano supranacional y recrea una nueva sujeción o subordinación: la de las constituciones nacionales a una Constitución supranacional.

Situándonos en Latinoamérica y específicamente en Ecuador, país que adoptó el modelo de Estado Constitucional de Derechos, y al analizar el contenido de su Constitución del año 2008, se observa el extraordinario peso que el texto concede a los derechos. Los títulos segundo y tercero que, respectivamente, recogen los derechos y garantías, comprenden ochenta y cinco artículos, casi la quinta parte del total, pero lo más importante es que el protagonismo no es solo numérico sino que va mucho más allá.

En primer lugar, se trata de una centralidad fundamentada, no en un mero listado de derechos, sino un renovado y renovador discurso de derechos; y en segundo término existe una obstinada determinación de asegurar la efectividad de los derechos. El texto constitucional no se limita a declarar su existencia, sino que abre cauces, establece procedimientos, concreta exigencias y prevé mecanismos para garantizar su cumplimiento.

En el Estado Constitucional se da paso a la Constitución, instrumento normativo llamado a asegurar la unidad en los ordenamientos jurídicos, por consiguiente, el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, sobre todo el ordenamiento jurídico. Este tipo de Estado es la antítesis del Estado de Poder o Estado de Fuerza. El Estado Social busca la legalidad; entretanto que el Estado Constitucional la legitimidad.

La nueva Constitución incorpora garantías primarias, es decir establece mandatos y habilita a los poderes públicos, tanto Legislativo como Ejecutivo, para la puesta en marcha de las políticas que deben generar las condiciones jurídicas y materiales de realización de los derechos. A tales garantías, se dedican íntegramente dos títulos: el sexto “régimen de desarrollo” y séptimo “régimen del buen vivir”, que comprenden un total de ciento cuarenta y ocho artículos. Por si éstas fallaran, se prevé un variado y bien armado régimen de garantías secundarias o jurisdiccionales, tanto en el ámbito de la Función Judicial como mediante distintas vías de acceso a la Corte Constitucional. Y, por último, el texto incorpora, explícitamente, mecanismos sociales de exigencia y control, por medio de la Función de Transparencia y Control Social (capítulo quinto del título IV), además de las distintas formas de participación (capítulo primero del título IV) y de los derechos que en sí mismos implican formas de exigencia y de control ciudadano “derechos de reunión y manifestación, de asociación, de expresión e información.

En tercer lugar, la amplitud de derechos recogidos coloca a la Constitución del 2008 en una posición de vanguardia, especialmente por la inclusión de derechos esenciales como el derecho al agua o el derecho al hábitat. Destacando por encima de todo la diversidad de sujetos. Los derechos son referidos no solo a las personas individualmente consideradas, sino que consagra, de manera general, la dimensión colectiva de los derechos (artículos 10 y 11), sin perjuicio de la existencia de un capítulo específico que contiene los derechos de “las comunidades, pueblos y nacionalidades” (capítulo cuarto del título II). Por otro lado, se dedica un capítulo a los sujetos que merecen una atención prioritaria (capítulo tercero del título II), entre los que se encuentran las personas adultas mayores, jóvenes, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, migrantes, personas con discapacidad o personas privadas de libertad. Por otra parte, como una de

sus más sobresalientes novedades, dedica un capítulo a los derechos de la naturaleza (capítulo séptimo del título II), con esto se rompe con los esquemas dogmáticos y conservadores en materia de titularidad de derechos y se la entiende más allá de los seres humanos.

El protagonismo de los derechos, su consideración como verdadero eje de toda la Constitución, se manifiesta con claridad en los principios generales de aplicación contemplados en el capítulo primero del título II. El texto constitucional establece criterios llamados a evitar que los derechos enunciados se queden en meras aspiraciones, para ello se consagran los principios de exigibilidad, tanto individual como colectiva, de igualdad, de directa e inmediata aplicabilidad, de plena justiciabilidad, la responsabilidad del Estado tanto por las acciones como por las omisiones que provoquen vulneraciones de derechos, o el principio de no regresividad, que impide cualquier acción u omisión que, de manera injustificada, menoscabe el contenido de derechos ya reconocidos. Además, se enuncia y después el sistema de garantías se encarga de asegurar, el carácter inalienable, irrenunciable, indivisible, interdependiente y la igual jerarquía de todos los derechos.

El hecho de que la Constitución del 2008 haya optado por separar los derechos en distintos capítulos no conlleva un trato diferente que implique una diferente jerarquía ni cuestiona la interdependencia que ha de vincular a todos los derechos entre sí. El título II contiene diferentes grupos de derechos: derechos del buen vivir (capítulo segundo); derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (capítulo tercero); derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (capítulo cuarto); derechos de participación (capítulo quinto); derechos de libertad (capítulo sexto); derechos de la naturaleza (capítulo séptimo); y derechos de protección (capítulo octavo). La terminología empleada, además de ayudar a definir con mayor claridad el contenido de los derechos a los que se refiere, sirve para reforzar la intención constituyente de dejar atrás anteriores clasificaciones de derechos que sí han sido jerarquizantes.

La Constitución del 2008 declara en su artículo primero “El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos”, cambiando la naturaleza del Estado, dejando de lado la definición de 1998 del “Estado de derecho”, superando la noción de Estado de derecho,

que tenía la connotación de que la sociedad se rige por el derecho vigente. La nueva definición coloca directamente lo “constitucional” como centro del acuerdo jurídico político de la sociedad, ubicando inmediatamente “de derechos”, en plural que supone que el Estado es garante de ellos. Dando más fuerza a la relación entre sociedad y Estado, profundizando en la vigencia y garantía de los derechos.

La categorización que la Constitución del 2008 hace de la forma del Estado, al referirse al Ecuador como “Estado constitucional de derechos” (Art. 1), superando así la tradicional alusión a la conformación del estado como “estado de derecho”, anclada en la tradición liberal de sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. La actual constitución presupone esa sujeción pero va más allá y define al Estado ecuatoriano por su vinculación no al derecho sino a los derechos, con ello sitúa a sus titulares, a los sujetos, ya sean individuales o colectivos, como auténtica razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico; como pieza básica, activa y no como objeto de regulación; marcando el carácter instrumental de la organización política y de los mecanismos jurídicos para la protección de los intereses y la consecución de los proyectos de vida de las personas, de los grupos y de la naturaleza, para la realización del “buen vivir” o *sumak kawsay*.³

Características Fundamentales del Estado constitucional de derechos:

- a)** La validez de las normas no depende solamente de la forma de producción sino también de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales.
- b)** La ciencia jurídica adquiere un tono crítico en relación con su propio objeto y persigue la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución.
- c)** La jurisdicción se robustece por cuanto debe aplicar las normas, siempre y cuando éstas sean formal y sustancialmente compatibles con la Constitución.

³ APARICIO WILHELMI Marco, Derechos: enunciación y principios de aplicación. Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Quito – Ecuador, 2008, Pág 21-23

d) Se verifica un límite y un complemento para la democracia. Un límite, porque los derechos constitucionales establecidos implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías. Un complemento, porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes. La superación de la forma legislativa de Estado implica que el poder público está limitado en sus posibilidades de decisión política y disposición normativa.⁴

En el Estado Constitucional, los derechos no son solo normas jurídicas fruto de una decisión política voluntaria sino que, desde su justificación interna, introducen en el sistema una fuerte carga axiológica que pretende su proyección en el ordenamiento jurídico.

Otro rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir, el cuadro no es estático, vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto al futuro, el Estado no está llamado solo a impedir sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y las de los sujetos privados.

Por lo tanto es preciso que hablemos que en el Ecuador nos rige un Estado Constitucional de Derecho, enmarcado en los siguientes principios:

1.- Supremacía de la Constitución.- La interpretación de las leyes conforme la Constitución.

2.- Derechos y libertades fundamentales garantizados, expresados en nuestra Carta Política vigente.

4.- Además debe conjugarse tres principios: Juricidad, Control y Responsabilidad

⁴ GIL DOMÍNGUEZ Andrés, Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos. Del Estado premoderno al estado constitucional de derecho. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Ediar, 2005. Pág 15.

1.2. Las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador.

Las garantías se clasifican en objetivas o institucionales, llamadas también garantías normativas; que son los instrumentos que la Constitución, establece para que, los poderes públicos actúen de manera determinada, como la reforma de la Constitución o el control constitucional de las normas; esas son las garantías de “toda la Constitución”, y no solamente de los derechos fundamentales; y, en garantías subjetivas o individuales, denominadas también garantías jurisdiccionales; que son los mecanismos que la Constitución pone a disposición de todo ciudadano para que pueda “reaccionar frente a una posible vulneración de un derecho”; esas garantías se relacionan estrictamente con los derechos reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales.

No es suficiente la existencia o el reconocimiento de los derechos, sino que es vital hacerlos efectivos, a través de los mecanismos establecidos en la Carta Fundamental. El garantismo, está dirigido a establecer las técnicas de “garantías idóneas” y a asegurar al máximo la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Una de las consecuencias del desarrollo del constitucionalismo no solo es la ampliación de los derechos, sino la ampliación de los mecanismos técnicos o jurisdiccionales para hacerlos efectivos; el profesor Allan Randolph Brewer, cataloga a las garantías jurisdiccionales como el “poder” conferido a las autoridades judiciales ordinarias o a instancias constitucionales especiales, para declarar inconstitucionales los actos de los órganos que ejercen los poderes públicos que violen los derechos reconocidos por la Carta Fundamental; razón por la que la justicia constitucional se caracteriza por dos aspectos esenciales como el control y la protección.

Se puede conceptualizar a las garantías jurisdiccionales como el conjunto de instrumentos procesales establecidos en la Constitución, cuyo objeto es primero, proteger eficazmente los derechos reconocidos en la Carta Fundamental o en los instrumentos internacionales de derechos humanos; segundo, establecer la violación de uno o varios derechos; y, tercero, reparar integralmente los daños causados merced a la transgresión o violación de derechos.

El profesor Gerardo Pisarello, divide a las garantías jurisdiccionales en: garantías ordinarias, las mismas que se encomiendan a tribunales repartidos en diferentes órdenes (civiles, penales, laborales, contencioso – administrativos) con capacidad para prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos provenientes de órganos administrativos o de particulares; y, en garantías jurisdiccionales especiales, las que suelen encomendarse a tribunales superiores o específicamente constitucionales y su objetivo es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias han resultado insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del propio legislador. Las garantías jurisdiccionales como la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acción de acceso a la información, están a cargo de jueces de garantías constitucionales de primer nivel; en tanto que, las garantías jurisdiccionales especiales, como la acción por incumplimiento, extraordinaria de protección; y, acción extraordinaria de protección de las decisiones de la justicia indígena, son de competencia de la Corte Constitucional.⁵

Las garantías jurisdiccionales pertenecen al Poder Judicial, en virtud de su potestad jurisdiccional. Las garantías jurisdiccionales consisten en que un tribunal independiente pueda ejercer un control e imponga las medidas de reparación, ante violaciones o amenazas a los derechos humanos.

La clasificación propone tres aspectos a través de los cuales se puede lograr que las garantías jurisdiccionales protejan al máximo a todos los derechos fundamentales. El rediseño de estas garantías supone la unificación del procedimiento para todas las acciones constitucionales.

1.- Acción Popular.- Existe la posibilidad de que cualquier persona o grupo de personas propongan las acciones constitucionales pertinentes, sin distinguir si la persona es titular o no, basta con que exista la violación. De la misma manera se requiere el diseño y puesta en práctica de mecanismos del litigio colectivo para aquellos casos en los que la

⁵ JARAMILLO HUILCAPI Verónica, Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.

titularidad de un derecho, corresponde a un sujeto plural o colectivo, demandando remedios de naturaleza colectiva, y no solo uno que se agote en el alcance individual.

2.- Acción Cautelar y de Fondo.- Plantea la distinción entre los casos de extrema gravedad y urgencia, con los que no los son, es decir, existe la posibilidad de solicitar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones de fondo, con el objeto de evitar, impedir o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho humano. Esto le permite al juzgador y a la personas, la adopción de medidas urgentes de manera que se evite daños irreparables a las personas. Señalando que los casos que no comportan la urgencia o inminencia de la amenaza o vulneración, también pueden ser protegidos.

3.- Reparación Integral.- Es la posibilidad de que en caso de constatarse la violación de derechos humanos, el juez además de declararla, deberá ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse.

Las medidas de reparación comprenden tanto aquellas que buscan garantizar que los hechos no se repitan (garantías de no repetición), como aquellas que buscan indemnizar económicamente los daños materiales y morales (medidas de compensación).

La reparación integral comprende la plena restitución de los derechos violados, que se obtiene con el restablecimiento de la situación anterior a la violación, cuando ello es posible, adecuado y suficiente. En la mayoría de casos la restitución ha sido imposible, debido a que las víctimas han sido desaparecidas, ejecutadas o torturadas. La reparación integral se logra con medidas que brinden a las víctimas una satisfacción más allá de lo económico, como el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, los pedidos de disculpas, los actos de desagravio, las becas de estudio; así como medidas orientadas a evitar la repetición en el futuro de hechos de esa naturaleza (cambios legislativos, investigación y sanción de los responsables, educación en derechos humanos a funcionarios estatales, implementación de un registro de detenidos, etc.).

La reparación integral incluye también el pago de una indemnización que la Corte ha otorgado como medida de compensación económica del dolor sufrido, de los perjuicios patrimoniales generados y de los gastos realizados como consecuencia de las violaciones y la búsqueda de amparo de los derechos.

La adopción de este concepto de reparación pretende brindar a las personas víctimas de violaciones de derechos humanos un mecanismo constitucional, e interno, que remedie la vulneración. Haciendo hincapié en que el Juez siempre debe ordenar la reparación integral a través de la individualización de las medidas y de los encargados de cumplirlas.⁶

1.3. Las Medidas Cautelares en el Ecuador, Concepto, Nociones Generales.

La medida cautelar constitucional es relativamente reciente en nuestro país, se ha ido desarrollando simultáneamente con el impulso de los procesos garantistas constitucionales; debemos precisar que en el Ecuador el inicio de la aplicación de las medidas cautelares fue en el Amparo Constitucional contemplado en la reforma constitucional de 1997 y la posterior de 1998 siendo uno de los avances principales la autorización que esta concedía al Juez en esta materia a decretar la suspensión provisional del acto u omisión impugnados.

La Constitución del 2008 hace referencia expresa a las medidas cautelares constitucionales, disponiendo que las mismas pueden solicitarse en forma autónoma o conjuntamente con otras garantías constitucionales desarrolladas dentro de la misma Carta Magna. En el Ecuador la aplicación de esta medida ha sido desarrollada de forma variada por lo cual no ha podido establecerse la uniformidad en el criterio.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la adopción de medidas cautelares persigue fundamentalmente; evitar la violación de un derecho y hacer cesar su violación. Considerando la importancia de esta figura legal las normas del bloque de la constitucionalidad, establecen que las medidas cautelares constitucionales deben ser remitidas a la Corte Constitucional para su análisis y formación de jurisprudencia

⁶ SILVA PORTERO Carolina, *Las garantías de los Derechos invención o reconstrucción?*, Pág 71-75.

constitucional, lo cual irá permitiendo con el paso del tiempo contribuciones al estudio y desarrollo de esta garantía.

1.3.1. Concepto, Nociones Generales.

Las medidas cautelares han recibido varias denominaciones por parte de la doctrina, la diversidad de ellas responde al enfoque particular que cada autor les da considerándolas como acción, proceso, por la resolución que se adopte o ya sea indagando en su finalidad, así, según comenta González Chévez, tanto Calamandrei como Carneluti coinciden en señalar que la definición de las medidas cautelares, sin salirse del campo procesal, ha de buscarse más que en base de un criterio ontológico a base de un criterio teleológico; no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin a que sus efectos están preordenados, así, la definición de medidas cautelares estará íntimamente ligada con la finalidad que persigue.

A continuación citaremos definiciones dadas por algunos autores: Priori Posada en su libro *la Tutela Cautelar* las define como: *“la medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo”*.⁷

Elio Fazzalari las conceptualiza manifestando que: *“son providencias jurisdiccionales, emitidas por el Juez en espera y en vista de sentencia de mérito, con la finalidad de asegurar sus efectos: las providencias cautelares operan sobre la situación presente, con el objeto que la sentencia, sobreponiéndose con éxito al proceso ordinario, no llegue demasiado tarde”*.⁸

Según Couture: *“dícese de aquellas dispuestas por el Juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del*

⁷ Giovanni Priori Posada; *La Tutela Cautelar*, Lima, ARA Editores, 2006, Pág 36, citado por, VILLAREAL CAMBISACA Roberto, *Medidas Cautelares, Garantías Constitucionales en el Ecuador*, Pág 27.

⁸ Elio Fazzalari, *Provvedimenti Cautelari*, Enciclopedia del Diritto, tomo XXXVII, 1948, Pág 841 citado por, VILLAREAL CAMBISACA Roberto, *Medidas Cautelares, Garantías Constitucionales en el Ecuador*, Pág 27.

juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse del mismo”⁹

Liebman se ubica en el campo de la acción y las define como “*aquella que está dirigida a poner en acto una cautela*”. Es importante decir que en la concepción clásica las medidas cautelares se las concibe siempre ligadas a la existencia de un proceso.

Desde la perspectiva de protección de los derechos humanos las medidas cautelares tienen como finalidad la protección directa del derecho, ya sea, evitando o suspendiendo su violación. Por ellos citaremos la definición de Cancado Trindade quién señala: “*las medidas cautelares en el ámbito de los derechos humanos se liberan del formalismo jurídico del pasado, y en el presente dominio tales medidas, además de su carácter esencialmente preventivo protegen efectivamente derechos fundamentales*”

Queda claro que en la concepción moderna y constitucional sobre esta figura legal, la misma tiene por función evitar y prevenir la vulneración de un derecho, por lo cual no necesita estar ligado a un proceso, requiriendo más bien de un trámite informal, ágil y sencillo para garantizar su efectividad.

1.4. La Acción de Amparo Constitucional de 1998. Medida Cautelar o de carácter Reparatorio?

La acción de amparo constitucional, aquella garantía establecida en el artículo 95 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 y en los artículos 46 y siguientes de la Ley del Control Constitucional, fue implementada con esa denominación y características; se trataba de una acción de naturaleza cautelar de derechos subjetivos constitucionales. La doctrina, haciendo referencia al tema, señalaba lo siguiente:

[...] El objetivo pues, de la acción de amparo, es cautelar. Tiene por finalidad hacer cesar, evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo que viola un derecho garantizado por la Constitución. La acción de amparo es, pues precautelatoria y no de conocimiento, lo que implica que de aceptarse el

⁹ Couture Eduardo: Vocabulario Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1978, Pág 405, citado por CUEVA CARRION Luis, Medidas Cautelares Constitucionales, Pág 45.

*recurso de amparo, corregida la violación, la autoridad pública, puede actuar nuevamente sobre el asunto, siempre que lo haga constitucionalmente.*¹⁰

Por su parte, la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional del Ecuador, afirmaba:

*[...] Que, la acción de amparo prevista en el artículo 95 de la Constitución de la República, se caracteriza por su naturaleza cautelar de los derechos constitucionales, de tal manera que únicamente suspende los efectos de un acto ilegítimo, o protege al gobernado de las consecuencias de una omisión, así mismo ilegítima, provenientes de autoridad pública, que por violar dichos derechos, cause un daño grave e inminente”.*¹¹

Con lo mencionado podemos precisar, que la acción de amparo, no fue un proceso de conocimiento ni declarativo. La concesión de una acción de amparo constitucional no significaba que se resolviera una situación jurídica de manera definitiva, tan sólo se adoptaban medidas cautelares de protección, tendientes a prevenir, cesar o remediar la violación a derechos subjetivos constitucionales. El juez constitucional, a partir de los efectos reparatorios – cautelares del amparo, podía suspender provisional o definitivamente los efectos de un acto ilegítimo, y retrotraer las cosas al estado anterior en que se encontraban previo a la emisión del acto. Con respecto a los resultados en la práctica, la acción de amparo sí contaba con efectos reparatorios, pero no necesariamente indemnizatorios.

La naturaleza de la acción de amparo constitucional, como se mencionó, fue cautelar, lo que implicaba que mediante ella podían adoptarse medidas destinadas a suspender de manera provisional o definitiva los efectos de un acto acusado de ilegítimo. Debe quedar en claro, que la suspensión producto de la concesión de un amparo, no implicaba que sobre el mismo acto puedan generarse otras decisiones en sede judicial o administrativa. La suspensión en materia de amparo, no era más que una medida provisional destinada a cesar, evitar o remediar las consecuencias de un acto ilegítimo violatorio de derechos constitucionales. La suspensión era catalogada como “definitiva”, únicamente para

¹⁰ PONCE MARTÍNEZ Alejandro, *El Acto de Autoridad*, en, *Naturaleza de la Acción de Amparo*, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito – Pro justicia . Banco Mundial, Quito, 2002, Pág 14.

¹¹ Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 005- 2003- RA

diferenciarla de la suspensión provisional que podía adoptar un juez en su primera providencia.

En síntesis, tres eran los presupuestos bajo los cuales el amparo ejercía su protección:

1. En el caso de que un acto haya producido efectos, la concesión del amparo suspendía los mismos, retrotraía las cosas al estado anterior de la emisión del acto ilegítimo, y reparaba las consecuencias que podía generar. (ej. pago de haberes dejados de percibir)
2. En el caso que se haya planteado un amparo con objeto preventivo, la concesión del mismo evitaba que el acto se consume, y por tanto, prevenía la violación a derechos constitucionales.
3. En el evento de que se haya planteado una acción con respecto a la omisión, la concesión del mismo obligaba a la autoridad a pronunciarse.

Más allá de lo expuesto previamente, resta señalar que en la práctica, la adopción de medidas cautelares, ya sean provisionales o definitivas, implicaba un verdadero problema. La ausencia de mecanismos concretos que aseguren la ejecución de sentencias de amparo, supeditó las medidas cautelares al cumplimiento del juez o la autoridad.¹² Otro gran inconveniente, fue el incumplimiento de los plazos que señalaban la Constitución de 1998 y la Ley Orgánica del Control Constitucional para la tramitación de cada una de las etapas del proceso de amparo. Así por ejemplo, en la práctica, la acción de amparo hasta que fuera resuelta por el Tribunal Constitucional y produzca sus efectos, podía llegar a durar dos años, tiempo en el cual, la medida cautelar solicitada por el accionante para proteger emergentemente sus derechos constitucionales, se tornaba intrascendente e inútil.

De igual manera la Constitución de 1998 prevé, en el caso del amparo, que “cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad” puede interponer el recurso mencionado. En razón de esta disposición, muchas veces el

¹² OYARTE MARTÍNEZ Rafael. *La Acción de Amparo Constitucional*. Fondo Editorial Andrade & Asociados 2006. 2da Edición, Pág 219.

Tribunal Constitucional desechó casos en los cuales los peticionarios no presentaron un instrumento que legitimaba su actuación como representantes de una colectividad, pese a que se alegaban violaciones a derechos fundamentales como el derecho a la salud o a un medio ambiente sano, y además, ni siquiera se realizó un análisis respecto de la legitimidad o ilegitimidad de los actos de los demandados ni de los derechos que se invocaban como violados. Esta aplicación de la Constitución, lejos de permitir que se garanticen todos los derechos, obstaculizaba su pleno ejercicio.

En tal virtud, no podría considerarse que la acción de amparo constitucional fue realmente un mecanismo constitucional adecuado para la protección de derechos fundamentales, una garantía constitucional de derechos humanos no puede estar supeditada a plazos y formalidades semejantes a los existentes en la justicia ordinaria.

De lo anotado anteriormente podemos decir con toda claridad que la Acción de Amparo, es de naturaleza cautelar, sin embargo en casos puntuales como el ejemplo citado en líneas anteriores puede ser reparatoria cuando se ha vulnerado el derecho.

1.5. Las Medidas Cautelares en el Derecho Comparado.

Las medidas cautelares son de larga tradición en el derecho tienen su inicio con importante desarrollo del derecho romano como creación pretoriana, compuesta a base de la experiencia y adaptada a las necesidades procesales por el magistrado popular. El “interdicto” del derecho romano, una figura derivada del imperium del pretor, se manifestaba como una orden o una prohibición. Una de esas características era la de fijar las apariencias, los hechos existentes, en forma inmediata, sin perjuicio de que las partes puedan demostrar en un juicio de conocimiento sus derechos de forma.

Las medidas cautelares son aplicadas en bastas áreas jurídicas, no solamente en el derecho continental, sino también en los sistemas derivados del Common law, básicamente inglesa y estadounidense. En el derecho inglés, un papel similar es desempeñado por el interim injunction que preserva la posición de las partes durante el juicio. Según WADE & FORSYTHS, “la injunction también se utiliza como un remedio en el derecho público contra actuaciones ilegales de instituciones gubernamentales y públicas”. En el derecho estadounidense, como “remedios provisionales”, se contemplan

las preliminary injunctions y las temporary-restraining orders, como disposiciones de las cortes para proteger derechos de los demandantes de sufrir daños irreparables durante el proceso.¹³

Como mencionamos en el numeral 1.3 de esta investigación las medidas cautelares son aplicables en diferentes materias del derecho, es así que en lo relativo al derecho y procedimiento civil las principales comparaciones son con la doctrina procesal italiana, en materia administrativa las principales referencias son las doctrinas y legislación española y argentina.

Rocco, en el tomo III de su Tratado Derecho Procesal examina el proceso cautelar sobre lo planteado por el Código Civil Italiano que distingue las medidas cautelares como diferentes de las medidas urgentes. Pero se considera que es una visión puramente explicativa, porque este código contempla la medida urgente en otra sección del mismo cuerpo legal, pero que aplica en lo pertinente con la cautelar constitucional.

Como referencias cercanas a la aplicación de las medidas cautelares en la legislación ecuatoriana, como mecanismo para precautelar derechos fundamentales, se encuentra la acción de tutela en la normativa constitucional colombiana, en las legislaciones española y argentina, la acción de amparo, y en el Brasil el Mandado de Seguranca.¹⁴

¹³ PEREZ Antonio José, Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2012, Pág26.

¹⁴ PEREZ Antonio José, Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2012, Pág32.

Capítulo II.

La Medida Cautelar como Garantía Autónoma de Protección de Derechos.

2.1. Las medidas cautelares como garantía autónoma.

Dentro del desarrollo del presente trabajo habíamos mencionado la concepción clásica de las medidas cautelares por ello debemos hacer mención a que esta corriente considera como una de las características fundamentales a la instrumentalidad, la misma hace referencia a la dependencia que tienen las medidas cautelares de un proceso principal estando preordenadas a asegurar la efectividad de una sentencia y no constituyendo un fin en sí mismas, considerando lo anotado por la concepción clásica se les caracteriza como instrumento que sirve para asegurar la efectividad de la sentencia. Lógicamente esta visión a nuestro criterio es aplicable a ramas del derecho como el civil, penal, administrativo, etc. más no en materia constitucional pues esta figura legal se constituye en un mecanismo autónomo de protección preventiva de derechos fundamentales independiente de la existencia posterior de un proceso o sentencia y que desde luego cuyo otorgamiento no está condicionado a que en un plazo posterior se plantee una demanda principal.

La existencia de medidas cautelares autónomas se confirma en la legislación italiana, con la medida urgente que finalmente se presenta como una medida cautelar innominada.

Rocco en una de sus obras discrepa con la mayoría de autores rechazando el criterio generalizado de que el proceso cautelar carece de autonomía porque está ordenado a otro proceso principal, aunque todos los autores coinciden que esta característica no se encuentra en todas las diligencias cautelares.

En las legislaciones argentina y uruguayas las medidas cautelares constitucionales con características de la llamada medida de urgencia, ni siquiera necesita un desarrollo posterior, puesto que adquiere inmediatamente su finalidad u objetivo.

En el caso Ecuatoriano en materia constitucional que corresponde al análisis que nos atañe, al tenor de lo que contemplaba la Constitución de 1998, no existía la posibilidad de acceder a solicitar una medida cautelar fuera de un proceso de amparo. En el caso de la acción de protección, el artículo 87 de la Constitución prevé la facultad de adoptar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

En este sentido las medidas cautelares en nuestra legislación han dado un salto cualitativo ya no podemos referirnos a éstas exclusivamente como un instrumento ligado a un proceso, sino más bien como un mecanismo de protección preventiva de derechos humanos autónomos cuyos efectos se mantendrán en el tiempo mientras siga presente la amenaza grave e inminente del derecho, lo cual nos deja claro que las medidas cautelares constitucionales en el Ecuador no requieren de la existencia de otro proceso, aunque se pueden solicitar dentro de cualquier acción de garantías constitucionales.

Otra gran diferencia que encontramos con la doctrina clásica es la consideración de que los efectos de las medidas cautelares cesan cuando finaliza el proceso y hay una sentencia definitiva, situación que no es aplicable en las medidas cautelares en cuanto a instrumento de protección de los derechos humanos las cuales solo cesarán cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, o se hayan extinguido los requisitos que motivaron su resolución, es decir su vigencia dependerá directamente de la protección preventiva del derecho.¹⁵

Luis Cueva Carrión refiriéndose al proceso cautelar constitucional dice que en el Ecuador existen dos formas y las denomina como: autónomas y no autónomas, es decir que conforme a nuestro sistema jurídico para solicitar y disponer una medida cautelar constitucional, necesariamente, debe hacerse dentro de un proceso constitucional, en forma autónoma o dentro de otro proceso principal.

De todo lo anotado es preciso señalar que en nuestro país la medida cautelar constitucional es sin duda de carácter autónomo, con equivalencia a las llamadas

¹⁵ VILLAREAL CAMBISACA Roberto, Medidas Cautelares, Garantías Constitucionales en el Ecuador, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2010, Pág 47.

medidas urgentes por la doctrina mencionadas en líneas anteriores, inclusive el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional alude expresamente a la medida cautelar autónoma, en el contexto de una resolución judicial dictada independientemente de otra garantía constitucional.

2.2. Características propias de las Medidas Cautelares.

En este punto debemos manifestar que no existe en la doctrina uniformidad de criterios para la descripción de las características de las medidas cautelares, quizá esto se deba a la diferenciación que se hace de esta figura legal dependiendo de la materia del derecho en la cual vaya a ser aplicada. Por ejemplo Miguel Alejandro López en su obra “Las Medidas Cautelares en el Juicio de Amparo” al considerar a las medidas cautelares como actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso del proceso o previamente a él, afirma que son instrumentos para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad, por lo que enumera como características de la medida cautelar, a la instrumentalidad, provisionalidad, urgencia, variabilidad y homogeneidad.¹⁶ La teoría general de las medidas cautelares menciona como características al daño y el peligro, autónoma o instrumental, modificable o revocable.

Centrándonos en materia constitucional autores como Luis Cueva Carrión al considerarla con autonomía manifiesta que son medidas *tertium genus*; por lo tanto tienen sus características propias que la diferencian de las demás potestades jurisdiccionales, y describe como características a la provisionalidad, preventividad, accesoriedad, sumariedad, responsabilidad de quien las solicita.

Roberto Villareal en su libro “Medidas Cautelares, Garantías Constitucionales en el Ecuador”, es más sucinto en su caracterización pues menciona las que según su estudio son las de mayor acuerdo en la doctrina siendo éstas, la instrumentalidad, provisionalidad y revocabilidad.

¹⁶ FERRER MAC-GREGOR Eduardo – ZALDIVAR LELO DE LARREA Arturo, LOPEZ OLVERA Miguel, La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo VII, Procesos Constitucionales de la Libertad, Universidad Autónoma de México, México, 2008, Pág 406.

Del análisis de los diferentes documentos que sirvieron de base para el presente trabajo, podemos decir con certeza que todos en la profundización de los temas coinciden con la descripción de las características propias de las medidas cautelares, aunque en su enunciación lo hagan de distinta manera, la única diferenciación que encontramos en la descripción, está, según la materia, en lo constitucional autónomas y en las otras ramas del derecho como instrumentales, obviamente cada autor intenta describirlas en la forma más entendible que ellos consideren para el lector. Personalmente considero que con fines doctrinarios podemos considerar lo descrito por Roberto Villareal, si nuestro interés es más práctico en lo procedimental, de seguro escogeremos lo descrito por Luis Cueva Carrión.

Lo importante más allá de la enunciación de las características en tres, cinco, siete, etc, es la descripción del contenido de las mismas, lo que se desprende de su concepción en materia constitucional, pues su naturaleza es eminentemente **preventiva**, al ser de carácter **provisional** (persisten mientras se vulnera el derecho), por lógica también son **modificables** y **adecuables** a las realidades que se vayan produciendo ante la vulneración de los derechos, y al no tratar situaciones de fondo dentro de esta figura legal, ni tener el carácter de cosa juzgada son **revocables**.

2.3. Eficacia.

Las medidas cautelares tienen un amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Para referirnos a la eficacia de la medida cautelar debemos partir de lo que se pretende por parte de esta figura legal, por tanto la eficacia estará supeditada a que se prevenga o interrumpa la violación de un derecho, esto significa que su aplicación debe producir efectos en forma total, completa y oportuna, además debe tener esta misma premisa de efectividad en todas sus fases, principalmente en la ejecución de la medida.

Como corolario establecemos un principio fundamental, la justicia cautelar es consustancial a la tutela efectiva de los derechos; a la inversa, negar una medida cautelar

cuando esta debe concedérsela, es desconocer esta tutela, por lo tanto si la medida cautelar no es eficaz, además de inocua, viola los derechos y se torna inservible.

El desarrollo del garantismo en el derecho constitucional ha coadyuvado para que herramientas jurídicas tales como las medidas cautelares, permitan asegurar su eficacia, en base a principios como el Fumus boni juris (apariencia del buen derecho – verosimilitud de los hechos) o el Periculum in mora (peligro en la demora).

En nuestra legislación es importante hacer hincapié que de la norma que establece el procedimiento para ordenar medidas cautelares, artículo 31 de la LOGJCC, se desprende que la presentación de esta medida es procesalmente preferente, pues su tramitación es constitucional, informal, sencilla, ágil, lo cual denota que busca de cualquier manera volverla eficaz, destrabando condicionamientos procesales, permitiendo así la protección de los derechos.

2.4. Provisionalidad y Adecuación.

Provisionalidad.- La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando falten los presupuestos que originaron su adopción (cese de la vulneración del derecho), o en su defecto cuando finaliza el proceso principal (corriente instrumental). La provisionalidad se entiende de mejor manera si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares, si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia.

También se les considera provisionales porque responden a un proceso de cognición sumario y unilateral, existiendo siempre la posibilidad de revocarlas o modificarlas; por lo tanto es lógico decir que en este tipo de resoluciones no se puede hablar de cosa juzgada material, sino meramente formal. Tal vez la reflexión más acertada para definir la provisionalidad de las medidas cautelares como protección preventiva de derechos, se asiente, en que estas estarán vigentes solamente, mientras se mantengan los requisitos que motivaron su otorgamiento (gravedad, urgencia, daño inminente, etc), queda claro

que desde esta óptica la vigencia de las medidas estará supeditada a la existencia o no de la vulneración de derechos en la cual se fundamenta su otorgamiento.

Adecuación.- La medida cautelar debe ser ante todo razonable, no puede ser desproporcionada o inadecuada, por lo tanto no será ni arbitraria, ni desmesurada, sino todo lo contrario deberá centrarse en el caso concreto y en el derecho que se desea proteger.

Enfocada en la visión de la protección preventiva de los derechos, la adecuación hace referencia a la necesidad de que las medidas cautelares deben ser idóneas, es decir adecuadas a su objeto, dar protección al derecho amenazado o violado, ya sea evitándolo o suspendiéndolo, de tal manera que las medidas que se otorguen estén ligadas y relacionadas con aquello que es su objeto.¹⁷

En nuestra legislación el inciso segundo del artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece: *“Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad”*¹⁸, al establecerse la adecuación en nuestra legislación se busca que toda medida que se dicte sea precisamente adecuada a la violación de los derechos, que no pueda ir más allá pues con eso violaría otros derechos, desnaturalizando la medida, ya que ésta no faculta impedir la violación de un derecho, violando otros.

El principio de adecuación está íntimamente ligado con la condición de proporcionalidad, su aplicación evitará tener medidas cautelares con efectos dañinos para el sujeto pasivo, al establecer la adecuación se está reconociendo implícitamente la proporcionalidad de las mismas como condición de otorgamiento.

¹⁷ VILLAREAL CAMBISACA Roberto, Medidas Cautelares, Garantías Constitucionales en el Ecuador, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2010, Pág 43-45.

¹⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 26.

2.5. Obligatoriedad.

Toda vez que hemos realizado un análisis de las características principales de las medidas cautelares para su configuración, también y no menos importante es analizar los mecanismos que existen para que éstas se cumplan en la praxis, por ello, creemos que uno de los aciertos de la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es el haber establecido consecuencias concretas respecto de los funcionarios públicos y particulares que incumplieren las sentencias o resoluciones de los jueces en materia de garantías jurisdiccionales. Al efecto, el artículo 30 de la Ley mencionada reza: *“El incumplimiento de las medidas cautelares será sancionado de la misma manera que en los casos de incumplimiento de la sentencia en las garantías jurisdiccionales constitucionales”*¹⁹; a su vez el numeral 4 del artículo 86 de la Constitución señala: *“Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución se hará efectiva la responsabilidad determinada en la Ley”*.²⁰

De este modo las resoluciones de medidas cautelares emitidas por las juezas o jueces, no son invitaciones o sugerencias, recomendaciones o propuestas, son resoluciones jurisdiccionales que poseen el mismo efecto vinculante que las restantes (sentencias) emitidas por los jueces. Son actos jurisdiccionales, expresiones de la voluntad judicial, que no quedan en el aire, o que están sujetas a la buena voluntad de los involucrados o sujetos pasivos de las medidas. La obligatoriedad es característica de los actos jurisdiccionales que entrañan una manifestación de la voluntad judicial, a la que se recurre precisamente, para que decida con poder vinculante lo que no es posible alcanzar de otra manera, de modo que su incumplimiento acarrea consecuencias civiles, penales y si se trata de funcionarios públicos, la más alta sanción administrativa, que es la destitución de cargo.

¹⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 30.

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de Octubre de 2008, Art 86.

Al referirnos al destinatario de las medidas cautelares constitucionales, una vez otorgadas por el Juez, este deberá especificarlas e individualizarlas, en forma clara y precisa para el cumplimiento del destinatario, siendo las obligaciones el objeto de la medida cautelar y la parte fundamental de la estructura de la resolución. En este caso las obligaciones pueden ser positivas y negativas, es decir las primeras serán las de dar o hacer, y las segundas las de omitir hacer, o abstenerse.

Esto nos conduce al tema de la supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares. El artículo 34 de la LOGJCC reza: *“La jueza o juez tiene la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares que ordene, para lo cual podrá delegar a la Defensoría del Pueblo o a cualquier otra institución estatal encargada de la protección de derechos, la supervisión de la ejecución de medidas cautelares”*.

Regulación totalmente pertinente, ya que los jueces no pueden desentenderse de la suerte que corran sus decisiones; esta norma les obliga a dejar atrás la actitud extremadamente pasiva que en algunos casos han tenido los administradores de justicia, los cuales generalmente llegan a dictar la sentencia o resolución y hacen caso omiso de los efectos reales o cumplimiento efectivo que tienen sus resoluciones.

El artículo citado permite al Juez la delegación a la Defensoría del Pueblo o a cualquier institución encargada de protección de derechos la supervisión de la ejecución de las medidas cautelares. Sin embargo consideramos, que la obligación de garantizar el cumplimiento de la resolución de medidas cautelares es en primer término de los jueces y sigue siendo luego de realizada dicha delegación, ya que según la Ley solo éstos pueden tomar acciones correctivas en casos de incumplimiento de las medidas, o reformarlas, sustituirlas o revocarlas. Corresponderá a los jueces hacer el seguimiento de ejecución de la resolución, ya sea solicitando informes mensuales, quincenales, al Defensor del Pueblo o al representante de la institución delegada, a los beneficiarios de las medidas, permitiendo que estos últimos hagan las observaciones que crean pertinentes a los informes presentados por las instituciones delegadas, etc. con el fin de que las medidas se cumplan y no sean solo letras muertas en un papel.

Capítulo III

Procedimiento de la Medida Cautelar

Como una introducción a esta parte del presente trabajo, que podemos considerarla como la práctica en la aplicación de las medidas cautelares, debemos señalar que en la doctrina procesal, se establece una distinción entre juicios de conocimiento, ejecutivos y cautelares, sin perjuicio de que se puedan disponer medidas cautelares en juicios tanto de conocimiento como en juicios ejecutivos, pero se conserva el mismo principio de que tales medidas son de índole provisional, que no prejuzgan sobre el resultado definitivo del proceso. Este principio se puede aplicar también al campo del constitucionalismo en el Ecuador, que dicho sea de paso, es relativamente nuevo ya que el proceso garantista se inicia con la Constitución Política de 1998 y el tan recordado Recurso de amparo; para luego consolidarse en el año 2008 con la Constitución de Montecristi, en la que expresamente se trata el tema de las Medidas Cautelares.

Según el tratadista ROCCO, *“se trata de mantener inmutada una situación de hecho y de derecho incierta o controvertida, que se teme pueda ser alterada por distintos eventos o por hechos impugnables a las partes, proveyendo en hacer imposible su modificación o por lo menos predisponiendo los medios para restablecer la situación preexistente”*²¹. Para estos efectos el juez, según los casos: *“...inhibe que algo se haga o bien ordena que algo ya hecho se deshaga o bien que se haga algo todavía no hecho”*. Concluye, pues que el fin de la medida cautelar no es "la composición de la litis, de la misma manera que su efecto no es la declaración de certeza de una relación jurídica", con lo que está de acuerdo el resto de la doctrina.

²¹ ROCCO UGO, Tratado de Derecho Procesal Civil, V Proceso Cautelar, Temis, Depalma, Buenos Aires, 1977, Pág 16.

3.1.- Legitimación activa y pasiva

De conformidad a las normas contenidas en el Código Adjetivo Civil, actor es el que propone una demanda, y el demandado, aquel contra quien se la intenta; partes procesales que deben gozar de la capacidad exigida para comparecer a juicio, so pena de afectar la validez del proceso. Como no podría ser de otra manera en materia constitucional las exigencias para proponer medidas cautelares son menos rígidas.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prescribe al respecto:

*“Art. 32.- Petición.- Cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier jueza o juez. Si hubiere más de una jueza o juez, la competencia se radicará por sorteo. En la sala de sorteos se atenderá con prioridad a la persona que presente una medida cautelar. En caso de que se presente la petición oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal.”*²²

Esta disposición está en plena armonía con el contenido del artículo 9 Ibídem, que contempla la posibilidad de que el Defensor del Pueblo también pueda intervenir como actor y presentar cualquier acción de carácter constitucional, en defensa de los derechos fundamentales de las personas y de la Naturaleza. En este contexto podríamos afirmar que pueden ser actores en la tramitación de medidas cautelares, cualquier persona natural o jurídica, e inclusive cualquier agrupación humana que sienta que sus derechos están siendo violentados o que existe una inminente violación de derechos reconocidos en la constitución o en instrumentos internacionales.

A su vez los legitimados pasivos generalmente son las instituciones de la Administración Pública que en ocasiones caen en excesos de poder que deriva en la arbitrariedad y afecta el derecho de los administrados; sin embargo hay que precisar que las medidas cautelares no pueden ser aplicadas en todos los caso, ya que para ello están

²² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 32.

los tribunales de lo contencioso Administrativo y las demás acciones ordinarias. A la posibilidad de una demanda de este género no escapan también los particulares que pueden ser requeridos cuando su acción u omisión amenaza o vulnera derechos constitucionales. Posteriormente profundizaremos en la forma en la cual se pueden solicitar las medidas cautelares punto 3.4.1.

3.2.- Requisitos y Procedibilidad según la LOGJCC.

En nuestro país la medida cautelar es de carácter autónomo y con el Neoconstitucionalismo, estas cobran mayor vigencia pues buscan garantizar una vigencia efectiva de los derechos, por lo que pueden y deben emplearse como medidas de urgencia por los jueces constitucionales, frente al requerimiento y cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley. Nuestro ordenamiento legal y Constitucional permite la interposición conjuntamente con otra acción de garantía constitucional, con excepción de la Acción Extraordinaria de Protección; sin embargo es indudable que la medida cautelar que ha sido planteada en el contexto de otra acción principal se extingue con el fallo sobre lo principal, es decir si la resolución judicial es favorable al accionante, la medida cautelar queda firme y pierde su transitoriedad; pero si es desfavorable queda deslegitimada y revocada.

La Constitución de la República no contiene prohibiciones o limitaciones para el ejercicio de las medidas cautelares, sin embargo la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 26 desarrolla el objeto que persiguen, manifestando además que las medidas deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener.

Antes de analizar lo que establece la LOGJCC, respecto de los requisitos que deben cumplir las medidas cautelares es fundamental hacer referencia a los que dice la doctrina, en la que coinciden la mayoría de actores mencionando al daño inminente y la gravedad como los parámetros que se deben configurar para solicitar las medidas.

En materia de garantías jurisdiccionales, el Estado no puede esperar que, la violación de un derecho consagrado en la Constitución sea grave para que en sentencia se declare su

violación; empero, en cuanto a la concesión o adopción de medidas cautelares, si se requiere que la amenaza o presunta violación de un derecho, sea grave, lo cual puede devenir o generar daños irreversibles. Por lo cual es lógico colegir que para la concesión de medidas cautelares debe configurarse la existencia de un perjuicio grave o inminente, sin embargo esto no se puede interpretar como que la calificación del daño inminente queda al arbitrio del accionante, sino que debe ser analizada con respecto al agraviado y a la sociedad.

Con este antecedente debemos precisar que nuestra legislación acoge estos criterios doctrinarios por lo que a continuación describiremos los requisitos determinados en la Ley Orgánica de la materia artículo 27: *“Requisitos.- Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.*

Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.²³

Las exigencias contenidas en la última parte de la norma transcrita, son totalmente rígidas y objetivas, es decir que sabemos con anterioridad que la medida cautelar a plantearse, es improcedente cuando la vía ordinaria este expedita para ello o cuando la ejecución de órdenes judiciales estén de por medio. En el caso que se plantee conjuntamente con la Acción de Protección, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la

²³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 27.

admisibilidad de la acción. El requerimiento se tramitará de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

Del procedimiento de Medidas Cautelares

Analicemos la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional **“Art. 31.- Procedimiento.- El procedimiento para ordenar medidas cautelares será informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases. La jueza o el juez tendrá la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado”**.²⁴

Se señala en el Artículo precedente que el procedimiento para el tema de estudio debe ser informal, sencillo, rápido y eficaz, por lo cual es importante hacer una breve descripción de los mismos:

INFORMAL.- El principio constitucional de informalidad es afín a este tipo de procesos, al entender al legislador este se refirió a que este proceso debe ser informal es para que no se le ponga trabas en el trámite del mismo o se le niegue por falta de requisitos de forma. Ya que estamos hablando de la protección de un derecho fundamental y ante la posible amenaza de violación de cualquiera de ellos, no es necesario que se nombre la norma infringida, en general el formalismo esta excluido de la Justicia Constitucional. De esta forma consideramos que si un derecho fundamental, de los que dada su naturaleza gozan las personas es amenazado o violado de modo inminente y grave, configurándose los presupuestos de concesión de una medida cautelar, no existe impedimento jurídico alguno para que opere la protección a través de este mecanismo de protección preventiva de derechos humanos.

SENCILLO.- Al respecto citaremos lo manifestado por Guillermo Cabanellas en si Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual: “Sencillo.- Simple, sin composición”. Es decir que no sea enredoso ni con trabas.

²⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 31.

RAPIDO.- Al hablar de rapidez estamos también en concordancia con el artículo 29 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional *“Inmediatez.- Las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición”*.

En este sentido se le caracteriza del resto de acciones ya que se debe dar preferencia a cualquier tipo de procesos que estén conociendo los Jueces y dar lugar al Proceso de medida cautelar Constitucional. Tomando en cuenta el carácter de urgencia que reviste la norma, ya que se debe entender a lo inmediato como que al momento mismo que el Juzgador conoce la acción sin dilaciones debe darle trámite, no permitiendo que se dé ningún tipo de incidente que desquebraje este principio.

EFICAZ.- Para Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual: *“Propio, adecuado, efectivo para un fin”*. Es decir el resultado de la adopción de una medida cautelar sería lo ideal, se garantizaría la protección de un derecho constitucional en forma oportuna y precisa que es el objetivo de esta acción.

PREFERENTE.- De acuerdo al extracto de lo que manda el Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional *“...En la sala de sorteos se atenderá con prioridad a la persona que presente una medida cautelar...”* lo que va en concordancia con la Superioridad que tiene la Constitución respecto de otras normas y leyes y por lo tanto debe ser tratada con preferencia.²⁵

Presentada la petición el Juez que conozca de la misma no puede inhibirse en el conocimiento de la misma por prohibición expresa de la Ley, pero si excusarse si hubiere lugar a ello.

²⁵ CUEVA CARRION Luis, Medidas Cautelares Constitucionales, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2012, Pág 99-105.

3.2.1.- Peligro en la demora y Verosimilitud fundada de los Hechos.

Algunos autores expresan en sus obras que el Periculum in Mora o Peligro en la demora y el Fumus boni juris o Verosimilitud de los hechos (apariencia de buen derecho), son requisitos para solicitar las medidas cautelares, para nosotros más bien estos serían principios ineludibles que el administrador de justicia debería considerar para emitir su resolución, pero más allá de aquello todos coinciden con que para la concesión de medidas cautelares ya sea como requisitos o como principios a considerar por el Juez para su resolución, estos deben ser considerados como parte de la tutela cautelar.

Refiriéndonos al Periculum in Mora o Peligro en la demora, debemos comenzar diciendo que los procesos judiciales en su mayoría se caracterizan por ser lentos en su tramitación, requieren de una serie de formalidades y de tiempos para su finalización, lo cual obviamente en materia de garantizar derechos fundamentales puede derivar en que se produzca un daño, por esta razón algunos autores manifiestan que el periculum in mora que constituye la base de las medidas cautelares no es el peligro genérico de daño jurídico, del cual se puede prescindir en la tutela ordinaria, sino que es, específicamente el peligro ulterior daño que podría resultar de la mora de una providencia definitiva, bajo esta consideración es que en las medidas cautelares se ha establecido un procedimiento informal, preferente que permita hacerla eficaz en el tiempo y en el espacio.

En cuanto al Fumus boni juris o verosimilitud de los hechos, es claro presumir que según lo manifestado durante el desarrollo del presente trabajo ante la urgencia de la vulneración de un derecho no es necesario que el accionante compruebe plenamente la base jurídica que justifique sus pretensiones procesales, tal como lo recoge nuestra legislación el otorgamiento de medidas cautelares se desprende de un análisis sucinto del Juez, que determine la apariencia de buen derecho de la petición, es decir no se requiere presentar pruebas para que la jueza conceda las medidas cautelares.

Sin embargo de lo dicho en líneas anteriores, el recurso debe ser motivado, y los motivos del recurso consisten: a) en la afirmación de la parte demandante de la existencia de sus derechos humanos, constitucionales o contenidos en instrumentos internacionales sobre

derechos humanos, b) en determinar en qué consiste el evento que por causas naturales o con el concurso de causas naturales y voluntarias, se teme que pueda producir daño a esos derechos humanos; c) en la indicación de las razones por las cuales el daño es; posible o probable y puede menoscabar o suprimir el interés tutelado que constituye el elemento sustancial del derecho humano de que el denunciante afirma ser titular.

El demandante puede ser cualquier persona o grupo de personas, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado. En todo caso las medidas cautelares proceden cuando la jueza tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.

La Corte Constitucional ha determinado que las personas jurídicas, públicas o privadas, son también titulares de derechos constitucionales, con las obvias limitaciones, que son los derechos personalísimos.

3.3. Competencia.-

Desarrollando este punto es importante decir, que las garantías Constitucionales se encuentran tipificadas en nuestra Carta Magna y en caso de necesitar la protección del Estado ante una amenaza de violación de dichos derechos fundamentales reconocidos Internacionalmente esta la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Para saber ante quien o quienes tenemos que hacerlas efectivas tendremos que determinar como primer paso el Juzgador que tiene competencia en este caso estaremos lo que dice el artículo 7 de la citada ley que manda: *“Competencia.- Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos.*

Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación

personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley.

La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar.

La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia.

La jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados”.²⁶

Al igual que lo que dice el numeral 2 del artículo. 86 de nuestra Constitución “*Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:*

a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.

b) Serán hábiles todos los días y horas.

c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.

d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho”.

Y estos dos artículos antes descritos coinciden plenamente en facultar al que se sienta vulnerado en sus derechos constitucionales de radicar la competencia de acuerdo al territorio, es decir en el lugar donde se originó el acto u omisión que viola sus derechos

²⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 7.

fundamentales. Vale aclarar el último inciso del Art. 7 de la LOGJCC habla de los Jueces de Turno; al respecto tenemos que los jueces de lo civil, laboral, entre otros, no laboran bajo la modalidad de turno, los únicos que lo hacen son los jueces de lo penal, por ello en casos de días feriados, o fuera de horarios de trabajo son los jueces de lo penal de primer nivel los competentes para conocer de las solicitudes de medidas cautelares.

El inciso primero del artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala de modo general que la solicitud de medidas cautelares puede realizarse ante cualquier jueza o juez, y de existir más de uno de ellos la competencia se radicará por sorteo.

A su vez el Art. 167 de la Ley que es materia de nuestro estudio manda: *“Juezas y jueces de primer nivel.- Compete a las juezas y jueces de primer nivel conocer y resolver, en primera instancia, la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, petición de medidas cautelares; y ejercer control concreto en los términos establecidos en esta ley”*.

Al respecto también tenemos que el artículo 38 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que integran la función judicial, entre otros, las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales, Tribunales y Juzgados de primer nivel, a su vez el artículo 45 de la Ley Ibídem, señala que el ingreso a la carrera judicial se hará a la categoría uno, de juez de primera instancia. Jueces de primera instancia son aquellos que actúan en los juzgados de primer nivel, y son estos los competentes para conocer y resolver las solicitudes de medidas cautelares. Cabe reparar en que la ley señala que se puede acudir, para efectos de solicitar medidas cautelares, ante “cualquier jueza o juez de primera instancia [...]”. Con lo cual concluimos que no importa la materia que conozcan estos jueces el único requisito que deben tener es ser juez de primera instancia.

También de acuerdo al numeral 7 del Art. 3 del Reglamento de sustanciación de procesos de Competencia de la corte Constitucional, textualmente manda el artículo 3: *“Competencias de la Corte Constitucional.- De conformidad a lo establecido en la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control*

*Constitucional, la Corte Constitucional tiene las siguientes competencias (...) . Conocer y resolver peticiones autónomas de medidas cautelares”.*²⁷

Vale recalcar que ninguna de las antes citadas leyes hace alguna exclusión en materia de competencia una respecto de la otra.

3.4. Desarrollo procesal: Presentación, Audiencia, Sentencia, Efectos.

Antes de entrar en el desarrollo procesal es importante partir analizando el hecho de que al formularse el carácter constitucional del Estado, se incluye y se supera cualitativamente el Estado Legal, lo cual implica que la legalidad se vuelve componente de la constitucionalidad y que la Constitución sea fuente de fuentes, instrumento de derechos y garantías.

El fin primordial, esencial y básico del proceso cautelar constitucional es obtener una medida cautelar para la protección de los derechos reconocidos por la constitución de la República. Este proceso no es apto ni para la creación de un derecho ni para discutir sobre su existencia, ni tampoco para reparar un daño, es fundamental que el derecho ya exista; para que prospere jurídicamente la medida cautelar es condición sine qua non que el derecho preceda la acción cautelar constitucional.

Las medidas cautelares tiene como finalidad la protección directa del derecho, ya sea evitando o suspendiendo su violación y al estar en un Estado Garantista Constitucionalista tienen su carácter esencial preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales.

En estricto sentido las medidas cautelares tiene como su finalidad evitar la amenaza o violación de un derecho. Conforme manda el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece la finalidad fundamental de las medidas cautelares: *“Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos”*

²⁷ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, S.R.O. 466 de 13 de noviembre de 2008.

Se debe tener presente como en nuestro marco jurídico se regulan las medidas cautelares autónomas, institución que se encuentra contemplada en el artículo 87 de la Constitución de la República, que manda: *“Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”*.

Como ya lo mencionamos en el capítulo II numeral 2.1, en el caso concreto de nuestro país hablaríamos del Proceso Cautelar Constitucional Autónomo. La novedad jurídica es la regulación de medidas cautelares como institución autónoma de protección preventiva de derechos fundamentales, mismo que está basado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con las medidas cautelares dictadas por la Comisión y las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana, siendo este el antecedente más visible e inmediato del actual sistema ecuatoriano de medidas cautelares autónomas establecidas por la Constitución y desarrolladas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

3.4.1. Presentación.

Partiremos tomando una definición de Petición tal y como lo dice Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- *“Petición.- Demanda // Solicitud // Instancia // Pedimento // Voto // Petición de mano // Escrito en que se pide jurídicamente a un Juez o tribunal”*.

Con esta noción básica y a la vez concreta, acoplado este concepto al ámbito que estamos estudiando podemos concluir que es pedir al juez competente que se nos conceda una medida cautelar ante la amenaza de la violación de un derecho consagrado en nuestra Carta Magna.

El proceso cautelar Constitucional se caracteriza por su informalidad, es decir no se requiere de una técnica especializada o sofisticada, en la redacción y formulación de la petición, tanto así que no se necesita del patrocinio de un abogado para su solicitud.

Nuestra Constitución al respecto manifiesta en su artículo 86 numeral 2 literal c), manda: *“Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin*

necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado [...]”; la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ratifica el principio constitucional, aclarando que en el caso de que la petición fuese verbal y se requiera sorteo, éste se realizará solo con la identificación personal, según lo manifestado las peticiones pueden ser orales o escritas:

PETICION ORAL.- Ratificando el antes citado artículo diremos que sí la petición es oral y se requiere sorteo solo se tendrá como requisito la identificación personal.

PETICION ESCRITA.- Tanto la petición oral como escrita no requiere el patrocinio de un Abogado y gozan de ser un proceso informal, cualquier ciudadano puede acceder a este tipo de medidas, pero hay un requisito formal por decirlo así que tiene que ser cumplido Así manda el Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional “(...) El peticionario deberá declarar si ha interpuesto otra medida cautelar por el mismo hecho”

Del texto constitucional encontramos otra clasificación más que sería en petición individual y colectiva.- Ya que el numeral 1 del Art. 86 de nuestra Constitución manda: Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

*“1. Cualquiera persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”. Lo cual es ratificado por el Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional .- **Petición.-** Cualquiera persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier jueza o juez. Si hubiere más de una jueza o juez, la competencia se radicará por sorteo. En la sala de sorteos se atenderá con prioridad a la persona que presente una medida cautelar. En caso de que se presente la petición oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal (...)”*

Este es un criterio que encontramos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así el Reglamento de la Comisión en su artículo 23 establece: *“Cualquiera persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en*

*uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas [...]”.*²⁸

En esta parte del análisis de las medidas cautelares entendemos que la norma constitucional al hablar que cualquier persona podrá proponer las acciones previstas en la Constitución, abre el abanico y permite presentar la acción no solo al agraviado sino a cualquier persona, a cualquier individuo distinto del que sufrió las violaciones. Ya que una de las trabas que encontramos en nuestro sistema vigente es la falta de reconocimiento de las personas que sufren la violación en concordancia con el principio constitucional de la acción popular, mediante el cual nadie puede ser indiferente a la violación de derechos que sufren otras personas y puede denunciarla.

Ya que existen muchas personas víctimas directas de la afectación del derecho se encuentran en total indefensión, y las personas que podrían considerarse víctimas indirectas, y que estarían en posibilidad de solicitar medidas cautelares de protección.

3.4.2. Audiencia.-

Al respecto debemos remitirnos directamente a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 33, inciso primero señala que: *“No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas”*; es decir se puede otorgar medidas Cautelares constitucionales sin pruebas y sin ser necesario la comparecencia de la otra parte al proceso.

Más bien aquí cabe las Audiencias de manera excepcional al respecto tenemos el artículo 36 de la Ley *Ibidem*, que manda: *“De manera excepcional y de considerarlo necesario, la jueza o juez podrá convocar a los involucrados a una audiencia para ordenar las medidas [...]”*. La convocatoria a la audiencia es facultativa del juez, sin embargo su utilización debe ser excepcional. Se necesitará de conocimiento y buen criterio de los jueces para evitar considerar a la audiencia que refiere el artículo anterior, como la regla o parte esencial del procedimiento de las medidas cautelares. Su

²⁸ Reglamento de la Comisión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Art. 23.

utilización indiscriminada puede provocar se desvirtúen dichas medidas, cuyo fin es dar una protección preventiva inmediata al derecho sea que se encuentre amenazado o violentado.

Una vez que el juez conoce de la solicitud de las medidas cautelares, por tratarse de circunstancias excepcionales, no va a requerir ni actuar pruebas, debe actuar de manera inmediata y urgente, en el tiempo más breve posible, en términos de la Ley. El otorgamiento de medidas cautelares no constituye una decisión de fondo, por ello no es necesario contar con una prueba concluyente, sino únicamente bases razonables, cierta evidencia que nos permitan presumir que existen y concurren los requisitos de otorgamiento de medidas cautelares, inminencia y gravedad de la amenaza o violación del derecho.

La regla general es que las medidas cautelares se decretan *inaudita altera parte*, o sea, sin audiencia de otra parte, por lo que no es necesario escuchar a las dos partes para otorgar una medida cautelar, solamente de manera excepcional se puede convocar a los involucrados a una audiencia previamente a ordenarlas. Únicamente cuando existe duda por parte del Juzgador, se podrá correr traslado a la “otra parte” y convocar a una audiencia previamente a dictar la medida; desde luego su utilización indiscriminada puede provocar se desvirtúen dichas medidas, cuyo fin es dar una protección preventiva inmediata al derecho sea que se encuentre amenazado o violentado.

Vale hacer notar que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se pueden apreciar dos etapas: la primera exigente en relación con la aportación de prueba; y la segunda, es más amplia y flexible. En la primera etapa, la Corte para decretar medidas provisionales, prácticamente exigía que se aportaran pruebas que demostrasen la concurrencia de los requisitos de concesión de medidas provisionales. En la segunda, etapa se volvió menos exigente para demostrar los requisitos que deben reunirse para la procedibilidad de las medidas provisionales; mediante presunciones se ha inferido la existencia de los requisitos de concesión de este tipo de medidas.²⁹

²⁹ VILLAREAL CAMBISACA Roberto, Medidas Cautelares, Garantías Constitucionales en el Ecuador, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2010, Pág 117-118.

3.4.3. Resolución.-

La Resolución emitida por el juez de conceder o no la medida cautelar no es una Sentencia es un Auto Resolutivo, sin analizar el fondo del asunto ya que no lo resuelve, solo precautela un derecho. Es un Auto resolutivo especial porque contiene un bien definido y de estricto cumplimiento, ya que lo que se resuelve es dar la protección jurídica adecuada a un derecho garantizado por la Constitución.

Según el artículo de la Ley que analizamos, el juzgador debe formar su convicción de concesión o no de las medidas a partir de la descripción de los hechos narrados en la petición, verificando que concurren los requisitos de otorgamiento de las medidas cautelares: inminencia y gravedad de la amenaza o violación del derecho. Así tenemos: artículo 33: *“Resolución.- Una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes.*

No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas de la contra parte en este caso.

La jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación. Pero si procede la revocación de dichas medidas en los casos y circunstancias que la ley manda como lo veremos más adelante.

En el caso de que la jueza o juez ordene las medidas correspondientes, especificará e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse; sin perjuicio de que, por las circunstancias del caso, la jueza o juez actúe de forma verbal; y se utilizarán los medios que estén al alcance de la jueza o juez, tales como llamadas telefónicas, envíos de fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos”.

La estructura de este Auto Resolutivo está compuesta de acuerdo al Artículo que antecede de los siguientes elementos: a) Las obligaciones; b) el destinatario de la medida

cautelar; c) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse; y d) los medios.³⁰

Para resolver el fondo de la controversia se necesita algo más que esos indicios pero aquellos bastan para disponer la medida cautelar, no prejuzga acerca del fondo y solo quiere dejar a salvo, fuera de todo riesgo severo, el bien tutelable. Se debe actuar tomando en cuenta el *fomus bonis iuris* comentando *supra*, no exigiendo certeza plena, sino un cierto grado de verosimilitud de la vulneración del derecho.

Sobre esta decisión no es posible interponer recurso de apelación. Cabe aclarar que esta imposibilidad de apelar la resolución inicial de medidas cautelares no constituye bajo ningún concepto cosa juzgada. Si luego de la decisión de otorgar o negar las medidas cautelares, se da un cambio en las condiciones fácticas que existían al momento de la resolución se puede solicitarlas nuevamente, si fueron negadas, o pedir sean revocadas si se las concedió, lo cual analizaremos en el punto 3.6.

Además la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 23, instituye la figura del abuso del derecho, de esta forma establece sanciones para los peticionarios o abogadas o abogados que presenten solicitudes de medidas cautelares de mala fe, desnaturalizando el objetivo de las medidas. La buena fe se presume, la mala fe debe probarse, por ello el juez de primera instancia, que es el llamado a conocer las solicitudes de medidas cautelares, ha de obrar presumiendo la buena fe del peticionario, y en base a ello si concurren los requisitos debe otorgar la medida cautelar solicitada. Existe también la prohibición de interponer una medida cautelar ante otra medida de las mismas, conforme manda Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional artículo 37: “ *Prohibición.- No se podrá interponer una medida cautelar contra otra medida cautelar por el mismo hecho violatorio o amenaza a los derechos*”.

Si se obró de mala fe, luego de probarla, quien abusó del derecho será sancionado, y el juez será libre de culpa. Cabe reparar en el hecho, que si se configuran los presupuestos

³⁰ CUEVA CARRION Luis, Medidas Cautelares Constitucionales, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2012, Pág 123.

o requisitos exigidos por la Ley para la concesión de medidas cautelares y la jueza o juez no las otorga, a más de permitir que se mantenga la amenaza con el peligro que se concrete el daño o violación del derecho que motivó la petición, con las consecuencias que esto implica, se estará lesionando otro derecho más, el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 75 de la Constitución. Lo que consideramos, provocaría responsabilidad al juzgador, e incluso al Estado ya que se estaría incurriendo en lo establecido en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, que instaura como uno de los casos de error judicial la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Una vez que el administrador de justicia forme su convicción sobre el pedido debe proceder a dictar la resolución ya sea otorgando o negando las medidas cautelares.

En caso de que la jueza o juez ordene las medidas éstas no pueden ser imprecisas o vagas, no podrá limitarse a señalar que se otorgan las medidas cautelares a favor de tal persona y nada más, deberá especificar e individualizar las obligaciones, positivas o negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse. Sin perjuicio de que, por las circunstancias del caso los jueces actúen de forma verbal, una vez otorgadas las medidas, el juzgador deben utilizar todos los medios que estén al alcance para hacer efectivas las medidas cautelares, como llamadas telefónicas, envíos de fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos. Las medidas deben ser adecuadas a la violación que se pretende evitar, tales como comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto o las que se desprendieren de la resolución.

3.4.4. Efecto Jurídico.

Hemos insistido durante todo este capítulo que el otorgamiento de las medidas cautelares, como bien señala el artículo 28 de la Ley de la materia, no constituye prejuzgamiento sobre la declaración del derecho, ni tienen valor probatorio en casos de acciones por violaciones de derechos.. Es una garantía de protección preventiva que busca prevenir la violación del derecho, o evitar se continúe con la violación, de este modo la concesión de una medida cautelar no significa en absoluto que se haya resuelto

una situación jurídica de fondo y de modo definitivo, sino únicamente se previene, impide o interrumpe la violación de un derecho.

El efecto jurídico es la protección efectiva del derecho Constitucional llamado a proteger. Por ello para su otorgamiento se requiere solo un *fumus bonis iuris*, un cierto grado de verosimilitud del derecho, no se tiene que probar de manera categórica la posible vulneración de un derecho sino únicamente que existan indicios de posible violación de un derecho fundamental, es decir no una demostración exhaustiva de lo señalado en el escrito o petición verbal de la medida cautelar, ya que no se va a resolver el fondo del asunto, ni su otorgamiento prejuzga sobre la declaración de la violación.

Mediante una medida cautelar se toman medidas urgentes de seguridad encaminadas a resguardar el derecho, ante las condiciones de gravedad e inminencia.

3.5. Revocatoria.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala en su artículo 35 que la revocatoria de las medidas cautelares procederán solo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos para su otorgamiento o se demuestre que no tenía fundamento. En este último caso la persona o institución contra la que se dictó la medida deberá justificar argumentada mente la falta de fundamento de la medida y solicitar al juez su revocatoria.

Las medidas cautelares son temporales por su propia naturaleza, su duración en el tiempo está supeditada a la duración de las condiciones dañosas para el derecho. Por ello provisional, no tiene que darnos la idea de que son cortas en el tiempo, sino que se mantendrán temporalmente mientras existan las condiciones de inminencia y gravedad de la amenaza o violación del derecho que se requieren para su otorgamiento, su duración puede ser de un día o de años, todo dependerá de las condiciones fácticas y de su permanencia en el tiempo, como habíamos señalado anteriormente.

Este criterio es adoptado y ratificado ya que no se establece un término en la LOGJCC para pedir la revocatoria de las medidas cautelares Constitucionales.

La revocatoria de Medidas Cautelares prospera en los siguientes casos: a) Cuando se hubiere evitado la violación de derechos; b) cuando se hubiere interrumpido la violación de derechos; c) cuando hubieren cesado los requisitos previstos en la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; o d) si se demuestran que las medidas cautelares no tenían fundamento. En los tres primeros casos cumplieron su función y son innecesarias y en el último es claro el hecho de que han sido solicitadas infundadamente.

3.5.1 Procedimiento para la Revocatoria

A continuación detallamos el proceso correspondiente:

- a) Presentación de la petición de revocatoria de las medidas cautelares; b) la institución o la persona a quien se hubiere delegado o las partes, deberán informar al juez sobre la ejecución de las medidas cautelares; c) debe celebrarse una audiencia; d) en ella el sujeto pasivo debe presentar los hechos, las pruebas y los argumentos que sustenten la revocatoria de la medida cautelar; e) el sujeto activo también debe intervenir para demostrar la existencia de la amenaza o la violación de los derechos; f) si esta involucrada una Institución pública, necesariamente deberá intervenir el Procurador general del Estado o su delegado; g) el procedimiento concluye con el Auto resolutivo que niega o acepta la revocatoria según fuera el caso; h) en ambos casos el auto debe ser motivado; e i) el auto es susceptible de apelación en el término de tres días.³¹

3.5.2. Audiencia para la Revocatoria de las medidas cautelares constitucionales.

Entraremos al análisis de lo que dice la LOGJCC en su artículo 36: “ *Audiencia.- De manera excepcional y de considerarlo necesario, la jueza o juez podrán convocar a los involucrados a una audiencia para ordenar las medidas, modificarlas, supervisarlas o revocarlas*”.

³¹ CUEVA CARRION Luis, Medidas Cautelares Constitucionales, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2012, Pág 131.

En el caso de que estemos frente a la petición de revocar las medidas cautelares constitucionales; se observará normas básicas del debido proceso escuchando primero al solicitante y luego a la otra parte, con derecho a la réplica y a la contrarréplica.

En la práctica generalmente en este tipo de audiencias las partes reproducen pruebas para hacer valer sus derechos. Al final de la audiencia el juez dictará su resolución, ya sea revocando el auto inicial o negando la revocatoria.

Este auto resolutivo es susceptible de impugnación para ante la Corte Provincial de Justicia en segunda Instancia y de la siguiente forma: a) sorteo; b) certificado en relación del secretario relator; c) audiencia en estrados cuando se la solicita; d) resolución; y e) presentación de la acción extraordinaria de protección.

3.6. Improcedencia del Recurso de Apelación en la solicitud de medidas cautelares

No debemos confundir la posibilidad de apelación del auto al que nos referimos en este apartado, con la imposibilidad de apelar la resolución del juez que admite o deniega la solicitud inicial de medidas cautelares, la cual no es susceptible de apelación según establece el inciso segundo del artículo 33 de la Ley Ibídem, que reza: *“La jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación”*.

Es importante señalar que las medidas cautelares no solo pueden ser revocadas, sino que también pueden ampliarse si se llega a demostrar que las medidas cautelares concedidas son insuficientes para lograr el objetivo pretendido. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala en su artículo 35 que *“la revocatoria de las medidas cautelares procederán solo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos para su otorgamiento o se demuestre que no tenía fundamento”*. En este último caso la persona o institución contra la que se dictó la medida deberá justificar argumentada mente la falta de fundamento de la medida y solicitar al juez su revocatoria.

Entonces luego del análisis prolijo de los antes citados artículos si bien la ley no nos faculta para apelar la decisión del juez de conceder una medida cautelar, pero si se puede

interponer dicho recurso para la revocatoria de la misma, teniendo un término de tres días para dicha interposición *“Si el juez considera que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, que podrá ser apelado en el término de tres días”*.

Si en caso se niega o concede la revocatoria de la medida cautelar dicha resolución en esta circunstancia es apelable, ya que al ser la apelación un medio de defensa por excelencia. Vinculado estrictamente con el derecho a la defensa el mismo que también es un derecho Constitucional conforme manda el Art. 76 numeral 7 de nuestra Constitución: *“76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”*.

El recurso de apelación será tramitado ante una de las Salas Especializadas de la Corte Provincial, consagrado lo referido en la Constitución de la República que en su Art. 86 numeral 3 inciso final manda: *“Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: numeral 3 (...) Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución”*. Además se debe considerar que no existe manifestación expresa de la ley que prohíba la apelación de la ya nombrada revocatoria de las medidas cautelares constitucionales.

En caso de presentación de apelación del auto que revoca o no las medidas cautelares el juez que conoce de la interposición de dicho recurso debe concederlo ya que el mismo esta garantizado en la Constitución y también se debe aplicar el Art. 11 que en su numeral 5 manda: *“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 5.- En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”*.

Con el fin de dejar un poco más claro el tema se tiene que diferenciar claramente lo que es el auto resolutivo sobre la solicitud de medida cautelar. El mismo que no se puede apelar conforme manda el Art. 33 inciso segundo de la LOGJCC, y el auto resolutivo sobre la revocatoria de medidas cautelares el mismo que es plenamente apelable como lo acabamos de analizar, y que está plenamente facultado en cuanto a la interposición del recurso conforme manda el Art. 35 *Ibíd.*

En nuestro país está establecido el principio del doble conforme, por efecto de haber reconocido a los instrumentos internacionales de derechos humanos rango de normas constitucionales y por lo tanto son parte de nuestro ordenamiento jurídico. Entre estos instrumentos tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que regula garantías judiciales, tales como la de recurrir ante juez o tribunal superior (Artículo 8 inciso h apartado 2 dedicado a las garantías judiciales, contiene, respecto de las personas inculpadas criminalmente, el "*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*") y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14 inciso 5to prevé el derecho de quien ha sido declarado culpable de delito "*a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*").

Se puede definir a este principio, del doble conforme, como el derecho del condenado a recurrir del fallo, en sintética expresión, se ha dicho que el doble conforme es un juicio al juicio.

En el caso que nos ocupa la relación la resolución del auto inicial de medidas cautelares y el principio del doble conforme, no sería aplicable ya que de La Resolución emitida por el juez de conceder o no la medida cautelar no es una sentencia sino es un auto resolutivo, sin analizar el fondo del asunto ya que no lo resuelve, solo precautela un derecho. Aquí no se esta sentenciando a favor o en contra de cualquiera de las partes sino ratificándose una vez más lo que se está protegiendo es un derecho que supuestamente está siendo vulnerado. Es un auto que resuelve sobre la concesión de una medida cautelar y no sobre el litigio en sí, como ya lo anotamos en líneas anteriores el artículo 33 de la LOGJCC inciso segundo, es claro con respecto a este tema, en la misma

línea podemos afirmar que no es que se les conceda a las partes el derecho de apelar sino que en este caso concreto de la solicitud de medidas cautelares constitucionales no es aplicable por el principio mismo de dichas medidas.

Conclusiones.

- El Estado Constitucional de derechos adoptado por el Ecuador en la constituyente del 2008, rompe los paradigmas en materia de protección de derechos fundamentales, modificando toda una estructura ideológico jurídica de los administradores de justicia en el país, exigiendo de ellos una preparación eminentemente constitucional y cambiando su rol en la aplicación de las garantías, de la misma manera requiere de un acoplamiento acelerado de la legislación ecuatoriana en materia de vigencia de derechos.
- La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, desarrollo de manera muy sencilla y clara en su articulado el procedimiento a llevarse a efecto para la concesión de medidas cautelares, destacable desde todo punto de vista pues sería grave dejar ambigüedades o contradicciones en las normas que previenen la vulneración de un derecho, cuanto más que esta pueden ser presentadas por cualquier persona y no requieren del patrocinio de un abogado.
- Las medidas cautelares en la Constitución del 2008 toman un nuevo papel en la protección de derechos fundamentales o más bien dicho de prevención de su vulneración, el avance más significativo sin ninguna duda es el conseguir autonomía en su procedimiento alejándose, así, de la Acción de Amparo que hasta ese año era lo más cercano a ellas, sin dejar de mencionar que la petición la puede realizar cualquier persona sin que se necesite ser víctima directa e indirecta de la amenaza o violación del derecho, por lo cual hoy sí podemos considerar a las medidas cautelares constitucionales como una garantía autónoma.
- El procedimiento de las medidas cautelares es preferente, informal, sencillo, ágil por mencionar algunos; para ser solicitadas únicamente debe existir la presunción de un daño inminente o el peligro de vulnerar un derecho y para su resolución los jueces deberán considerar los principios del *fomus boni juris* y del

periculum in mora, es decir solamente necesita realizar un examen sucinto de la pretensión que determina la apariencia del buen derecho en el primer caso y en el segundo deberá destrabar cualquier dilatación procesal en cuanto a formalidades, plazos, etc , precautelando de esta manera el derecho en peligro.

- La resolución de las medidas cautelares no son apelables, por lo cual se podría afirmar que esto viola el principio del doble conforme, sin embargo al no ser, esta, una actuación procesal que resuelve temas de fondo, mucho menos considerarse como cosa juzgada, puede ser modificado o revocado, siendo la revocatoria al acto procesal que puede ser apelado, esta explicación tiene lógica si consideramos la naturaleza eminentemente preventiva y garantista que tienen las medidas cautelares, de remediar provisionalmente la amenaza o violación del derecho.
- Debe quedar claro que a pesar de todas las facilidades procesales, por llamarlas así, que han sido otorgadas a las medidas cautelares, bajo ninguna circunstancia, las mismas al precautelar un derecho podrán afectar a otros derechos.

Bibliografía.

- Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de Octubre de 2008.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009.
- GIL DOMÍNGUEZ Andrés, Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos. Del Estado premoderno al estado constitucional de derecho. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Ediar, 2005.
- APARICIO WILHELMI Marco, Derechos: enunciación y principios de aplicación. Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Quito – Ecuador, 2008.
- PONCE MARTÍNEZ Alejandro, *El Acto de Autoridad*, en, *Naturaleza de la Acción de Amparo*, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito – Pro justicia . Banco Mundial, Quito, 2002
- OYARTE MARTÍNEZ Rafael. *La Acción de Amparo Constitucional*. Fondo Editorial Andrade & Asociados 2006. 2da Edición.
- SILVA PORTERO Carolina, Las garantías de los Derechos *invención o reconstrucción?*.
- ROCCO UGO, Tratado de Derecho Procesal Civil, V Proceso Cautelar, Temis, Depalma, Buenos Aires, 1977.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- PEREZ Antonio José, Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2012.
- PEREZ TREMPS Pablo, Derecho Procesal Constitucional, Corporación Editora Nacional, Quito, 2005.
- JARAMILLO HUILCAPI Verónica, Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.
- CUEVA CARRION Luis, Medidas Cautelares Constitucionales, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2012.

- VILLAREAL CAMBISACA Roberto, Medidas Cautelares, Garantías Constitucionales en el Ecuador, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR Eduardo – ZALDIVAR LELO DE LARREA Arturo, La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo VII, Procesos Constitucionales de la Libertad, Universidad Autónoma de México, México, 2008.
- Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, S.R.O. 466 de 13 de noviembre de 2008.