



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

“LA MEDIDA CAUTELAR”

TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE:
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

Autor: Cornelio Agustín Borja Pozo

Director: Dr. Andrés Aguilar

Cuenca-Ecuador

2011

Dedicatoria:

A mi madre, que más que la vida me dio las ganas de vivir.

A quienes jamás han permitido que a mi corazón le falte un padre:

Mi abuelo Dr. Cornelio Pozo Illingworth ejemplo de carácter y temperamento.

Al Dr. Enrique Pozo Cabrera, mi mentor, el que siempre está para su sobrino.

A mi tío paterno Olmedo Borja Crespo, por todo el cariño que siempre me ha demostrado.

Y a mí padrastro Ing. Cristian Astudillo Ávila, quien me enseñó que el seguir adelante no es una opción sino una obligación. Todos fundamentales en mi formación como persona y como profesional.

En general a toda mi familia muchas gracias.

Resumen:

La Constitución es el principal instrumento, para evitar y subsanar la violación de derechos fundamentales, permitiéndonos a los ciudadanos ser seres libres autónomos, y esto se logra controlando los poderes públicos.

La medida cautelar es una respuesta rápida que el Juez de Garantías expresa cuando de manera clara observa que un derecho fundamental está en riesgo de ser lesionado; por lo tanto constituyen un mecanismo, como un escudo protector que tiene la persona para evitar se pueda consumir la violación a un derecho; y al ser preventiva la medida cautelar constituye un complemento necesario de las garantías reparatorias de derechos.

ABSTRACT

The constitution is the principal instrument for avoiding or rectifying the infringement of fundamental rights, allowing citizens to be free autonomous beings, and this is accomplished by controlling public powers.

The precautionary measure is a rapid response that the Supervisory Judge gives when it is clear that a fundamental right is at risk of being breached; it constitutes a mechanism that acts as a protective shield for a person to avoid the possible infringement of a right. By being preventative, the precautionary measure constitutes a necessary complement to the reparatory guarantees of rights



Esquema de Tesis

Nombre: CORNELIO AGUSTÍN BORJA POZO

LA MEDIDA CAUTELAR

CAPITULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES:

- 1.- Derechos Humanos.
- 2.- Constitución y Derechos Humanos.
- 3.- Bloque de Constitucionalidad y Derechos Humanos.
- 4.- Interpretación de los Derechos.

CAPITULO II

LAS GARANTIAS JURISDICCIONALES:

- 1.- Concepto de Garantías.
- 2.- El Garantismo.
- 3.- Las Garantías Constitucionales en el Ecuador.
- 4.- Las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador.

CAPITULO III

LOS PRINCIPIOS:

- 1.- Definición de Principios.
- 2.- Los Principios Generales del Derecho.
- 3.- Los Principios Jurídicos.
- 4.- Los Principios Como Mandato de Optimización.
- 5.- Los Principios Como Normas.

CAPITULO IV

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA:

- 1.- El Acceso a la Justicia.
- 2.- La Acción.
- 3.- Tramite Rápido, Sencillo, Eficaz.

CAPITULO V

LA MEDIDA CAUTELAR:

- 1.- Definición de Cautela.
- 2.- Requisitos de la Tutela Cautelar Independiente.
 - 2.1.- El Peligro de Demora- Periculum In Mora.
 - 2.2.- Fundamento de Derecho- Fumus Boni Iuris.
 - 2.3.- Inmediatez- Prima Facie
 - 2.4.- Lesión a un Derecho No General
- 3.- Tramite.
 - 3.1.- Proceso Sin Partes- Inaudita Pars.
- 4.- Contenido de la Resolución.
- 5.- Conclusiones.
- 6.- Recomendaciones.

INTRODUCCION

La Constitución ecuatoriana concibe una nueva forma de tutelar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, mediante las Garantías Jurisdiccionales, entendidas estas como acciones que pueden ser propuestas por todos los ecuatorianos y extranjeros, sin que importe el día o la hora, pudiendo ser interpuestas sin la necesidad de formalidad alguna, ya sea de manera oral o escrita, incluso sin la necesidad de invocar la norma jurídica infringida, por esto se justifica que tampoco sea necesario que se acuda ante los Jueces de Garantías Constitucionales sin un asesor jurídico que los patrocine al ciudadano o ciudadanos que acudan a presentar sus acciones constitucionales de protección de derechos.

Se establece que serán competentes los jueces del lugar en donde se esté violentando un derecho protegido por la Constitución.

El procedimiento tendrá que ser sencillo, rápido y eficaz, así como oral en todas sus fases, y como una manera de garantizar que este procedimiento sea rápido, se prohíbe la aplicación de normas procesales que tiendan a retardar el ágil despacho de las acciones planteadas.

Estas disposiciones generales las podemos encontrar en el Art, 86 de la Constitución ecuatoriana, que regula en general las Garantías Constitucionales en su Capítulo Tercero, pero que en esta ocasión por ser motivo de estudio de esta tesis las orientaremos a las medidas cautelares reguladas en el Art.87 de la Constitución que nos permite plantear las medidas cautelares de manera conjunta o en forma individual de las acciones constitucionales de protección de derechos, y que pretenden evitar, hacer cesar, y hasta prevenir la sola amenaza de un derecho.

Ahora en esta tesis tratare de demostrar que la Medida Cautelar es un derecho fundamental de quienes nos encontramos bajo la circunscripción jurídica ecuatoriana, y a su vez establecer la alta responsabilidad de los Jueces de Garantías Constitucionales, la cual tendrán bajo su cargo para cumplir su función como garantistas de derechos.

LA MEDIDA CAUTELAR

CAPITULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES:

1.- Derechos Humanos.

Constituyen derechos fundamentales todos aquellos que nos permiten a los seres humanos vivir, desarrollarnos, residir, trabajar, descansar, informarnos, convivir dentro de una sociedad que nos permita convivir en sociedad, casarse y educar a sus hijos. “Los derechos humanos son los derechos de la persona a vivir conforme a su naturaleza y en comunidad con otras personas.”¹

Las posibilidades de desarrollarse de las personas son todas variadas, esto dependerá de sus aptitudes, vocaciones, necesidades, deseos; y, su grado de libertad dependerá del contexto social que tengan para desarrollarse, su economía, situación política, etc.

Así entonces se violan los derechos humanos cuando estas posibilidades antes mencionadas, se ven impedidas por la ideología política que tenga uno u otro individuo, por tener una religión distinta, un sexo diferente, una raza, todas estas circunstancias han dado lugar a variadas formas de violación a los derechos humanos, unas y otras en más o menos medida o gravedad, pero eminentemente existentes en nuestro diario convivir, y es precisamente el Estado quien debe encargarse de eliminar todas estas formas de discriminación y por ende violación de derechos de las personas, para lo cual ha utilizado como principal instrumento a la Constitución, en la cual encontraremos que entre sus fines básicos con relación a los Derechos Humanos esta en dotarnos a los ciudadanos y ciudadanas de Libertad.

Con respecto a la libertad, los humanos por naturaleza tenemos la facultad de orientar nuestras vidas, de escoger nuestros proyectos de vida, pues la libertad de obrar forma parte del núcleo interno del ser humano, es por eso que solo así podemos sentir en nuestro interior cual será la decisión correcta para nosotros, así esta resulte arriesgada, razonable, interesante, cómoda, todo esto solo se puede lograr con libertad, y precisamente nadie tiene derecho a intervenir en ella, a menos que el ejercicio de esta libertad este coartando un derecho o derechos de mayor prevalencia social.

¹ Fleiner Thomas, derechos Humanos, editorial Temis S.A., Pag. 10

A su vez cuando se restringe la libertad que tenemos, se está afectando a nuestra dignidad, pues se debe permitir la libertad de hacer nuestros proyectos de vida, la manera en la que hemos de comportarnos, cualquier actuación que limite nuestra libertad es un ataque a la dignidad humana. Cualquier forma de limitar a la libertad humana es una manera de obligarle a la persona, a tomar decisiones o actuaciones que en condiciones normales jamás se le habría ocurrido tomar.

Ahora lo que nos debe preocupar como seres humanos que somos y como integrantes de una sociedad que busca cada vez más libertad es cuál es la forma para poder controlar los abusos?, cuando sabemos que estamos en un mundo en el que el afán por conseguir gloria, admiración, poder político y económico, en el que la ambición de poder ha llevado y seguirá llevando a las persona a cometer terribles acciones, sin que les importe las consecuencias que puedan repercutir en el resto de la colectividad. Creo yo que la mejor forma de frenar dichos abusos, es controlar el poder que pueden llegar a tener las personas, desde el mas ínfimo hasta al más grande, así al profesor de escuela que golpea a su alumno, tanto el Presidente de la República que puede decidir si una minoría es tratada con mesura o de manera severa. Se debe entonces buscar un mejor control estatal para obtener una mejor protección a los derechos humanos, y es precisamente esa la función que está llamada a cumplir la medida cautelar, es decir ejercer un control efectivo ante cualquier amenaza o violación de Derechos.

El poder judicial cumple un papel fundamental en la protección de derechos por dos razones, primero porque al existir separación de poderes se está controlando el poder que otros pueden llegar a acumular, y brinda la independencia para que el Juez sea el que juzgue, y segundo porque si se establecen procedimientos que garanticen protección de derechos y justicia, los cuales brindaran a los distintos ciudadanos y ciudadanas la certeza. La credibilidad de un proceso aumenta mientras más apegado se encuentra a los estándares de los derechos humanos y mientras más oportunidad de actuar y protagonismo se brinda a las partes implicadas. Este proceso debe permitir a las partes la misma posibilidad de convencer al Juez, y que este solo será capaz de tomar una decisión cuando este seguro de haber constatado los hechos que le fueron alegados. Pero la función del poder judicial en la protección de los derechos no termina aquí, sino también aparte de constatar los hechos, debe estar lo suficientemente preparado el Juez, cuales son las normas y las medidas concretas que ha de aplicar al caso en concreto que le ha sido planteado.

2.- Constitución y Derechos Humanos.

El Estado constitucional como lo entendemos es aquel que está sometido al imperio de la Constitución, esto lo podemos entender observando con toda claridad en el Art. 1 de nuestra Constitución que en sus primeras líneas dice; “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.” Y, así como en el Art. 424 de la Constitución ecuatoriana el cual establece la supremacía constitucional, y que cabe resaltar en su inciso dos reconoce un irrestricto respeto a los tratados internacionales de derechos humanos, a los cuales considera que, en el caso de reconocer estos derechos más favorables a los que nos brinda la constitución, prevalecerán sobre los tratados internacionales, todo esto lo encontramos al tenor de lo siguiente; “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier norma jurídica o acto de poder público.” Estableciendo se así un deber de protección del Estado hacia los derechos fundamentales del hombre, y para que se dé la defensa adecuada a estos derechos es necesario mecanismos jurisdiccionales efectivos, rápidos y eficaces.

Por otro lado, en ocasiones los derechos de las personas son violados por los legisladores cuando aprueban ciertas leyes, por ejemplo si la mayoría de nuestra Asamblea Nacional toma una decisión que perjudica a una minoría étnica o religiosa. “Las convenciones internacionales sobre protección de derechos humanos establecen que la mayoría legislativa solo puede limitar la libertad si el interés general lo exige; por ejemplo, en el caso de la protección de la integridad física, de la vida y la salud.”²

Es por eso que tiene que existir un ente protector de los Derechos Humanos elementales de las minorías, el cual debe ser la Corte Constitucional, la cual tiene la facultad de obligar a los legisladores a respetar los derechos humanos y la constitución. Sin embargo las Cortes Constitucionales a nivel mundial no siempre coinciden en sus opiniones, o sino, podemos observar a manera de ejemplo, las grandes discusiones que en los últimos años se han venido estructurando en torno al derecho a la libertad de la mujer para ser madre y el derecho que tiene el feto a la

² Fleiner Thomas, derechos Humanos, editorial Temis S.A., Pag. 84.

vida, dos temas que han dado lugar a las más arduas discusiones doctrinarias y que sin duda han generado argumentos de lado y lado del todo valederos, los cuales a la final en el Derecho Constitucional de cada Estado ha sido o no aceptados según las decisiones de sus Cortes Constitucionales.

3.- Bloque de Constitucionalidad y Derechos Humanos.

Entre los antecedentes del “bloque de constitucionalidad” tenemos que nació en el derecho francés como una expresión análoga al existente en el proceso contencioso-administrativo francés. Pues como nos dice Favoreau, es una adaptación al concepto “bloque de legalidad”, en el cual el Consejo de Estado francés realiza el control absoluto de legalidad de los actos administrativos.

“Aunque actualmente el “bloque de legalidad” este compuesto por una serie de fuentes de rango, origen y naturaleza diversa, en su significación originaria, con tal expresión solo se aludía al conjunto de fuentes legales mediante los cuales se limitaba y controlaba la actuación administrativa. En ese sentido, con el concepto “bloque de legalidad”, en el Derecho Administrativo francés se describía no solo al conjunto de normas que limitaban la actuación de los órganos de la administración pública, sino también para designar las normas que cumplían una función procesal: la de servir como parámetro de control al Consejo de Estado en la evaluación de validez de los actos administrativos”³

La construcción del bloque de constitucionalidad, ha surgido con la idea de indicarnos que existen otras normas de igual rango a la Constitución formal, esto se da por la importancia de explicar que el juicio de constitucionalidad no se puede dar únicamente aplicando la Constitución. Y es que con el establecimiento de distintos órganos normativos, la constitución delega en otras fuentes de inferior jerarquía a ella la capacidad para que en su nombre establezca condiciones y límites.

Tras esta función se esconde el denominado bloque de constitucionalidad, es decir que cumplen netamente una función instrumental, y podemos decir que son normas que actúan sistemáticamente a la Constitución para regular al Estado Constitucional.

En consecuencia, podemos hablar de una supremacía del bloque de constitucionalidad en la aplicación e interpretación; por lo tanto, existe un control de constitucionalidad y un control de convencionalidad; que se traduce en la supremacía de la Constitución y una supremacía de los tratados y acuerdos internacionales, en

³ Palomino Manchego José F., Tomo II, Derecho Procesal Constitucional Peruano, Editorial Jurídica Grijley, Pag. 890.

materia de derechos humanos, y sobre todo lo que de ellos se desarrolle sobre las leyes internas del Estado.

4.- Interpretación de los Derechos.:

En las Constituciones de las sociedades igualitarias vamos a encontrar que se encuentran formadas por dos partes, una dogmática y otra orgánica, es decir la primera de ellas se encarga de consagrar los derechos humanos y la segunda de la estructura del Estado.

Con respecto a la parte dogmática, el Dr. Ramiro Avila sostiene que “las constituciones, en su parte dogmática, pueden tener principios de aplicación y principios sustantivos. Los principios de aplicación son de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos. Los principios sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos. Por ejemplo el principio de igualdad y no discriminación (principio de aplicación) se aplica para los derechos del buen vivir, la participación, la protección y para todos los derechos (principios sustantivos).”⁴

El reconocimiento y respeto de los derechos Humanos ha ido avanzando y progresando de manera incesante, es por eso que el avance y respeto a la persona humana se ha encasillado en tres etapas: La llamada de Primera Generación que se refiere a la libertad individual propiamente dicha, libertad de tránsito, libertad de comercio etc. La Segunda Generación que surgió como consecuencia de la revolución industrial y tecnológica que ocasiono un gran cambio económico y social, y con ello surgió el derecho a la seguridad social, a la salud, a la protección de la mujer y los niños etc. La Tercera Generación los cuales se caracterizan por ser supra-individuales, es decir que van más allá de la individualidad del ser humano y que protegen por ejemplo el vivir en un ambiente adecuado, calidad de vida, etc.

En el libro del Dr. José Palomino, sobre Derecho Procesal Constitucional encontramos la siguiente cita; “Antonio Perez Luño, respecto de los derechos inherentes de la persona humana, afirma que, se pueden encontrar tres tipos de definiciones de derechos humanos:

- A) Tautológicas: No aportan ningún elemento nuevo, que permita caracterizar tales derechos. Una definición tautológica muy repartida en la doctrina es la

⁴ Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano. INREDH. Ramiro Avila Santamaria, Pag. 30.

que afirma que “los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre”.

- B) Formales: No especifican el contenido de los derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Ejemplo de definición formal es la que afirma que “los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado”.
- C) Teleológicas: En ellas se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones. Una definición teleológica es la que dice que “los derechos del hombre son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización”.

Además, Perez Luño agrega un cuarto tipo de definición a la cual se le puede denominar descriptiva, al enmarcar los derechos humanos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”⁵

Se dice que los derechos los encontramos enumerados en las constituciones, pero ahí no se explica cual es su significado, y que por ello corresponde a los operadores jurídicos, y es que, para que se llegue a una delimitación concreta de estos derechos es necesario que pasen por una serie de operadores de justicia para que los vayan definiendo poco a poco.

Conclusiones: La Constitución es el principal instrumento, para evitar y subsanar la violación de derechos fundamentales, permitiéndonos a los ciudadanos ser seres libres autónomos, y esto solo se puede lograr controlando el poder que adquieren los funcionarios públicos, esto se ha podido lograr a través de la separación de poderes con la Función Judicial, los cuales están en la obligación de cumplir y hacer cumplir el bloque de constitucionalidad.

⁵ Derecho Procesal Constitucional Peruano, Palomino Manchego José F. Editorial Juridica Grijley. Pag. 419.

CAPITULO II

LAS GARANTIAS JURISDICCIONALES:

1.- Concepto de Garantías.

El concepto de garantías siempre lo orientaremos hacia la tutela de un derecho subjetivo. "Por garantías se entiende, en el lenguaje de los civilistas, un tipo de instituto, derivado del derecho romano, dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales."⁶

Las garantías dice Ferrajoli no son otra cosa que "técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre la normatividad y la efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional⁷".

Las garantías vienen a ser entonces, un medio utilizado por el Estado constitucional para tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos nacionales y extranjeros, contenidos tanto en la norma constitucional, así como en los tratados internacionales que han pasado a conformar parte del bloque de constitucionalidad, para que, estos sean cumplidos de la manera más efectiva, y así garantizar un pleno cumplimiento de nuestra constitución y de los derechos que esta consagra.

2.- El Garantismo.

El "garantismo" conforme lo señala Ferrajoli "aparece asociado a la tradición clásica del pensamiento liberal y se relaciona con la exigencia típica de la tutela al derecho a la vida, a la integridad y a las libertades personales⁸".

La aplicación del término "garantía" que se traduce en garantizar, afianzar, proteger, tutelar algo, y cuando en el contexto jurídico se habla de garantismo, ese algo, lo que se tutela son los derechos subjetivos, bienes individuales o colectivos; se podría decir, que el derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a la eventual agresión por parte del Estado o de otros individuos; estos instrumentos jurídicos son garantías, esto es, límites y vínculos con el poder a fin de maximizar la realización de los derechos y minimizar sus amenazas. El garantismo se vincula así al concepto de Estado de Derecho, en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder estatal.

⁶ Ferrajoli Luigi, Democracia y Garantismo, Edición de Miguel Carbonel, Editorial Trotta, Pág. 60.

⁷ Ibídem.

⁸ FERRAJOLI, LUIGI. "La democracia y el garantismo". TROTTA. MADRID-ESPAÑA. 2008. Pág. 61

El garantismo se extiende a todo el ámbito de derechos de la persona, y no solamente a los directamente afectados por el poder punitivo del Estado. Por eso, más allá del garantismo penal, empata con el Estado Constitucional pues dentro de éste Estado, las normas constitucionales reconocen los principios de justicia material con lo cual está fuera de duda la preponderancia del derecho por principios.

El garantismo distingue tres formas de defensa de los derechos que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas.

La tesis metodológica: Apela a la conocida distinción entre el "ser" y el "deber ser", pero, a diferencia del positivismo tradicional, el garantismo lleva ésta dualidad a la esfera mismo del positivismo; pues, no solo se enfrenta un "deber ser" moral a un "ser" jurídico, sino también un "deber ser" jurídico a la realidad o efectividad del mismo.

La tesis conceptual: Acoge también una idea arraigada en el positivismo, las fuentes sociales del derecho; los sistemas jurídicos y las instituciones en general no son frutos naturales dotados de alguna justificación independiente, sino artificios humanos al servicio de fines más o menos valiosos.

Tesis axiológica o teoría de la justicia: El garantismo propone un ambicioso modelo llamado a culminar el proyecto emancipador que arranca de la ilustración; pero un modelo que, al estar ya anunciado en la Constitución, compromete no sólo al legislador, sino también al juez y al jurista. Es más justamente por esa continuidad entre la normativa constitucional y la filosofía moral y política en que descansa, la función del jurista (del dogmático, pero sobre todo del teórico del Derecho) no se limita a la crítica interna de la praxis institucional, sino que comprende también la crítica externa de la misma y de la propia Constitución.

Por garantismo constitucional entendemos el conjunto de mecanismos políticos y jurisdiccionales que incorporan a la democracia una dimensión sustancial que supera el viejo Estado legislativo de Derecho; ya que, en el Estado Constitucional de derechos, la legitimidad política y jurídica del ejercicio del poder no está condicionada solamente a la legitimidad directa o electiva; sino también a la legitimidad indirecta o por ejercicio; que se traduce en la responsabilidad del órgano jurisdiccional por la mala administración de justicia.

Se considera también al garantismo, como instrumental, maximizador y gradual; no es un abstracto que pueda esfumarse o escindirse, ni siquiera para su análisis; pues es un conjunto cosificado de derechos y valores instrumentales que tienen por objeto

proteger y promover, maximizando el grado de tutela de los derechos fundamentales y restringiendo al Estado legislativo al sometimiento de la norma constitucional.

El garantismo es gradual, en razón de que nunca se garantiza o todo o nada; todo está garantizado; pero, esa garantía se expresa en el caso concreto; en consecuencia, se expresa argumentativamente según la intensidad de la afección a un derecho.

3.- Las Garantías Constitucionales en el Ecuador.

Se habla que la razón del Estado constitucional moderno es precisamente la existencia de una constitución que cumpla con la función de instrumento para la limitación del poder, y a su vez funcione como garante de los derechos de los ciudadanos.

“Las garantías, por su parte, como señala Manuel Aragón, se conceptúan como los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las obligaciones (desde el punto de vista subjetivo) o de normas o principios (desde el punto de vista objetivo).

Por consiguiente las garantías constitucionales son aquellos medios a través de los cuales se garantiza el cumplimiento de las normas y principios constitucionales, las cuales revisten de carácter objetivo, es decir, jurídico.”⁹

En consecuencia, a las garantías constitucionales se las debe entender como aquellos instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales que por mandato de la Constitución Ecuatoriana serían:

Acción de Tutela, preventiva o cautelar, la cual es precisamente el tema al que va dirigida esta tesis -Art. 87. Const. Ecu.-. Acción de Protección -Art. 88. Const. Ecu.-. Hábeas Corpus -Art. 89. Const. Ecu.-. Acción de acceso a la Información Pública -Art. 91. Const. Ecu.-. Hábeas Data -Art. 92. Const. Ecu.-. Acción por Incumplimiento de resoluciones o informes de Organismos internacionales de derechos humanos -Art. 93. Const. Ecu.-. Acción extraordinaria de Protección -Art. 93 Const. Ecu.-. Acción de inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general -Art. 436, núm., 2 Const. Ecu.-. Acción de inconstitucionalidad de Actos Administrativos con efectos generales - Art. 436. núm. 4. -Const. Ecu.-. Acción de Incumplimiento de normas y actos administrativos generales.- Art. 436, núm. 5.-. Acción de incumplimiento de sentencias

⁹ Rubén Hernandez Valle, Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional, Jurista Editores, Pag. 160.

dictámenes constitucionales -Art. 436. núm. 9. Const. Ecu-. Acción por omisión -Art. 436, núm. 10. Const. Ecu-.

Además el Dr. Ramiro Ávila Santamaría hace una clasificación de las garantías constitucionales, el cual las describe : “Las garantías jurisdiccionales, a su vez, se clasifican en aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan “de protección”, las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), que se denomina “hábeas corpus”,

las que protegen el acceso a la información pública, las que protegen la intimidad, las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llaman “acción de cumplimiento” y, finalmente, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denomina “acción extraordinaria de protección”. Además, tenemos las medidas cautelares, que equivaldrían al amparo de 1998.

LAS GARANTÍAS: HERRAMIENTAS IMPRESCINDIBLES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS¹⁰

Es decir todas estas acciones cumplen papel instrumental con relación al Derecho Constitucional, opera en definitiva como una herramienta de conservación del sistema político-constitucional. Mediante la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, esto conduce inevitablemente, a que estas acciones sean reguladas paralelamente por las garantías jurisdiccionales, de las cuales hare un análisis en el siguiente punto.

4.- Las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador.

El acceso a las garantías jurisdiccionales, es el derecho de acceso a los administradores de justicia, los jueces que han de garantizar la justiciable protección a su derecho en litigio.

Por lo tanto, las partes tienen derecho a un juicio justo, ante un juez independiente e imparcial, es en consecuencia, una garantía incuestionable de las partes que está implícito en el concepto del derecho a un debido proceso.

La confianza es, en consecuencia de lo dicho, un aditamento a la garantía, por eso es tan importante tener cubierto el espacio de legitimidad procesal. Una justicia confiable

¹⁰ Ávila Santamaría Ramiro, Desafíos Constitucionales, editado por el Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia. Pag. 93.

reporta aspectos positivos (neutralidad, idoneidad, equidad, justicia, etc.). Es decir, la figura del juez que garantiza a la sociedad la plena vigencia del Estado de Derecho, la tutela constitucionalmente prometida está segura y tiene pacífica aceptación, que legitima al órgano administrador de justicia; es decir, cuando la figura del juez por sí sola garantiza los requerimientos de la sociedad y el Estado de Derecho; esto es, la tutela constitucionalmente prometida está segura y tiene aceptación social (legitimación indirecta). Por lo tanto, cuando el juzgador no responde a los principios fundamentales consagrados en la Constitución; el proceso ya no es debido y el órgano judicial se descalifica.

La imparcialidad y la independencia del juez son nexos imprescindibles para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales. En el ejercicio de la jurisdicción ningún juez puede hallarse comprometido con otros intereses que no sean la recta administración de justicia.

La garantía de la jurisdicción -acceso a la justicia- considera a la libertad de actuación del órgano judicial respecto a otros y también al propio sistema procesal; con el máximo respeto a las garantías de imparcialidad e independencia; ejerciendo el mandato de control de la constitucionalidad y la tutela de los derechos fundamentales evitando que sufran limitaciones absurdas.

El Artículo 76 de la Constitución del Ecuador de 2008, utiliza la denominación correcta al referirse a la garantía del Debido Proceso. Pues si nos remitimos a la historia, la Carta Magna de JUAN SIN TIERRA, fue expedida en 1215. y su texto estaba redactado en latín. En el Capítulo 39 el Rey prometió a los barones de Runnymede no aprehender ni ir contra el hombre "libre nisi per légale judiciim parium suoriim vel par legem terrae". La expresión "per legem terrae", que es la clave para la evolución posterior, pareció oponerse a ciertos decretos del Rey Juan o a normas más restringidas (en la Carta Magna se utiliza la expresión "lex regnum", y luego se vinculó aquella al derecho consuetudinario o común de Inglaterra) Al año y medio de haber expedido la Carta Magna falleció el Rey y debido al carácter personal del gobierno feudal, su sucesor, el todavía niño ENRIQUE III, reafirmó la Carta en 1216. Esa fue la primera vez de unas treinta en que la Carta fue reexpedida por reyes ingleses durante los dos siglos siguientes. En la reexpedición de la Carta en 1225 el documento fue reducido de 63 a 37 capítulos, y la cláusula sobre el debido proceso pasó del capítulo 39 al 29, y unos doce años después el documento fue denominado "oficialmente por primera vez" MAGNA CARTA. Es en 1354, cuando esta expedida, bajo EDUARDO III,

en idioma Inglés y en el Capítulo 29, en lugar de la expresión "per legem terrae" aparece la locución inglesa "due proces of law", la cual ha sido traducida a nuestro idioma como "debido proceso legal", o simplemente debido proceso. Por ello, la denominación del Artículo 76 de la Constitución Ecuatoriana.

El Artículo 76 de la Carta ecuatoriana reza: "Garantías básicas del derecho al debido proceso.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso..."; pero, sin menoscabar las normas que provengan de los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia.

Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de concretarse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento. A más de lo indicado, se establece el principio "pro acusado -en conflicto de leyes siempre se debe estar a lo favorable al acusado¹¹;- se termina la proporcionalidad entre la infracción y la sanción; a conocer el porqué de su detención y la identidad de la autoridad que ordenó su detención; a ser interrogado con la presencia de su Abogado; a ser considerado inocente mientras no se le demuestre lo contrario; a no ser privado de su derecho a la defensa; a no ser distraído de sus jueces naturales; a no ser juzgado más de una vez por la misma causa; a acceder libremente a los órganos judiciales; y, la prohibición de extradición para los ecuatorianos. También debemos considerar como parte de las garantías del debido proceso, el mandato determinado en el Artículo 75 de la Constitución que señala "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad: en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley".

De lo anterior se colige que el debido proceso de Ecuador es: Un derecho de protección de los derechos fundamentales; es un derecho de garantía, pues vigila el cumplimiento de los derechos fundamentales; no procede contra actos de tipo general sino contra actos u omisiones que incidan sobre situaciones jurídicas particularizadas; que se deberían tramitar mediante un procedimiento rápido; que constituyen un el centro del sistema de control de constitucionalidad de carácter difuso, porque son

¹¹ Art. 76.3. Const. Ecua.

competentes para conocer y tramitar cualquier tribunal de justicia; y, el debido proceso, protege la aplicación procedimental inclusive en las acciones de Hábeas Corpus, Protección, Extraordinario de Protección, Hábeas Data, etc.

Adoptando ciertas precauciones para evitar abusos. El Texto del Artículo 11.9, inc. 3ro que dice: "El Estado será responsable por la detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso " Queda claro que, el derecho al debido proceso es fundamental y que debe cumplirse en todo clase de acto; sea administrativo o judicial; y, por lo tanto, su violación faculta al ciudadano a ejercer acciones en contra del Estado.

Nuestra Constitución, como ella misma lo indica en su Art. 76, consagra garantías básicas para hacer efectivo el derecho al debido proceso en el Ecuador; pero, el Artículo 11. 3 de la carta Fundamental; trae consigo un haz garantista necesario; como es el de reconocer la vigencia de normas internacionales que hagan relación al derecho a un debido proceso; normas que, son de directa e inmediata aplicación; es decir, son eficaces, sin que para su aplicación el juzgador u el administrador público observe leyes internas o se inhiba de aplicarlas por ausencia de éstas; los jueces y los administradores públicos; conforme manda el antes señalado Artículo y numeral; están obligados a aplicar las normas internacionales y a observar el desarrollo, avance que estos derechos han logrado a través de la jurisprudencia; puesto que, admitir la vigencia del bloque de constitucionalidad; es asumir todo lo que de él de desprenda en beneficio de los derechos y garantías: en consecuencia, no puede haber excusa para permitir la violación a un derecho fundamental o para no aplicar una norma garantista consagrada en un tratado internacional.

Conclusión: El garantismo ha sido utilizado en definitiva por el Estado, como aquel principio que ha servido como instrumento para garantizar y proteger los derechos de los ciudadanos. Las Garantías Constitucionales en el Ecuador son el instrumento bajo el cual para la limitación del poder y garantizar los derechos de los ciudadanos haciendo que se cumplan las normas. En cambio las Garantías Jurisdiccionales vienen a ser el derecho que tenemos para acceder a la justicia, y obtener una tutela judicial efectiva.

CAPITULO III

LOS PRINCIPIOS:

1.- Definición de Principios:

De manera amplia es simplemente el primer término de una serie cualquiera. En sentido estricto es el origen de donde deriva algo distinto. La palabra "principio" desde la visión de la lógica es de origen griego, "axioma" que es el primer anillo de una cadena de proposiciones; unas proposiciones de donde derivan las demás proposiciones o verdades que son fuentes de otras verdades¹². El vocablo principio tiene también una acepción latina "principium" y significa primer instante de la existencia de una cosa. El inicio de algo que hay que emprender. También puede ser la base sobre la cual se asienta una cosa.

Desde el punto de vista práctico al que nos invita DWORKIN podemos decir que los principios son normas ambiguas, generales y abstractas. 1) Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes; no son reglas, son parámetros de comprensión; desde la perspectiva de su creación, diremos que no tiene un presupuesto de hecho; determina obligaciones y promueve varias soluciones; pues un mismo principio, en cada caso concreto, frente a un mismo derecho fundamental, puede tener un comportamiento diferente. 2) El principio es general en razón de que rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados; y por último, 3) Son abstractos, como atracción y como expulsión; como atracción, por llama a varios elementos a que lo conformen y crear entre varios uno; y, es de expulsión, en virtud de que puede servir, iluminar la interpretación de cualquier norma jurídica y de cualquier situación fáctica que carece de concreción. Recapitulado el tema de los principios, podemos ingresar al análisis de los Arts. 10 y 11 de la Carta Fundamental.

2.- Los Principios Generales del Derecho.

El concepto de "principios generales del Derecho" se elabora en el Derecho italiano, aparece por primera vez reconocido en el Código Civil italiano de 1865¹³. Los

¹² PEREZ VIEDA, GUSTAVO. "Lógica. Para estudiantes de derecho" . EDICIONES DOCTRINA Y LEY BOGOTÁ-COLOMBIA . 2003. Pág. 131

¹³ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA. "Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico". TECNOS MADRID-ESPAÑA. 1997. Pág 125.

principios generales del derecho conforme *señala ESSER*¹⁴ son metabólicos rigen en toda la existencia; de modo que, los principios tiene un ciclo vital propio al estilo de las otras instituciones del Derecho. Surgen porque la sociedad, en un momento determinado, considera importante valorar ciertas posibilidades entorno al Derecho, y decaen cuando esos valores pierden importancia en la sociedad.

Hay tres concepciones básicas en cuanto a los principios generales del Derecho:

a.- Iusnaturalismo. Considera que los principios generales son manifestación del derecho natural, como principios o verdades universales, basadas en la naturaleza humana y en la recta razón¹⁵; por lo tanto, son principios superiores, axiomas, que derivan de la naturaleza humana. Son principios que ilustran este punto de vista son, el respeto el derecho ajeno, a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la igualdad, el cumplimiento de buena fe de los pactos y acuerdos, etc.

b.- La escuela positiva.- Es la que sostiene que los principios generales, son aquellos que sirven de fundamento a un derecho positivo dado, y que no tiene el carácter de metajurídico¹⁶. Para los positivistas, los principios son la generalización de la legislación positiva que derivan de la lógica del sistema y que sirven como cimiento para la interpretación de ese Derecho positivo. “Forman parte del derecho como el alcohol forma parte del vino” Los principios generales de acuerdo con esta línea de pensamiento, no son una fuente autónoma del Derecho.

c.- Teoría eléctrica o integrativa.- Parte de la idea de que el positivismo acierta en el método para obtener tales principios y el ilustramiento en lo que se refiere al contenido y carácter de los mismos; los principios generales estarían compuestos que aquellos criterios técnicos utilizados por el ordenamiento, por ejemplo los utilizados para la resolución de las antinomias también por aquellos otros derivados de la sistematización del derecho objetivo como ordenamiento jurídico; por ejemplo, los principios de jerarquía temporalidad o sucesión de normas y especialidad; que, las considero absolutamente precisos para la estructuración del ordenamiento normativo y, por fin, por aquellos principios de carácter axiológico y meta jurídico que consideramos son del derecho natural, pero de un derecho natural que no le es extraño al derecho positivo y es susceptible de ser discutido; pues está incorporado al

¹⁴ Autor referido por MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Obra. Cit. Pág. 125.

¹⁵ MONROY CABRA, MARCO GERARDO. “Introducción al Derecho”. Décimocuarta edición. TEMIS. BOGOTÁ-COLOMBIA. 2006. PÁG. 251.

¹⁶ Ibidem.

derecho positivo y forma parte esencial del ordenamiento jurídico y puede, por tanto, ser perfectamente determinado mediante el método de la abstracción lógica. Los principios generales más decisivos están expresados en la Constitución y tiene el carácter de normativo obligatorio.

Con lo dicho, podemos afirmar que, la función que tradicionalmente tenían los principios; esto es la de ser supletoria de la ley o de la costumbre como se reseña en el *i*. Art. 18, núm., 7 del Código Civil ecuatoriano, ha cambiado; hoy, los principios sirven para crear, interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico; en consecuencia, los operadores jurídicos para interpretar la norma jurídica deben aplicar los principios que constan en el Código Orgánico de la Función Judicial y, utilizar los métodos de interpretación que constan en el Código Civil para resolver las antinomias jurídicas.

Compartimos con MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN¹⁷ cuando explica que: "...la función que cumple los principios en un ordenamiento jurídico va unida a la idea de una reactualización permanente de los valores que la sociedad comparte. Los principios como inspiradores de un ordenamiento jurídico, sustentadores de ese ordenamiento, actualizan de manera permanente y constante, ese ordenamiento manteniendo su identidad. Ciertamente, esta es una función que puede muy bien conectarse con elementos extrapositivos en el sentido de una adaptación permanente del ordenamiento jurídico a las nuevas necesidades de la sociedad"; en consecuencia, la utilidad de los principios es de naturaleza general y apriorística en parte, pero, con más frecuencia, es moldeable, dúctil, de actualización constante, caminan junto a los hechos sociales ajustándose a sus requerimientos.

La doctrina de la "multifuncionalidad y versatilidad" de los principios, habla que hay que entender al orden jurisdiccional en el que vayan a ser aplicados y a su pertinencia en cada caso concreto.

3.- Los Principios Jurídicos.

Cuando en técnica jurídica hablamos de los presupuestos de hecho, nos referimos a los supuestos previos, a las razones suficientes por las cuales se ha de crear una norma; es decir, se ha de juridificar los valores, requerimientos, que se producen de un hecho social; por ello, decimos que "el fundamento del Derecho ha sido siempre aquello que una población ha considerado valioso". Desde este punto de partida, toda norma jurídica se ha de fundamentar en valores abstractos y absolutos, es decir, en

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA.. Pág. 126

principios generales del derecho verbi grana igualdad, libertad, justicia, seguridad: etc. Y, el resultado de las relaciones que se producen entre la norma válida, creada, con la sociedad; en la búsqueda de la eficacia, se producen los principios jurídicos como son los de jerarquía normativa, presunción de inocencia; de especialidad; y es en razón de ésta diferenciación entre principios generales y principios jurídicos que, no se habla de jerarquía. Se habla de preferencia aplicativa, de ponderación o primacía¹⁸.

GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ reflexionan y dicen: "...desde la idea de que la soberanía residen en el pueblo, parece lógico que el Derecho se fundamente en sus convicciones jurídicas, pues es la comunidad de donde surge todo el poder jurídico¹⁹". Los principios jurídicos, son, valores jurídicos de la sociedad.

Cómo sostenemos que los principios jurídicos se fundamentan en los valores jurídicos que resultan de la relación de la norma con la sociedad: y lo que afirmamos, es admitir algo que sostenemos siempre fue así. No obstante, se ha precisado algo, que la norma no se fundamenta en algo abstracto, ideal o trascendental, sino que tiene origen en la propiedad sociedad que genera hechos sociales; y que, hechos sociales en relación normativa jurídica producen principios que dan nacimiento a leyes abstractas e impersonales. Los principios jurídicos, son, en conclusión valores jurídicos de la sociedad.

Lo jurídico no puede fundamentarse más que en aquello que la sociedad considera valioso, pues el primer principio jurídico nacido de la convicción de nuestra sociedad se expresa en que "la soberanía radica en el pueblo²⁰"; y que esa potestad, se ha de ejercer a través de "órganos del poder público²¹", por lo tanto, sólo cuando el ordenamiento jurídico recoja las convicciones del pueblo soberano se puede considerar legítimo y tener por lo tanto en su aplicación eficacia.

Luego de lo afirmado; podemos coincidir con dos definiciones de principios jurídicos con las cuales coincidimos.

"Los principios jurídicos son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una determinada Comunidad²²".

¹⁸ MONROY CABRA, MARCO GERARDO, Ob. Cit. Pág. 253.

¹⁹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. "Curso de Derecho Administrativo". Duodécima edición. CIVITAS. MADRID-ESPAÑA-2004. Pág. 171.

²⁰ Constitución del Ecuador. Art. 1, inc, 2do.

²¹ *Ibidem*

²² DE CASTRO. F. "Derecho Civil Español". CIVITAS. MADRID-ESPAÑA. 1984. Pág. 420

GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ jurídicos expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituyen como tal las convicciones ético-jurídicas de una sociedad²³.

Podemos concluir, afirmando que, los principios jurídicos constituyen la parte permanente de la norma; pero que a su vez, es cambiante y mutable que determina la evolución jurídica. Son ellos los que permiten la constante actualización del ordenamiento jurídico, haciendo real la interrelación entre el Derecho, la sociedad, lo jurídico y los valores; que permite justificar la existencia organizada. En cuanto a los valores jurídicos, dentro de ésta interrelación, señalaremos que pueden ser o no ser positivizados; pero, siempre serán un referente inexcusable para la elaboración de la norma positiva.

Un principio jurídico con características de universalidad es el denominado *ius cogens* que por disposición del Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es "una norma imperativa de derecho internacional (...) aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter".

Como se podrá evidenciar, no se trata únicamente de una regla que emana de un tratado o convenio, sino de derechos que resultan de la costumbre internacional que resulta de las relaciones contractuales (jurídicas) entre los Estados; constituyendo principios jurídicos que son fundamentales, supra-constitucionales de una institución internacional.

4.- Los Principios Como Mandato de Optimización.

"Los principios según ROBERT ALEXY son normas":²⁴ que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existente. "Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas."²⁵, en tanto que

²³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Ob. Cit. Pág. 172

²⁴ "La palabra norma alude a algo que deba ser o producirse en particular; a que el hombre deba comportarse de determinada manera" ZAGREBELSKY. Obra cit. Pág. 109

²⁵ ALEXY, ROBERT. "Teoría de los derechos fundamentales". CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES. 2da. Edición. MADRID-ESPAÑA. 2008. Pág.68

las reglas sin normas que exigen un cumplimiento pleno y en esa medida, pueden ser siempre cumplidas o incumplidas.

Según ALEXY son "*mandatos de optimización*". La concepción del Maestro alemán nos conduce ineludiblemente a considerar a los "principios" como normas; es decir, reglas de comportamiento que se deben realizar en la mayor medida posible; pero, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; los principios están llamados a desarrollar al máximo los derechos; por ello, son normas fundamentales; como dice RODALD DWORKIN "los principios están por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor²⁶".

Desde el punto de vista práctico al que nos invita DWORKIN podemos decir que los principios son normas ambiguas, generales y abstractas. 1) Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes; no son reglas, son parámetros de comprensión; desde la perspectiva de su creación, diremos que no tiene un presupuesto de hecho; determina obligaciones y promueve varias soluciones; pues un mismo principio, en cada caso concreto, frente a un mismo derecho fundamental, puede tener un comportamiento diferente. 2) El principio es general en razón de que rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados; y por último, 3) Son abstractos, como atracción y como expulsión; como atracción, por llama a varios elementos a que lo conformen y crear entre varios uno; y, es de expulsión, en virtud de que puede servir, iluminar la interpretación de cualquier norma jurídica y de cualquier situación fáctica que carece de concreción. Recapitulado el tema de los principios, podemos ingresar al análisis de los Arts. 10 y 11 de la Carta Fundamental.

El Art. 10 de la Constitución ecuatoriana señala que: "*Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.*

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución".

El concepto positivista sobre el derecho subjetivo se amplía; pues el positivismo tradicional señala que los derechos subjetivos son derechos de carácter personalismo en las relaciones horizontales; desde esta perspectiva, sólo el titular de un derecho tiene acción ante la justicia; el neoconstitucionalismo, cambia ésta realidad y provoca la evolución del derecho subjetivo hacia lo público, teniendo la misma lógica, salvo que la parte denunciada puede ser el Estado. Otra persona puede demandar en nombre de

²⁶ DWORKIN, Ronald. Obra. Cit. Pág. 290

otra con autorización expresa del titular²⁷. La Constitución incorpora una doble dimensión a los derechos humanos; la individual y la colectiva.

El artículo comentado comienza señalando que las personas de forma individual o como parte de un colectivo son titulares de derechos. La norma indica que las comunidades, nombre que la Constitución otorga a los grupos constituidos por personas relacionadas por su pertenencia natural o jurídica; unidas por lazos más profundos que los surgidos por el *appetitus societatis*; recordemos que la comunidad es el resultado de relaciones interpersonales de participación, sea por etnia, lengua, tradición; así, podemos hablar de comunidades educativas, de raza; o de otra especie como los denominados GLBTT (gay, lesbiana, bisexual, travestí, transexual).

Constituyen derechos individuales los que se refieren a la persona de manera inherente e indisoluble, cuyo ejercicio sólo puede ser realizado por el individuo como un acto que se desprende de su fuero interno cuyas consecuencias son responsabilidad de la persona que lo ejecutó. El derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, el derecho al sufragio, el derecho al nombre, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, a tener una familia y no ser separado de ella, a enamorarse, son ejemplos de derechos individuales. El conjunto de los derechos establecidos en los tratados internacionales conforman el bloque de constitucionalidad de los derechos que procuran la mejor calidad de vida de la persona humana.

Los derechos colectivos, de los pueblos, comunidades y nacionalidades son los que están consagrados a éstos grupos humanos y se configuran a partir de la noción de sujeto colectivo. Son derechos que protegen el interés general. Los derechos colectivos se han constituido y desarrollan al ritmo de las concentraciones urbanas, la utilización de los recursos naturales y la manipulación de la ciencia y de las industrias. Estos factores están produciendo derechos y elementos contaminantes que afectan a la integridad física de la colectividad en general y la desvalorización del medio natural de la especie. El derecho al medio ambiente sano, el derecho a la paz, el derecho a la conservación de la integridad genética de la especie, el derecho a la armonía en las relaciones familiares, constituyen ejemplos de los derechos colectivos.

²⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés “Neoconstitucionalismo y derechos colectivos” EDIAR. Pág. 125 BUENOS AIRES-ARGENTINA. 2005.

Como señala el Art. 11. 1 de la Carta Fundamental, los derechos colectivos no excluyen la titularidad del sujeto individual sobre esos derechos, ni la posibilidad de las personas para reivindicarlos. La característica de los derechos colectivos es que al exigir su cumplimiento, sea por una persona o por el grupo, se beneficia necesariamente todo la comunidad; "cuando un sujeto reivindica un derecho colectivo actúa en su interés particular y también en el interés colectivo"²⁸.

5.- Los Principios Como Normas.

Los principios como normas como se vio en la consideración de mandatos de optimización debe procurar la aplicación máxima de los derechos, y esto solo se puede lograr si a los principios de nuestra constitución se los da el valor de norma. Existen autores como MARGARITA BELADIEZ ROJO²⁹ que considera que los principios generales del derecho y los principios jurídicos son y representan lo mismo; para ella son simplemente expresiones diferentes pero que llegan a la misma concepción; es decir, son fuentes del Derecho que expresan valores jurídico- éticos de la comunidad, sobre todo si los analizamos desde el punto de vista del neo-constitucionalismo, en el cual a los principios ya no solo se los tiene como suplentes de normas, sino que también estos van generando normas conforme avanza la jurisprudencia.

El concepto de "principios generales del Derecho" se elabora en el Derecho italiano, aparece por primera vez reconocido en el Código Civil italiano de 1865³⁰. Los principios generales del derecho conforme *señala ESSER*³¹ son metabólicos rigen en toda la existencia; de modo que, los principios tiene un ciclo vital propio al estilo de las otras instituciones del Derecho. Surgen porque la sociedad, en un momento determinado, considera importante valorar ciertas posibilidades entorno al Derecho, y decaen cuando esos valores pierden importancia en la sociedad.

La Constitución es un modelo jurídico-político que es adoptada por los contratantes; esto es, Estado y ciudadanía en expresiones de JULIA VICTORIA MONTAÑO DE

²⁸ GALVIS ORTÍZ, Ligia. "Comprensión de los Derechos Humanos" Pág. 65 4ta Edición. AURORA. BOGOTÁ-COLOMBIA. 2008.

²⁹ BELADIEZ ROJO, MARGARITA, "Los principios jurídicos" TECNOS. MADRID-ESPAÑA. 1997. Pág.130

³⁰ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA. "Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico". TECNOS MADRID-ESPAÑA. 1997. Pág 125.

³¹ Autor referido por MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Obra. Cit. Pág. 125.

CARDONA³² forma de Estado, el sistema de gobierno y ha de precisar el sistema jurisdiccional procesal que adopta el Estado.

Las garantías procesales en la Constitución son el producto de un modelo de Estado, concretamente del Estado Social de Derecho, que ha influenciado en el constitucionalismo moderno que entre otras características tiene la de haber elevado a rango constitucional las garantías procesales y, establecer acciones que garantizan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, lo cual implica un control especial de ellas en el ejercicio de la vigencia de la supremacía de la Constitución y su aplicación directa e inmediata por parte de los operadores de justicia en particular y los servidores públicos y ciudadanos en general.

El Derecho como ciencia social, obedece a la lógica del deber ser, es conducta en interferencia intersubjetiva al decir de COSSIO y se rige por principios; desde esta óptica, el deber ser del derecho es la justicia; la que, se procura a través de la jurisprudencia como ciencia de lo justo y el discernimiento de lo injusto.

RONALD DWOEKING³³ ideó la "Teoría de la responsabilidad política" que solo aquellas decisiones que pueden justificar sobre la base de una teoría general que permita justificar también otras decisiones que se proponen adoptar -a parí, por igual- Ubi Aedes est rallo, Aedes debet esse juris. Donde existe la misma razón, de ser el mismo derecho o a igual petición, igual resolución-.Esto facilita la previsibilidad de las decisiones" judiciales y aporta a la seguridad jurídica de un Estado.

Distingue DWOEKING entre principios que establecen derechos, y políticas que fijan objetivos sociales colectivos. Los jueces deben juzgar según principios y dejar las políticas a los otros poderes del Estado.

ZAGREBELSKY³⁴ dice que "el PASO del Estado legal al Estado constitucional no es solo subir un peldaño en la escalera de las normas, se traía de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho; por lo que hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado legislativo; los jueces en el Estado constitucional son los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la ley, derechos y justicia ".

³² MONTAÑO DE CARDONA, JULIA VICTORIA. "Derecho Constitucional Procesal". LEYER BOGOTÁ-COLOMBIA. 2003. Pág. 83.

³³ DWORKIN, RONALD. "El imperio de la justicia" GEDISA. BARCELONA-ESPAÑA. 2005. Pág. 126 y ss.

³⁴ ZAGREBELSKY. GUSTAVO. Ob. Cit. Pág. 153.

Dentro del Estado constitucional las normas constitucionales reconocen principios de justicia material con lo cual está fuera de duda la preponderancia del derecho por principios DWOEKING ha enarbolado la bandera de los principios, los ha revalorizado al punto que la casuística judicial está orientada según principios, apartándose de las reglas a las que como indica ZAGREBELSKY ³⁵ hay que obedecer: en tanto que a los principios hay que adherirse.

Los principios que integran el modelo procesal garantista son: Supremacía de la constitución, el dispositivo, carga de la prueba, doble instancia, cosa juzgada, juez natural, independencia e imparcialidad del juez, gratuidad en la administración de justicia, intermediación, solución alternativa de conflictos, contradicción, preclusión, publicidad, dignidad de las partes, legalidad, los cuales según el análisis que he realizado deben ser tomadas como normas por los juzgadores.

Conclusión: Los principios, entendidos como origen o como el primer punto de algo, han dejado de ser suplementarios para el derecho, y ahora tienen una aplicación directa, interpretativa, los cuales siempre tendrán que ser constantemente actualizados debido a la actualización de valores de la sociedad. Los principios cumplidos como mandato de optimización deberán ser cumplidos en la medida de las posibilidades jurídicas, se dice que para que los principios puedan ser cumplidos, estos deben ser considerados como normas según la nueva concepción que nos da el neo-constitucionalismo, el cual va creando normas a través de la jurisprudencia.

CAPITULO IV

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA:

1.- El Acceso a la Justicia.

Es una garantía el derecho de acceder a las instancias judiciales; así como también los pasos que continúan (procedimiento) el desarrollo (procedimiento justo). Este tema, nuestra constitución lo consagra como el derecho a la tutela judicial efectiva³⁶, que garantiza que, ninguna persona pueda quedar en indefensión.

³⁵ ZAGREBELSKY. GUSTAVO. Ob. Cit. Pág. 110

³⁶ Art. 75. Const. Ecu.

El acceso a la justicia es un derecho, es libre; pero, no es discrecional, es reglado (debido proceso), condicionado por la ley al cumplimiento de requisitos necesarios que deben cumplir las partes; precautelando la igualdad entre los litigantes.

Para el derecho procesal constitucional, el derecho a la jurisdicción supone privilegiar la actuación del juez en cualquiera de las actividades esenciales que dinamizan su obrar, es decir que, dadas las características que tiene el proceso constitucional, no es posible pensar que se obstruya su intervención sobre la base de normas técnicas o que precisen procedimientos tradicionales (ritualidades) del proceso común ordinario.

Lo comentado hasta ahora hace relación a un "debido proceso", es decir, sustanciar (tramitar) en base a un procedimiento que, en la lucha por obtener el reconocimiento de los derechos, le permita a las partes debatir sin resultar sorprendidas por actos de autoridad de vulneren la posibilidad de llegar a una sentencia justa, motivada pertinente mente sobre el fondo del problema. Es decir, el Estado tiene la obligación de impedir cualquier obstáculo al acceso de a una justicia debida.

Para ser juez, es necesario tener cualidades y condiciones especiales en su personalidad; además, es indispensable partir de la legitimidad del juzgador que ha de nacer de la Constitución y la ley.

Tácticamente, el acceso a la jurisdicción, es el derecho de acceso a los administradores de justicia, los jueces que ha de garantizar a la justiciable protección a su derecho en litigio.

Por lo tanto, las partes tienen derecho a un juicio justo, ante un juez independiente e imparcial, es en consecuencia, una garantía incuestionable de las partes que está implícito en el concepto del derecho a un debido proceso³⁷.

La confianza es, en consecuencia de lo dicho, un aditamento a la garantía, por eso es tan importante tener cubierto el espacio de legitimidad³⁸ procesal. Una justicia confiable reporta aspectos positivos (neutralidad, idoneidad, equidad, justicia, etc.). Es decir, la figura del juez que garantiza a la sociedad la plena vigencia del Estado de Derecho, la tutela constitucionalmente prometida está segura y tiene pacífica

³⁷ Debido proceso, es un concepto abstracto, al igual que los conceptos de Estado o Seguridad Jurídica, etc., Lo abstracto (del latín *abstractio*); es una faceta, una parte de un todo; la independencia, la imparcialidad del Juez, son partes que componen el todo, el debido proceso.

³⁸ Toda resolución que provenga de un operador jurídico, ha de estar debida y pertinentemente motivada para legitimar sus actos. Art. 76.7, lit l). Const. Ecu.

aceptación, que legitima³⁹ al órgano administrador de justicia; es decir, cuando la figura del juez por sí sola garantiza los requerimientos de la sociedad y el Estado de Derecho; esto es, la tutela constitucionalmente prometida está segura y tiene aceptación social (legitimación indirecta). Por lo tanto, cuando el juzgador no responde a los principios fundamentales consagrados en la Constitución; el proceso ya no es debido y el órgano judicial se descalifica.

La imparcialidad y la independencia del juez son nexos imprescindibles para hacer efectiva las garantías. En el ejercicio de la jurisdicción ningún juez puede hallarse comprometido con otros intereses que no sean la recta administración de justicia.

La garantía de la jurisdicción -acceso a la justicia- considera a la libertad de actuación del órgano judicial respecto a otros y también al propio sistema procesal; con el máximo respeto a las garantías de imparcialidad e independencia; ejerciendo el mandato de control de la constitucionalidad y la tutela de los derechos fundamentales evitando que sufran limitaciones absurdas.

2.- La Acción.

Del latín *agare*, que significa hacer, obrar; en el léxico jurídico, indica el derecho de acceso a la justicia, y también señala el modo o la forma legal de ejercer el mismo derecho, solicitando en justicia lo que nos pertenece. Es decir que la acción jurídica es el derecho en ejercicio, el medio legal para hacer valer una petición lícita ante la autoridad competente.

La acción es el derecho a ser oído, de acceso a la justicia, es la puerta de entrada en el proceso. En la teoría general del proceso la legitimación en la causa supone solicitar al que pide una suerte de acreditación de la personalidad y del interés que reclama; es una instancia que permite debatir el acceso al órgano judicial y donde se puede postergar *sine die* la decisión de tener un juez a que resuelva la causa; por lo tanto, estamos frente a la representación del derecho subjetivo y de la afectación que sufre el que pretende.

Las garantías constitucionales, en todo proceso comienza a operar con el primer movimiento que inicia la actividad judicial, en este sentido la acción es, el reclamo a la

³⁹ Legitimación por la calidad, por resultados.

autoridad jurisdiccional, para que actúe según el derecho reclamado en contra del adversario.

El acto de pedir informa, al mismo tiempo, una manifestación típica del derecho constitucional de petición y acceso libre a la justicia. Para obrar así, basta con presentalla demanda, se tenga o no razón, o respaldo normativo alguno; el Estado garantiza el libre acceso.

Por eso, también la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que ésta se cumpla, la acción no sólo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sin toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado; aparece entonces el derecho subjetivo público que dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Sería esto, ni más ni menos, que el deber estatal de garantizar ese derecho a la jurisdicción. En este aspecto, el derecho constitucional procesal es la garantía de acceso a la justicia; por lo que podríamos decir que, no hay acción sin jurisdicción, ni juicio sin acción.

De esta perspectiva, resulta muy interesante observar que la acción es un tema de naturaleza estrictamente procesal-constitucional. No puede elaborarse sobre ella una teoría que abandone alguna de estas facetas. Tanto interesa su función como derecho fundamental, como lo es su medida para la eficacia de los presupuestos que todo proceso exige desde el comienzo; por ejemplo, legitimación, representación.

3.- Tramite Rápido, Sencillo, Eficaz.

Al referirnos a un trámite rápido sencillo y eficaz estamos refiriéndonos a un trámite efectivo, que es lo real y verdadero; es lo contrario a lo dudoso a lo quimérico.

El trámite se debe llevar con objetividad, sin favorecer a nadie, sin inclinarse ante nada ni recibir presiones por nada ni de nadie. La imparcialidad se manifiesta cuando los actos y las actitudes del juzgador son independientes y están revestidos de justicia; son rectos, desapasionados, ecuanímes, equilibrados, neutrales; cuando desechan la parcialización.

Es decir libre de estorbos, su obrar debe ser rápido y ágil; y no lento, ni torpe. Se debe evitar, en consecuencia, los trámites engorrosos, innecesarios e inapropiados, porque,

a la tutela, se le requiere de manera oportuna; en el instante que se la pide; por ello, con justa razón el aforisma "justicia que tarda, no es justicia"; el juzgado debe evitar en toda costa caer en demora debe actuar bajo el principio -periculum in mora-.

La eficacia según en el Diccionario de CCJJ de MANUEL OSSORIO dice: "Consiste en el logro de la conducta prescrita; en la concordancia entre conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden."⁴⁰ Es decir según este concepto lo que buscamos con un trámite eficaz, es que el juzgador aplique a plenitud la tutela jurídica a los ciudadanos de manera que no se les deje en la indefensión⁴¹: la indefensión es la ausencia de defensa; es la situación del que está indefenso; es el negarle a una parte procesal su legítimo derecho a la defensa, a la contradicción, a la prueba, etc.

El trámite constitucional viene por lo menos con los siguientes elementos: uno temporal-periculum in mora- y por un elemento eficacia- restitutio in integrum.

En cuanto al primer elemento se tendrá que considerar que la medida cautelar es idónea no solo para alcanzar la reparación del derecho si no que también lo es en un plazo rápido. Procura garantizar los derechos de los ciudadanos para realzar el valor de la dignidad humana, es por esta razón que la respuesta ante una agresión a un derecho debe ser rápida, porque la violación del derecho debe durar el menor tiempo posible, y como consecuencia de esto el proceso debe ser sencillo.

Sencillo para permitir si reparación inmediata, sin que pueda perdurar la lesión al derecho fundamental, pues la demora puede llegar a convertirse incluso en una violación a un derecho que por la demora es irreparable.

Conclusiones: El derecho de acceso a la justicia es una garantía constitucional, pues nadie puede ser dejado en indefensión. Para el derecho procesal constitucional no admite las ritualidades, al contrario privilegia la actuación del juez.

La acción entendida como la forma legal de ejercer un derecho mediante una solicitud a un Juez, esta es la puesta de entrada al proceso, y con lo cual el juzgador tendrá que actuar conforme a lo solicitado, mediante un trámite rápido sencillo y eficaz.

⁴⁰ Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Eliasta. Pag.354

⁴¹ Art. 75 Const. Ecu.

CAPITULO V

LA MEDIDA CAUTELAR:

1.- Definición de Cautela.

Manuel Ossorio define la palabra Cautela en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales como; “Prevenir, adoptar precauciones, precaver. Este concepto nos servirá en general para entender que la medida cautelar es la mejor forma de proteger de manera temporal los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, a través del Derecho Constitucional, que poco a poco ha ido adaptando las medidas cautelares del Derecho Procesal Civil.

La doctrina del Derecho Civil ha reconocido algunas características para que la medida cautelar sea procedente y oportuna, y dice que la lesión sea precisa, concreta, inminente, grave, cierta, actual, ahora lo que de diferencia del Derecho Constitucional es que en esta rama del derecho esta medida viene a ser preventiva, es decir que no necesariamente la violación del derecho fundamental tiene que ser actual, concreta, cierta, etc, pues ante la amenaza de la violación o situación de desventaja, la medida cautelar constitucional procede de inmediato.

Con claridad podemos observar lo mencionado en párrafo anterior en el Art. 87 de la Constitución ecuatoriana, Art. En el cual se encuentra regulada la Medida Cautelar; Art. 87⁴².- 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.

Calamandrei hace una descripción de las funciones que cumplen las medidas cautelares en el proceso y la importancia de estas para evitar o contrarrestar los perjuicios que la duración del proceso pueden provocar a quien ha planteado la demanda, mismo que en el proceso es conocido como sujeto activo.

“La función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva⁴³. Quiere decir con esto que ante la urgencia de un pronunciamiento necesario por parte del juzgador para evitar la lesión de un derecho fundamental, resulta indispensable el emitir una medida cautelar, ya que, si el proceso

⁴² Constitución ecuatoriana.

⁴³ Priori Posada Giovanni F., La Tutela Cautelar, ARA editores, Pag. 27.

ordinario seria igual de directo y eficaz que las medidas cautelares, no habría razón para la subsistencia de estas en el mundo jurídico.

Las vías judiciales ordinarias no son aptas para proteger la vulneración de derechos fundamentales, pues cuando el legislador pensó en ellas quiso proteger el rango legal o administrativo, y si bien protegen también derechos subjetivos, en ningún caso podrá igualar la protección eficaz e inmediata que brinda la medida cautelar, pues esta llega a la protección del derecho sin los tramites del complicado procedimiento ordinario, ya que estas medidas no pueden tener trabas de ninguna especie.

Calamandrei también dice: “Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario.”⁴⁴ Y termina diciendo, “en un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en el que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares.”⁴⁵

Es así que la vía ordinaria debería brindar igual protección que la que se ha de obtener con la medida cautelar, pues lo trascendental de la providencia cautelar es evitar que se produzcan daños derivados de la duración del proceso.

Se sostiene la necesidad de existir una tutela jurisdiccional por parte del Estado, en todos los casos en los que los principios generales, entendidos estos principios como todos aquellos derechos reconocidos en tratados internacionales y por nuestra constitución, no se han realizado espontáneamente por quienes tienen la obligación de respetarlos o en los que los intereses se encuentran en situaciones de desventaja y no han encontrado satisfacción, actuando por ello la tutela jurídica. Refiriéndose a la tutela jurídica Giovanni Priori Posada manifiesta que existe una tutela jurídica diferenciada y las clasifica de tres maneras, la primera tutela cognitiva, la segunda tutela ejecutiva y la tercera tutela cautelar.

⁴⁴ Ibídem.

⁴⁵ Ibídem.

“Tutela Cognitiva; consiste en determinar la existencia de la situación jurídica, su lesión e individualizar los efectos jurídicos necesarios para eliminar dicha lesión. Para ello, se debe llevar a cabo un proceso lo suficientemente largo como para que las partes convenzan al juez acerca de la existencia o no de la situación jurídica cuya protección se reclama.

Tutela Ejecutiva; es la realización de determinada conducta, mediando la intervención jurisdiccional, con la cual se lograra la efectiva protección de la situación jurídica de ventaja.

Tutela Cautelar; es evitar que la duración del proceso que el demandante se ve en la obligación de iniciar para obtener la protección de la situación jurídica de ventaja, termine por convertir en irreparable la lesión que ella sufre; o, hacerla más gravosa.”⁴⁶

Rubén Hernández Valle, dice que el proceso cautelar tiene características esenciales, como provisorios, variabilidad, instrumental y funcionalidad, y las ha definido a cada una de la siguiente manera:

“Provisorios; es decir permanecen hasta que se dicte el fallo definitivo:

Variabilidad; puede ser modificado en la medida en que el cambio de circunstancias así lo aconsejare:

Instrumental; está subordinado a la expedición de la resolución final, o sea que opera como instrumento para evitar el peligro que pueda generar el retraso en el dictado de la sentencia. El proceso cautelar no es un fin en sí mismo:

Funcionalidad; la medida cautelar debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se protege. Por ello las medidas cautelares no pueden ser taxativas en los procesos constitucionales, sino que más bien deben ser “numerus apertus” a fin de que cumpla la función de tutela efectiva en el caso concreto”⁴⁷

Es importante que analicemos la importante función como figura jurídica que llega a cumplir la medida cautelar dentro de la Constitución actual a diferencia de la Constitución ecuatoriana del año 98; importancia que radica, en el papel complementario de las distintas acciones que cumple para proteger un derecho de manera preventiva, importancia que la hace notar al analizar la diferencia entre la

⁴⁶ Priori Posada Giovanni F. La Tutela Cautelar. ARA editores, Pag. 33, 34.

⁴⁷ Hernández Valle Rubén. Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional. Jurista Editores. Pag. 300.

Acción de Amparo que se tenía en la Constitución de 1998 y la Acción de Protección, que es con la que se cuenta en la actualidad.

En el Art. 46 de la Constitución ecuatoriana de 1998, encontramos la Acción de Amparo que dice: “El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los recursos consagrados en la Constitución y consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente del acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a mas de grave e irreparable, y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos.

También podrá ser objeto de amparo la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar los efectos señalados en el inciso anterior.”⁴⁸

Nuestra Constitución actual en su Art. 88 define el objeto de la acción de protección y dice: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa con delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”⁴⁹

En principio diríamos que estos dos artículos antes citados persiguen los mismos objetivos tutelares, pero existe una diferencia trascendental entre la acción de amparo y la acción de protección y esta diferencia está en los tiempos en las que pueden ser planteadas, si nos fijamos el recurso de amparo dice; “frente a cualquier atentado proveniente del acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente”, como vemos esta acción tiene el carácter de preventiva, a mas de poder ser planteada cuando el derecho ha sido ya violado. Mientras que, la acción de protección carece de esta característica preventiva pues dice, “podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales”, es decir solo puede ser planteada una vez vulnerado el derecho, esta es una acción meramente reparatoria.

⁴⁸ Constitución ecuatoriana de 1998

⁴⁹ Constitución ecuatoriana vigente.

Hecha la diferenciación entre una y otra acción, podemos dilucidar a que se debe la importancia de la medida cautelar, ya que está cumpliendo con ese vacío que deja la acción de protección, cumpliendo la medida cautelar el rol preventivo de vulneración de derechos que se perdió al eliminar la acción de amparo.

2.- Requisitos de la Tutela Cautelar Independiente.

Se considera que para que operen las medidas cautelares es necesario que concurran ciertos elementos objetivos como; El Peligro de Demora-Periculum In Mora. Fundamento de Derecho-Fumus Boni Iuris. Inmediatez-Prima Facie. Lesión a un Derecho No General.

2.1.- El Peligro de Demora- Periculum In Mora.

Se refiere al peligro que implica la tardanza de la resolución principal u ordinaria y el daño que provoca como consecuencia del retraso.

Así también el juez deberá valorar que daño o peligro que se alega sea precisa, concreta, inminente, grave, cierta, pero ya no actual como vimos que lo hacia el Derecho Civil, pues con facilidad podría tratarse de un caso en el que el objetivo de la medida cautelar vaya dirigida a precautelar, prevenir un daño. Es por esto que los daños deben ser de difícil o imposible reparación, irreversibles, ya que los de fácil reparación no pueden servir para estas medidas preventivas.

Como sabemos el proceso lleva tiempo, y el tiempo que toma el proceso se convierte en su mayor amenaza, y puede constituir la más grave lesión, la presencia de la demora en el proceso es lo que justifica la existencia de la medida cautelar, Calamandrei dice, “el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares”.

“En este sentido, el peligro en la demora es el temor de que la necesaria demora del proceso genere que la sentencia a dictarse en el no sea efectiva”

“De esta manera, el peligro de demora configura el interés para obrar necesario para obtener del órgano jurisdiccional el dictado de una medida cautelar. En efecto, el interés para obrar es el instituto procesal que permite establecer si la providencia jurisdiccional que se está solicitando es útil”⁵⁰.

Algo que hay que analizar es si la parte que solicita la medidas cautelares, no cuenta con otras medidas de protección en la justicia ordinaria con las que podría evitar el

⁵⁰ Priori Posada Giovanni F. Tutela Cautelar. ARA editores. Pag. 37.

daño que alega, o también puede darse el caso de que existiendo otros medios de protección, no puedan ser ejercidos, o si ejerciéndolos, no dan una protección eficaz de tal manera que no cumplan con su papel de protección. Ya que si siempre existieran medidas de protección dentro de la justicia ordinaria la medida cautelar perdería la razón de su existencia.

El peligro de demora está configurado por ese posible daño jurídico ocasionado por el retardo de la providencia judicial, por eso la base de la medida cautelar es el *periculum in mora*, es por eso que es preciso que el Juez analice si en el caso concreto existe un riesgo de que con la duración del proceso la sentencia sea ineficaz.

2.2.- Fundamento de Derecho- *Fumus Boni Iuris*.

El principio *Fumus Boni Iuris* se refiere a la seriedad de debe existir al plantear las medidas cautelares al Juez, es decir la posibilidad razonable de que se declare con lugar la demanda, estas medidas no son ni deben ser utilizados como un mecanismo ordinario de protección, sino más bien de manera excepcional. Sin embargo no es posible exigirle al Juez que realice un exhaustivo examen de las pretensiones de quien ha planteado la acción, debido a la rapidez con la que deben ser aplicadas las medidas cautelares.

Por esta razón se debe intentar justificar en su totalidad la acción, dentro del primer planteamiento de la demanda, es decir tratar de justificar mi derecho y el porqué sufre la amenaza o violación este derecho, si se intentaría explicar al juzgador por completo las motivaciones del Actor para solicitar las medidas, tendríamos que regresar a un proceso ordinario. García de Enterría manifiesta; “en una justificación inicial de la pretensión ejercida, precisamente. La justificación o seriedad de la impugnación podrá ser todo lo amplia que el demandante quiera, pero no una justificación plena e incuestionable, porque esta solo podrá resultar del desarrollo de la totalidad del proceso y de la sentencia final. Hay aquí, indudablemente, una cierta zona de incertidumbre.”⁵¹

Se sostiene que también que el *fumus boni iuris*, no necesariamente se refiere al éxito que va a tener la demanda, sino más bien, a la valoración rápida, válida y sin que se hayan justificado por completo las razones de su planteamiento.

⁵¹ Hernández Valle Rubén. Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional. Jurista Editores. Pag. 301.

2.3.- Inmediatez- Prima Facie

Por lo general las medidas cautelares son dictadas instantáneamente, a primera vista (prima facie), es decir de inmediato luego de haber sido presentada para su proceso ante el Juez este sin mayor análisis ni proceso alguno, tiene que dictar las medidas cautelares necesarias para que se deje de violar un derecho o se evite su violación.

La motivación para que el Juez proceda de la manera antes indicada está en que si existe demora al momento de dictar las medidas cautelares, puede ser que esta demora cause que el daño que se pretendía evitar o hacer cesar se vuelva irreversible, quedando de esta manera este instrumento constitucional como una acción obsoleta, sin mayor utilidad.

2.4.- Lesión a un Derecho No General.

El Juez deberá rechazar la medida cautelar planteada, cuando su imposición cause o amenace causar daño o perjuicio ciertos e inminentes a los intereses públicos, y que de hecho deben ser daños mayores que los que la no aceptación de la acción causaría al sujeto activo de la medida cautelar planteada.

3.- Tramite.

Las medidas cautelares pueden ser dictadas en dos etapas diferentes del proceso, esto es prima-facie y durante la tramitación.

Prima-facie, inmediatamente es propuesta la acción el juez tendrá que resolver concomitantemente con el auto que abre el procedimiento para evitar se continúe con la lesión al derecho o para evitar que se produzca el daño al derecho. Y durante el proceso; cuando en el transcurso del procedimiento común, sea este civil, penal, mercantil o en la misma vía constitucional, nace la necesidad de proteger un derecho; sin importar el estado de la causa del operador de justicia de oficio o a petición de parte puede el juez decretar la tutela. En el caso de la medida cautelar planteada de manera independiente el principio prima facie debe ser aplicado por el Juez de manera inmediata cuando este ha calificado la medida por cumplir con todos los requisitos establecidos en la Ley, es decir dispone las medidas cautelares conjuntamente con la calificación de este recurso planteado.

Carnelutti, realizó una división de las medidas cautelares, la cual se mantiene hasta la fecha, y nos dice que las medidas cautelares son Inhibitorias, restitutorias y anticipatorias.

Inhibitorias: son las que el Juez impide el cambio de probable de una situación.

Restitutorias: La medida cautelar restitutoria es aquella en que el Juez elimina el cambio ya ocurrido en una situación, disponiendo su restitución.

Anticipatorias: esta modalidad de medida cautelar se produce cuando el Juez anticipa el cambio probable o posible de la situación.

Por su naturaleza de provisorias, las medidas cautelares están sujetas tanto a ser modificadas como revocadas durante el procedimiento constitucional respectivo. Esto mientras no se haya dictado la resolución definitiva, el juez constitucional puede modificar o revocar las medidas cautelares que haya dictado, siempre que ocurra un hecho sobreviniente que le sirva de fundamento. Los hechos sobrevinientes, pueden también, hacer que el Juez acepte una medida que inicialmente le fue negada al actor.

Una característica de las medidas cautelares es que carecen de formalidades, no necesariamente requieren ser presentadas por escrito y en principio de prueba puede ser cualquier elemento que aunque no constituyendo prueba plena, lleve a la creencia racional de la certeza de lo que se alega; se imponen sin audiencia previa a la contraparte.

A continuación transcribo los artículos que regulan el proceso de la medida cautelar, los cuales se encuentran en 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.”⁵²

“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 hubiese 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

⁵² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

cautelar. En caso de que se presente la petición oralmente, se realizará sorteo solo con la identificación personal.

La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, 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 admisibilidad de la acción. El requerimiento se tramitará de conformidad con lo dispuesto en la ley.

El peticionario deberá declarar si ha interpuesto otra medida cautelar por el mismo hecho.”⁵³

Art. 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 extinguirán pruebas para ordenar esas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas.

La jueza o juez admitirá o negará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación.

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 las medidas que estén al alcance de la jueza o juez, tales como llamadas telefónicas, envíos de fax, o visitas inmediatas al lugar de los hechos.

“Art.34.- Delegación.- La jueza o juez tienen 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.”⁵⁴

“Art.35.- Revocatoria.- La revocatoria de medidas cautelares procederá solo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayas cesado los requisitos

⁵³ ibídem

⁵⁴ Ibídem

previstos en esta ley o se demuestre que no ha tenido fundamento. En éste último caso, la persona o institución contra la que se dictó la medida, podrá defenderse y presentar los hechos y argumentos que sustenten la revocatoria de la medida cautelar. Para que proceda la revocatoria, la institución o persona a quién se haya delegado a las partes deberán informar a la jueza o juez sobre la ejecución de las medidas.”⁵⁵

Cuando la jueza o juez considere que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, que podrá ser apelado en el término de tres días.”⁵⁶

“Art. 36.- Audiencia.- De manera excepcional y de considerarlo necesario, la jueza o juez podrá convocar a los involucrados a una audiencia para ordenar las medidas, modificarlas, supervisarlas o revocarlas”⁵⁷.

“Art. 37.- Prohibición.- No se podrá interponer una medida cautelar contra otra medida cautelar por el mismo hecho violatorio o amenaza a los derechos.”⁵⁸

Art. 38.- Revisión de Providencias.- La jueza o juez deberá enviar, mediante informe sumario o auto, las medidas cautelares aceptadas o negadas a la Corte Constitucional para su eventual selección y revisión”⁵⁹.

3.1.- Proceso Sin Partes- Inaudita Pars.

El carácter de inaudita pars de la medida cautelar es la lógica consecuencia de la necesidad de mantener el valor de la eficacia que se vería seriamente afectada si se cumpliera con dicho trámite, lo cual podría llevar a la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Consecuentemente el límite para conceder una medida cautelar sería que ella genere efectos irreversibles, es decir, que pese a su carácter provisional anticipe los efectos de la decisión final de manera tal que no puedan ser alterados en sentencia. Es decir que la medida cautelar resuelva de manera favorable la pretensión sin antes haber escuchado a la otra parte.

⁵⁵ Ibídem

⁵⁶ Ibídem.

⁵⁷ Ibídem.

⁵⁸ Ibídem.

⁵⁹ Ibídem.

4.- Contenido de la Resolución.

El contenido de las resoluciones de los Jueces de Garantías Constitucionales, tiene que, en primer lugar estar dirigidas a hacer cumplir el contenido de nuestra Carta Magna, la cual ha sido redactada por el legislador y aprobada por su pueblo para regular la vida de una sociedad, y no se trata simplemente de hacer cumplir un Código Civil o Procesal Civil etc. debido a que la vigencia y respeto de esta Carta es más importante, pues si la Constitución que es la base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no es respetada, se está lesionando a todo el resto del ordenamiento jurídico.

Debemos anotar también, que las resoluciones constitucionales tienen la característica de no dirigirse a satisfacer exclusivamente un interés privado o en beneficio de un grupo, si no que su objetivo es tutelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada, dejando así sentados precedentes bajo los cuales cualquier ciudadano que se encuentre en la misma situación de un caso ya antes resuelto por los Jueces de Garantías Constitucionales, puede este ciudadano afectado basarse en este precedente para tutelar su derecho.

Ahora vale la pena analizar que en la mayoría de sentencias no se presenta mayor problema en cuanto a su ejecución, cuando estas tratan de la inconstitucionalidad de una norma determinada, pero existen otras que causan graves problemas de ejecución, como en los casos en que se le manda a una institución pública a pagar un cierta cantidad de dinero, y esta carece de los recursos para cumplir esa resolución, corriendo el riesgo su titular hasta de ser destituido de su cargo por incumplir una resolución constitucional

5.- Conclusiones.

La tutela judicial efectiva; conforme lo he demostrado en el desarrollo de esta tesis; no es solo el ingreso al Órgano de Administración de Justicia; constituye una garantía de protección, a la que debemos agregar las medidas cautelares que tienen efectos preventivos; es decir, evitar que se consume la agresión a un derecho de carácter fundamental.

La medida cautelar es una respuesta rápida (*periculum in mora*) que el Juez de Garantías expresa cuando de manera clara (*fumus Boni Iuris*) observa que un derecho fundamental está en riesgo de ser lesionado; por lo tanto constituyen un mecanismo, como un escudo protector que tiene la persona para evitar se pueda consumir la

violación a un derecho; y al ser preventiva la medida cautelar constituye un complemento necesario de las garantías reparatorias de derechos. (Acción de Protección, Habeas Data, Habeas Corpus, etc.)

6.- Recomendaciones.

No comparto el hecho de que la medida cautelar este excluida en las acciones extraordinarias de protección; puesto que, estas acciones se presentan contra autos o sentencias que lesionen el debido proceso; por lo tanto una medida cautelar incorporada a esta garantía significaría evitar que se consuma el daño a un derecho de carácter fundamental.

Considero que la Corte Constitucional a través de los precedentes debería regular razonablemente límites a las medidas cautelares sobre todo en tratándose de choque entre derechos individuales y los de interés público.

BIBLIOGRAFIA:

Fleiner Thomas derechos Humanos, editorial Temi.

Palomino Manchego José F., Tomo II, Derecho Procesal Constitucional Peruano, Editorial Jurídica Grijley.

Ramiro Avila Santamaria, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano. INREDH.

Palomino Manchego José F, Derecho Procesal Constitucional Peruano,. Editorial Juridica Grijley.

Ferrajoli Luigi, Democracia y Garantismo, Edicion de Miguel Carbonel, Editorial Trotta.

Rubén Hernandez Valle, Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional, Jurista Editores.

Ávila Santamaría Ramiro, Desafíos Constitucionales, editado por el Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia.

PEREZ VIEDA, GUSTAVO. “Lógica. Para estudiantes de derecho” . EDICIONES DOCTRINA Y LEY BOGOTÁ-COLOMBIA.

BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA. “Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico”. TECNOS MADRID-ESPAÑA. 1997.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO. “Introducción al Derecho”. Décimocuarta edición. TEMIS. BOGOTÁ-COLOMBIA. 2006.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Duodécima edición. CIVITAS. MADRID-ESPAÑA-2004.

DE CASTRO. F. “Derecho Civil Español”. CIVITAS. MADRID-ESPAÑA. 1984.

ALEXY, ROBERT. “Teoría de los derechos fundamentales”. CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES. 2da. Edición. MADRID-ESPAÑA. 2008.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés “ Neoconstitucionalismo y derechos colectivos” EDIAR. Pág. 125 BUENOS AIRES-ARGENTINA. 2005.

GALVIS ORTÍZ, Ligia. “Comprensión de los Derechos Humanos” Pág. 65 4ta Edición. AURORA. BOGOTÁ-COLOMBIA. 2008.

BEL MONTAÑO DE CARDONA, JULIA VICTORIA. “Derecho Constitucional Procesal”. LEYER BOGOTÁ-COLOMBIA. 2003.

ADIEZ ROJO, MARGARITA, “Los principios jurídicos” TECNOS. MADRID-ESPAÑA. 1997.

DWORKIN, RONALD. “El imperio de la justicia” GEDISA. BARCELONA-ESPAÑA. 2005.

Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Eliasta.

Priori Posada Giovanni F., La Tutela Cautelar, ARA editores.

Hernández Valle Rubén. Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional. Jurista Editores.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Constitución ecuatoriana 2008.

Constitución ecuatoriana 1998.