



Universidad de Cuenca

**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas
Escuela de Derecho**

“LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ECUADOR”

**Monografía previa a la obtención del
Título de Abogada de los Tribunales
de Justicia de la República del
Ecuador y Licenciada en Ciencias
Políticas y Sociales.**

Autora: MARÍA EMILIA CISNEROS JERVES

Director: DR. FREDDI HUMBERTO MULLA ÁVILA

**Cuenca, Ecuador
Diciembre 2014**

Autora: María Emilia Cisneros Jerves



RESUMEN

En la presente monografía se analiza “Las medidas cautelares en el Ecuador”, como una herramienta de protección de derechos humanos, que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución de la República.

Se estudia las Garantías Jurisdiccionales dentro de la legislación ecuatoriana, analizando la justificación interna y externa de la acción de medidas cautelares y el objeto de las mismas en el Ecuador.

Se hace un estudio de las Características de las medidas cautelares, enfocándose en el tema de las medidas cautelares en el derecho constitucional ecuatoriano, y las medidas cautelares en la Constitución del 2008.

Se analiza la Justificación de la medida cautelar, analizando sus características, requisitos para su presentación, la presentación conjunta de la acción de protección y medidas cautelares, y por último la admisibilidad de la acción de medida cautelar.

Se estudia el Trámite de la acción de medida cautelar, y se hace un análisis acerca de la Inadmisión, Admisión, Negativa y Concesión de las medidas cautelares. Y también se estudia acerca del Contenido de las medidas cautelares adoptadas por el juez, su Efecto Jurídico y la Revocatoria de la medida cautelar por parte del actor o del demandado.

Se hace referencia a las Consideraciones de la Corte Constitucional Ecuatoriana. Por ultimo un análisis acerca de los recursos de impugnación y apelación. Terminado con las respectivas conclusiones.

Palabras Claves: Medidas Cautelares, Garantías Jurisdiccionales, Constitución, Derechos Constitucionales.



ABSTRACT

Precautionary measures in Ecuador are analyzed in this monograph as a tool for the protection of human rights, which are acknowledged in the Constitution of our republic.

Jurisdictional guarantees are studied within Ecuadorean legislation, analyzing the internal and external justification for the action of precautionary measures, and the reason for these in Ecuador.

A study of the characteristics of precautionary measures is undertaken, focusing on them within Ecuadorean constitutional laws, and the precautionary measures in the Constitution of 2008.

The justification for the precautionary measure is analyzed, studying its characteristics, requisites for its presentation, the conjoint presentation of the protection action and precautionary measures, and finally, the admissibility of the action of precautionary measure.

The legal steps for the precautionary measure action are studied, and an analysis regarding admission, inadmissibility, denial and concession of precautionary measures is made. The content of precautionary measures adopted by a judge is also studied, as well as their Judicial Effect and the Revocation of the precautionary measure by the actor or the demanded.

Reference is made to the Considerations of the Constitutional Court of Ecuador. Finally, an analysis of the challenge and appeal resources is made, ending with the respective conclusions.

Key words: Precautionary measures, jurisdictional guarantees, Constitution, constitutional rights.



ÍNDICE DE CONTENIDOS

PORTEADA	i
RESUMEN	2
ABSTRACT	3
CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR	6
CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTOS	9
INTRODUCCION	10
CAPITULO I	12
LAS GARANTIAS JURISDICCIONALES	12
SECCION I.- LAS GARANTIAS JURISDICCIONALES EN LA LEGISLACION ECUATORIANA	12
SECCION II.- JUSTIFICACION INTERNA Y EXTERNA DE LA ACCION DE MEDIDAS CAUTELARES	14
SECCION III.- OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ECUADOR	16
CAPITULO II	19
CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	19
SECCION I.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO	19
1.- La acción de amparo constitucional como antecedente de las medidas cautelares:	19
2.- Naturaleza y concepto de las medidas cautelares:	21
SECCION II.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA CONSTITUCION DEL 2008	22
CAPITULO III	26
JUSTIFICACION DE LA MEDIDA CAUTELAR	26
SECCION I.- CONCEPCION DE LA MEDIDA CAUTELAR	26
SECCION II.- CARACTERISTICAS DE LA ACCION	27
SECCION III.- REQUISITOS PARA SU PRESENTACION	30
PRESENTACION CONJUNTA DE LA ACCION DE	30



PROTECCION Y MEDIDAS CAUTELARES.....	30
SECCION IV.- ADMISIBILIDAD DE LA ACCION DE MEDIDA CAUTELAR	33
CAPITULO IV	34
TRAMITE DE LA ACCION DE MEDIDA CAUTELAR	34
SECCION I.- INADMISION: ACEPTACIÓN Y NEGACION DE LA ACCION DE MEDIDA CAUTELAR	34
SECCION II.- ADMISION E IMPROCEDENCIA CAUSALES	36
SECCION III.- LA NEGATIVA DE LA MEDIDA CAUTELAR (DOBLE CONFORME).....	38
SECCION IV.- CONCESION DE LA MEDIDA CAUTELAR	39
SECCION V.- CONTENIDO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL JUEZ.	40
SECCION VI.- EFECTO JURIDICO DE LAS MEDIDAS.....	43
SECCION VII.- REVOCATORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR, POR PARTE DEL ACTOR Y DEL DEMANDADO	44
CAPITULO V	46
CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	46
CAPITULO VI	50
IMPUGNACION-APELACION	50
IMPUGNACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.....	50
PRINCIPIOS QUE REGULAN LA IMPUGNACION	51
MEDIOS DE IMPUGNACION DENTRO DE UNA MISMA INSTANCIA	52
MEDIOS DE IMPUGNACION ANTE OTRA INSTANCIA.....	53
EL RECURSO DE APELACION	53
TRAMITE DEL RECURSO DE APELACION	54
- EFECTOS DEL RECURSO DE APELACION.....	54
CAPITULO VII	55
CONCLUSIONES.....	55
BIBLIOGRAFIA	58



CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, María Emilia Cisneros Jerves, autora de la tesis “Las Medidas Cautelares en el Ecuador”, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al artículo 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicaría afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Diciembre 2014



María Emilia Cisneros Jerves
C.I.: 0104977756



CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Yo, María Emilia Cisneros Jerves, autora de la tesis “Las Medidas Cautelares en el Ecuador”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Diciembre 2014



María Emilia Cisneros Jerves
C.I.: 0104977756



DEDICATORIA

A Dios quien es la fuente de sabiduría de mí día a día.

A mis amados padres Felipe y Susana, quienes me han dado raíces pero también alas. Siempre han sido un soporte y el pilar fundamental de mi vida, mi más grande ejemplo, inspiración y bendición. Mi adorado hermano Felipe quien siempre ha sido y será mi compañero, amigo y confidente. Mi Abuelita Josefina quien ha sido un ejemplo de fuerza y fe, demostrando que no hay que quebrantarse y siempre seguir adelante



AGRADECIMIENTOS

Esta monografía no hubiera sido posible realizarla sin la invaluable ayuda y consejos de mi director el Doctor Freddi Humberto Mulla Ávila, a quien agradezco profundamente su desinteresada ayuda, de igual manera a mis profesores quienes supieron facilitar los medios para adquirir los conocimientos y la formación profesional. A la facultad de Jurisprudencia por su organización y empeño y a la Universidad de Cuenca alma mater, en cuyo seno se forja las bases del desarrollo del País.



INTRODUCCION

Después del 2008 con la entrada en vigencia de la constitución, en Ecuador surge una nueva etapa en materia de derechos fundamentales, que ha permitido una mayor accesibilidad de las personas al aparato judicial y especialmente en la entidad que tiene el deber de salvaguardar los intereses y la supremacía de la constitución como es la Corte Constitucional del Ecuador, quien ha tenido en sus manos el poder de dirigir los temas de mayor trascendencia de la convivencia de sus conciudadanos, como reconocer y garantizar la efectiva protección estatal en temas tan delicados como son: la pluralidad, la igualdad, la salud y la vida entre otros derechos denominados fundamentales, con esta constitución la nación ha sufrido grandes transformaciones que nos ha permitido evolucionar con una visión globalizada del desarrollo del individuo como tal, para garantizar su efectividad en lo establecido en la constitución, los jueces se han valido de instrumentos tan importantes como los convenios y tratados internacionales, entre otros, todos ellos válidos para la aplicación de la justicia por parte de los operadores judiciales.

Para conocer el alcance que tiene en nuestro país el poder constitucional, debemos hablar sobre el bloque de constitucionalidad, que a nuestro entender se basa en la doctrina utilizada para la interpretación constitucional, ya no solamente basándose en el texto de la Constitución, sino en otros elementos jurídicos, que en un momento dado nuestra carta política formal no contempla claramente y/o taxativamente, además teniendo en cuenta que hemos adquirido obligaciones de carácter internacional y que no debemos desconocer a la hora de impartir justicia. Todo ello nos permite tener una visión más amplia de los derechos que hemos adquirido como ciudadanos ecuatorianos, entre ellos la garantía Constitucional de las “Medidas Cautelares”, y así dentro del capítulo denominado “Garantías Jurisdiccionales”, nacen nuevas medidas de protección para los ciudadanos, para que de esta manera impere el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución de la República, una de estas garantías, es precisamente el objeto de estudio y análisis de la presente monografía, la acción de “Medida Cautelar”, la cual sin duda contiene ciertas características interesantes para su estudio, relacionados principalmente con su aplicación, requisitos, elementos, admisión, procedimiento, la concesión de la medida y sus efectos jurídicos, el doble conforme ante la negativa de la medida, la revocabilidad solicitada por las partes y sus efectos .



La aplicación de las medidas cautelares en el Ecuador, incorporadas en la *Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre del 2009, han generado ciertas dificultades en su aplicación, las cuales se han suscitado por la deficiente regulación con precisión el instituto de las medidas cautelares, que han llevado a que existan sentencias y procedimientos alegados de la intención del legislador al crear las normas, este trabajo busca en medida de lo posible, determinar el alcance general de las medidas cautelares en el Ecuador, determina el alcance normativo de esta institución, y las consecuencias de la concesión de las medidas en el Ecuador. Por tanto, en vista de la importancia que reviste la figura legal de la medida cautelar constitucional proceden las reflexiones expuestas en la presente Monografía, que contribuya al desarrollo de esta garantía.



CAPITULO I

LAS GARANTIAS JURISDICCIONALES

SECCION I.- LAS GARANTIAS JURISDICCIONALES EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

El grave problema que enfrentan los derechos humanos es precisamente el de protegerlos; “El problema real que se nos presenta es el de las medidas pensadas y pensables para su efectiva protección”¹ Bobbio, 1982.

De esta manera es necesario destacar la importancia de reconocer y defender los derechos fundamentales reconocidos en la constitución para que estos no se conviertan en meros enunciados, sin embargo en la actualidad no es suficiente reconocer los derechos de las personas. El problema más serio es determinar cuáles son los instrumentos para potenciar su protección. En este sentido nuestra constitución ha considerado necesario establecer medios para la protección de nuestros derechos fundamentales, a través de las llamadas Garantías Jurisdiccionales.

Al hablar de Garantías Jurisdiccionales en nuestro país considero importante primero hablar que significa una garantía, y como esta palabra debe ser entendida, si bien no por todos los ecuatorianos pero si por las personas que van a satisfacer las mismas.

Por este motivo la definición más acorde que he encontrado es la del argentino César Enrique Romero, escritor del “Manual de la Constitución Argentina”, quien manifiesta: “*Las Garantías son todas aquellas seguridades y promesas que ofrece la constitución al pueblo argentino, y a todos los hombres, de que sus derechos han de ser sostenidos y defendidos por las autoridades y por el pueblo mismo; y se consignan ya porque son inherentes a toda sociedad de hombres libres e iguales, ya porque se ha querido reparar errores o abusos del pasado*”. Entonces de acuerdo a esta definición podemos decir en términos más sencillos que, las

¹ BOBBIO Norberto, «Presente y provenir de los derechos humanos», Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, Nº1, 1982, p.20.



garantías son los medios, la seguridad que la constitución nos otorga para la efectiva protección de los derechos que se encuentran reconocidos en la misma.

Consecuentemente las garantías jurisdiccionales, constituyen herramientas que se convierten en elementos fundamentales para la protección de los derechos humanos, derechos que se encuentran reconocidos y garantizados por nuestra carta magna. Su función es la de asegurar el respeto de los mismos, exige tomar en consideración que buena parte de las violaciones a estos derechos afectan a la seguridad jurídica que como estado poseemos.

Hoy en día de acuerdo a lo que manifiesta nuestra Constitución todos los jueces ordinarios son jueces constitucionales por lo que ejercen jurisdicción constitucional de dos formas:

a) Al conocer de demandas presentadas por cualquier persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad en ejercicio de las garantías jurisdiccionales (así lo establece el artículo 86 de la Constitución); y,

b) Al momento de suspender la tramitación de una causa por considerar que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos (Art. 428 de la Constitución). Adicionalmente, al tener la Constitución un carácter normativo y por ende de aplicación directa y eficaz, le es imperativo al Juez ordinario en el ámbito especializado de su competencia, usar transversalmente la Constitución en la resolución de las causas puestas a su conocimiento. De todo esto, se desprenden las siguientes implicaciones básicas para los jueces ordinarios en su función de control constitucional:

- Conocer la Constitución y el constitucionalismo: esto significa que al juez ya no le corresponde tan solo conocer las leyes relacionadas con el ámbito de su especialidad, sino que cada caso concreto debe ser revisado con la óptica constitucional. Es decir que los juzgadores deben ejercitar una interpretación constitucional directa a cada caso. Por lo que considero que debería haber una mayor concientización en el aspecto de que los jueces deben estar más preparados y capacitados para resolver cada uno de los casos que lleguen a su conocimiento, y se realice una verdadera administración de justicia.

- Todos los jueces son competentes para conocer acciones sobre garantías jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales. Así lo establece el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. En consecuencia las sentencias que se dicten, van a generar en primer lugar un



efecto subjetivo (directo y vinculante para las partes) y también un efecto objetivo (a favor del desarrollo del derecho, como precedente en razón de los principios que se aplicaron).

- La aplicación es de PRINCIPIOS más que de REGLAS. Ya que la Constitución se ha convertido en un instrumento de aplicación directa y eficaz.

En Ecuador, en la Constituyente de Montecristi, se desarrolló especialmente las llamadas garantías jurisdiccionales, es decir las acciones jurídicas ante los jueces para reclamar por la violación de los derechos. Entre esas acciones vale mencionar la acción de protección, el Hábeas Corpus y el Hábeas Data.

La Constitución del 2008 mantiene estas garantías e incorpora otras como el acceso a la información pública (art. 91: *“La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna...”*) y la acción de cumplimiento (art. 93: *“La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.”*), además se crea la acción extraordinaria de protección contra sentencias judiciales (arts. 94: *“La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional”* y 437: *“Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.”*), algo que estaba prohibido expresamente en la Constitución de 1998.

SECCION II.- JUSTIFICACION INTERNA Y EXTERNA DE LA ACCION DE MEDIDAS CAUTELARES

La concesión de las medidas cautelares implica la materialización de la prevención que ejerce el juzgador a través de la tutela procesal efectiva. En otras palabras es la respuesta inmediata que da el juez ante un pedido en el cual se requiere mantener el estado de las cosas o modificarlas, para evitar la amenaza o la



vulneración de un derecho constitucional. En consecuencia es aquí donde se da el inicio al tratamiento del conflicto de situaciones o derechos que deben ser solucionados preventivamente a través de las llamadas medidas cautelares, por el órgano judicial competente.

Es por ello que para poder entender de mejor forma lo que son las medidas cautelares, analizaremos su punto de partida, a partir de dos objetivos, el primero es ubicar jurídicamente el tema dentro del campo de razonabilidad judicial, esto es la justificación interna de la concesión de las medidas cautelares, y el segundo, como consecuencia de ello, identificar algunos factores que determinen un grado apropiado de la verosimilitud del derecho que se invoque para la justificación de la medida, es decir la justificación externa. En términos más simples la justificación interna será la razón, la causa, por la cual se solicita la medida cautelar, y la justificación externa será la verosimilitud del derecho, en si la justificación por la cual debe ser concedida la medida cautelar.

Un aporte complementario, es también la reflexión ante la forma como en los últimos tiempos haciendo una interpretación errónea de las facultades jurisdiccionales que posee un Juez, se han venido concediendo medidas cautelares de manera singular, esto es, sin que exista una suficiente justificación interna en las resoluciones judiciales y de esta manera de favorezcan indebidamente intereses ocultos bajo cierta apariencia jurídica, pero que en muchos casos tienen su origen propio en la corrupción. Conocidos son los casos de otorgamiento de medidas cautelares otorgadas por jueces de distintos distritos judiciales que bajo el amparo de la norma procesal de determinación de los domicilios, otorgan medidas cautelares que en el común de los casos no se hubieran concedido en su plaza original; y todo ello por no seguirse los pasos del razonamiento jurídico en la primera oportunidad del acceso a la tutela procesal, es decir, por una inadecuada determinación en cuanto a la verosimilitud del derecho que se invoca.²

Consecuentemente, el juez debería conceder la medida cautelar en la forma en que esta haya sido solicitada, pero siempre que de lo expuesto por la parte que lo solicita, se considere verosímil el derecho invocado, es decir que el juez debe realizar un ejercicio de razonamiento en cuanto considere que es probable la presencia de razones justificables en la concesión de la medida. Es decir, incorpora una determinación de razonamiento y otra de justificación, con lo cual el juez deberá a su vez efectuar una justificación interna igualmente razonada en su decisión.

² Salas, Sergio. *Factores para determinar la verosimilitud del Derecho invocado en las medidas cautelares*.



Así Quiroga León, considera que resulta suficiente la apariencia jurídica de que el derecho que se reclama, existe, de modo tal que según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho.

Por su parte, la jurisprudencia argentina enfoca la concepción de la verosimilitud, acogiéndose a la escuela del cálculo de probabilidades, en el sentido de su existencia y no como incuestionable realidad que solo se logrará al agotarse el trámite. Indica la jurisprudencia platense, que las medidas cautelares no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud.³

En conclusión, las medidas cautelares podrán concederse, siempre que se acredite la certeza de que el derecho que se reclama o invoca, existe real, legal y jurídicamente, además de que puede presentarse algún peligro en la demora y cuando estas hayan sido concedidas debe existir la proporcionalidad en cuanto a la medida que se concede con el derecho que aparenta ser afectado.

SECCION III.- OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ECUADOR

El artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece el objeto principal de las medidas cautelares en el Ecuador “*Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos*”, consecuentemente nos encontramos frente a dos escenarios para la adopción de medidas cautelares, el uno sería la existencia de una amenaza y el otro la existencia de una violación de derechos, es importante mencionar que cuando la medida cautelar es otorgada esto no implica el pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de la violación de derechos.

En este sentido podemos darnos cuenta que las medidas cautelares proceden antes o durante la violación del derecho constitucional, pero no podrían proceder después de la vulneración de los mismos, ya que existen otros mecanismos más eficaces para su protección, un ejemplo de aquello es la acción de protección. Así las medidas cautelares nunca operan en el “después” de la violación del derecho. “Siempre están orientadas a evitar la violación o suspenderla cuando se tratan de violaciones que se mantienen en el tiempo”.⁴ Este criterio también lo sostuvo el Juzgado Primero de Inquilinato y Relaciones Vecinales, dentro de un proceso de

³ Mollocondo, Víctor. *Elementos para determinar la verosimilitud del derecho*.

⁴ Roberto Villareal, *op, cit*, p. 94.



revocatoria de medidas cautelares al motivar dicha revocatoria en base a la existencia de hechos consumados, de este modo el órgano jurisdiccional citado decidió:

La norma constitucional contenida en el artículo 87, está diseñada para ordenar medidas cautelares de manera conjunta o independientemente de otras acciones constitucionales de protección de derecho pero señaladamente con el objeto de evitar la violación o amenaza de violación, consecuentemente la esencia misma de este derecho es sin lugar a dudas la de evitar la violación, sin embargo el accionante solicita a esta autoridad dos días después, es decir cuando el hecho (...) ya se produjo, en consecuencia el peticionario tiene la posibilidad de recurrir a otras acciones constitucionales y no precisamente a la de medidas cautelares. Por estas consideraciones y ya en mérito a lo que establece el artículo 35 se revoca las medidas cautelares (...) ya que el hecho de la separación del trabajo del señor XX a la fecha en que se ordena las medidas cautelares se encontraban consumadas.⁵

De lo anteriormente citado, podemos notar que se confunde la naturaleza de las medidas cautelares, respecto de las acciones de protección, pues si bien es cierto el objeto principal de las medidas cautelares es el de evitar o cesar con la vulneración del derecho constitucional, también es cierto que dentro de la teoría de la interdependencia de los derechos constitucionales, la violación de un derecho trae consigo la violación de otro u otros derechos, por ejemplo en el caso de que el señor XX sea separado de su cargo, no solo se está vulnerando su derecho al trabajo, sino también otros derechos como el de la salud, el de la vivienda e inclusive el derecho de llevar una vida digna, motivo por el cual el fundamento de hechos consumados no resulta suficiente para negar las medidas cautelares, sino que los jueces tienen la obligación de verificar el daño causado y como este va a afectar sobre otros derechos.

Las medidas cautelares entonces son una garantía para precautelar los derechos constitucionales que se encuentran en riesgo de sufrir una vulneración ya sea por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular y así evitan la consecución de daños irreversibles. En consecuencia se debe tener en cuenta que las medidas cautelares no son procesos contenciosos de conocimiento o de reparación de un derecho, sino son procesos expeditos, informales en los cuales prima la inmediatez de la medida para precautelar o evitar el riesgo de vulnerar un derecho.

El tercer inciso del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece “*No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución*

⁵ Juzgado Primero de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Pichincha. Acción de medida cautelar N° 954-2009-s. Quito, viernes 27 de noviembre de 2009.



de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos". Esto pareciera convertir a las medidas cautelares en un proceso residual al prohibir su interposición cuando existen otras medidas cautelares en vías administrativas u ordinarias, en este sentido no se debe confundir la naturaleza de las medidas cautelares como ya se mencionó anteriormente, ya que como sabemos el objeto de estas no es solo preservar los derechos de las partes de un litigio durante el tiempo en que la decisión de fondo se encuentre pendiente, sino que se dirige directamente a precautelar la vigencia de una amenaza contra el ejercicio efectivo de un derecho constitucional. De allí, que por ejemplo, las medidas cautelares pueden ser propuestas contra actos administrativos que no han sido impugnados en instancias administrativas. A pesar de que el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone la suspensión de procesos coactivos mientras dure el proceso contencioso frente al Tribunal, el mismo artículo dispone que dicha suspensión procederá siempre que exista un afianzamiento de los intereses económicos de las instituciones del Estado, depositando el valor adeudado en el Banco Central o asegurando la obligación con hipoteca, prenda o fianza bancaria, lo que implicaría una u otra forma el desembolso pecuniario del administrado, continuando entonces con la amenaza de vulneración de derechos constitucionales. Si a lo dicho se suma el contenido del artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el que se prohíbe cualquier medio ordinario de suspensión de la ejecución o cumplimiento del acto administrativo, entonces observaríamos que, según la ley, los actos administrativos no tendrían ningún mecanismo de suspensión de sus efectos lo que traería consigo la permanencia de la amenaza. Ahora bien la naturaleza de las medidas cautelares autónomas permiten su interposición frente a cualquier acto que amenace la vigencia o ejercicio de derechos inclusive si este no ha sido impugnado por vía contencioso-administrativa o mediante una acción de protección, pues justamente dicha medida cautelar suspenderá provisionalmente el acto hasta que exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto o hasta que la amenaza deje de persistir, prohibir su eficacia mediante una errónea interpretación legal traería consigo la violación de derechos constitucionales y el desconocimiento de garantías constitucionales vulnerando entonces el principio de supremacía constitucional.⁶

⁶ Uribe, Daniel. *Las medidas cautelares en la nueva constitución del Ecuador.* p. 93, 94



CAPITULO II

CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

SECCION I.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Uno de los principales cambios que tiene la nueva Constitución de la República, es el de contar con nuevas garantías que tienden a garantizar y proteger los derechos que se encuentran reconocidos en nuestra carta Ius Fundamental.

Nuestra Carta Magna en el artículo 87 regula el tema de las medidas cautelares, estableciendo lo siguiente; “*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*”. Por eso es necesario hacer un repaso sobre cuáles son los antecedentes más recientes contenidos en la aplicación del recurso de amparo, de igual manera repasar algunos aspectos de la naturaleza y concepto de las medidas cautelares, para determinar su finalidad y sobre todo, su procedibilidad en el sistema de justicia constitucional ecuatoriano.

1.- La acción de amparo constitucional como antecedente de las medidas cautelares:

La acción de amparo constitucional como bien sabemos estaba regulada en la Constitución de 1998, y constituye el antecedente más remoto de las medidas cautelares. Una de las características principales de esta acción era la de ser **cautelar**, esto significa que buscaba prevenir o evitar la consumación de un daño, ya sea por la acción u omisión de una autoridad pública. En este mismo sentido se puede decir que el objeto de la acción de amparo constitucional era tomar “medidas provisionales de defensa o seguridad del derecho, más no se declara dicho derecho ni se resuelve un asunto de lato conocimiento”⁷. Por lo que no se pronunciaban respecto del fondo del asunto, ni resolvían la controversia.

En otras palabras la acción de amparo constitucional tenía como objetivo suspender los efectos a partir de que el acto administrativo es emitido, pero esto no significaba su anulación.

⁷ Oyarte, Rafael. *La acción de amparo constitucional*. Quito, Fundación Andrade y Asociados, 2006, p. 171.



El Tribunal Constitucional reconocía que el amparo constitucional tenía mayor importancia, toda vez que era concebido como el guardián de la Constitución, como tal protegía la esencia misma de la constitución y su objetivo era cumplir con los mandatos constitucionales.⁸

La acción de amparo constitucional como vemos fue concebida como un mecanismo de defensa y garantía de los derechos constitucionales, acción que tenía como objetivo que los actos de las autoridades públicas no vulneren los derechos que se encontraban reconocidos en la constitución.

Otra característica de la acción de amparo constitucional era la de ser residual pero no subsidiaria, lo que le convertía en una garantía inmediata, que buscaba cesar o suspender los efectos de los actos de autoridades públicas.

La Constitución de 1998 concibió a la acción de amparo como un mecanismo cuyo objeto era: cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o que pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente, amenace con causar daño grave.

De esta manera la acción de amparo no solo era una garantía cautelar sino que también podía “remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión”, es decir podía reparar los daños causados, lo que llevaba a la conclusión de observar a la acción de amparo como un mecanismo de conocimiento, por el cual no únicamente cumple con la función de precautelar o evitar la comisión del daño, sino que inclusive podía ordenar medidas de reparación. Sin embargo en las palabras finales del artículo antes citado, cuando se refiere a: “... de modo inminente, amenace con causar daño grave”, entonces en esta parte es donde surge la discusión sobre el tema de comprender cuál es el verdadero alcance de la *amenaza o inminencia*, que caracterizaron la aplicación cautelar del amparo.

En este sentido la inminencia ha sido considerada como la ausencia de aquello que es remoto o eventual. En otras palabras, debe existir certeza de la ocurrencia del daño y la inmediatez del mismo, si un daño ocurrió tiempo atrás y en ese momento ocasionó un daño grave, no cumple con el concepto de inminencia y, por tanto, no puede ser objeto de un amparo constitucional, sino de un proceso de conocimiento.⁹ En este sentido es importante precisar la diferencia que se hace respecto del amparo, no como un proceso tutelar sino como un proceso cautelar, es decir no de conocimiento sino de precaución.

⁸ Tribunal Constitucional de Ecuador. Resolución N° 279, registro oficial N°239 del 24 de diciembre de 2003.

⁹ Oyarte, Rafael, *op. Cit*, p. 127.



Este conflicto, entre la finalidad cautelar y tutelar del derecho mediante la acción de amparo, llevó a que este no sea efectivo, logrando que el otorgamiento de la acción devenga en incumplimiento de las resoluciones provenientes del Tribunal Constitucional, ya sea por la falta de mecanismos de reparación o la inexactitud de las decisiones adoptadas por el Tribunal.

Por este motivo el constituyente de Montecristi optó por plantear un sistema más complejo de garantías constitucionales; que individualicen los procesos cautelares de protección de derechos constitucionales, de aquellos cuyo objeto principal es el reconocimiento de un derecho y su posterior reparación, estableciendo en el artículo 87 a las medidas cautelares como mecanismos para evitar o cesar un daño, ya sean vinculados a un proceso de garantías jurisdiccionales o de manera autónoma, siendo este último la mayor evidencia de evolución de la acción de amparo constitucional en la Constitución de 2008.¹⁰

2.- Naturaleza y concepto de las medidas cautelares:

El término “cautelar”, proviene del latín “cautela”, que quiere decir “precaver” o “prevenir”, en este sentido podemos decir que las medidas cautelares lo que buscan es prevenir, precautelar los derechos de las personas frente a un inminente peligro de su vulneración o, una vez producido, hacer cesar dicho atentado. Para el profesor Rey Cantor, las medidas cautelares pueden ser entendidas como “la adopción de las disposiciones para prevenir un daño o peligro cuando las circunstancias lo impongan”.¹¹

En cuanto a la oportunidad de presentarlas, la jurisprudencia de la Corte de la Haya¹² determinó que las medidas cautelares pueden otorgarse siempre que las circunstancias así lo ameriten, con el objeto de preservar los derechos de cada parte durante el tiempo en el que la decisión de fondo se encuentre pendiente. Y dentro de la teoría de los derechos humanos¹³, se ha concebido una doctrina diferente, al establecer que las medidas cautelares tienden a precautelar la vigencia de una amenaza de daño o vulneración de derechos, y además generan mecanismos que impiden que un posible daño se convierta en un daño efectivo, permitiendo establecerlas como verdaderos mecanismos de protección de derechos constitucionales.

De esta manera las medidas cautelares tienden a evitar la materialización de un daño, pero con un aditamento especial, que se basa en el hecho de que si el daño

¹⁰ Uribe, Daniel. *Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador*. p. 85.

¹¹ Cantor, Ernesto Rey. *Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 148.

¹² Corte Internacional de la Haya. *Honduras vs. Estados Unidos de América*. Medidas Cautelares, 1984.

¹³ Cancado Trindade, Antonio Augusto. *Compendio de Resoluciones de la Corte*. Medidas provisionales. Prólogo. Publicaciones de la OEA, 1987-1996, N°1, 1996.

se estuviera produciendo podrían adoptarse medidas necesarias para cesar esa violación. La naturaleza de la medida cautelar tiene como fin suspender el acto vulnerador de los derechos constitucionales, de esta manera se convierte en una garantía efectiva de los mismos.

De este modo para que sea procedente solicitar una medida cautelar, deben mediar estos tres elementos: 1) Gravedad, 2) Urgencia y 3) Amenaza de un daño irreparable. De esta misma forma cabe precisar que la naturaleza de las medidas cautelares pretenden evitar un daño que presumiblemente puede existir, entonces lo que se busca es establecer medidas para evitar la posible vulneración de un derecho que se encuentra reconocido en nuestra Constitución.

Para Ramiro Ávila Santamaría, la vulneración a derechos constitucionales puede producirse antes, durante y después de consumada la violación.¹⁴ Uno de los presupuestos para que operen las medidas cautelares como ya se mencionó anteriormente es la gravedad e inminencia, no obstante, también se pueden presentar durante la violación con el objeto de detenerla.

Es decir que las medidas cautelares gozan de una doble aplicación, ya que se pueden presentar medidas cautelares de manera autónoma o como medidas accesorias de un proceso principal, así, antes o durante la vulneración de derechos cabría la medida cautelar autónoma, y una vez que ha sido consumada la vulneración del derecho se puede presentar de manera conjunta para que dicha vulneración no se extienda y cause un daño más pernicioso.

Es importante mencionar que cuando se otorga una medida cautelar esta no constituye un prejuzgamiento sobre la declaración de la violación, tampoco tiene valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos, y en el caso de que sean incumplidas, serán sancionadas de la misma manera que en los casos de incumplimiento de sentencias dictadas a propósito de una garantía jurisdiccional.¹⁵

SECCION II.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA CONSTITUCION DEL 2008

La Constitución de la República en el artículo 87 manifiesta: “*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*”, con el objeto de evitar o cesar

¹⁴ Ávila Santamaría, Ramiro. Op. Cit. P. 182.

¹⁵ Uribe, Daniel. *Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador.* p. 88.

la violación de derechos constitucionales; de la misma forma la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 26 dispone:

“Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad”.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos las medidas provisionales tienen como objeto, además de evitar agravar la controversia, proteger efectivamente derechos constitucionales, toda vez que la posible actuación de una de las partes procesales, puede generar una vulneración de un derecho fundamental, y acarrear por tal un daño irreparable.¹⁶

Es importante señalar entonces que nuestra Constitución diferencia dos tipos de medidas cautelares, tanto autónomas como accesorias a un proceso constitucional.

1. Las medidas cautelares autónomas. En este sentido las medidas cautelares van a compartir elementos comunes de las garantías constitucionales, en otras palabras, deberá observar los presupuestos establecidos en la LOGJCC en cuanto a los principios que rigen las garantías jurisdiccionales, así como las normas procesales comunes.¹⁷

El objeto de estas medidas va de la mano con la celeridad en la administración de justicia constitucional, busca evitar la vulneración de los derechos constitucionales en el evento de que los mismos estuvieren por producirse.

2. Las medidas cautelares conjuntas con otra garantía. Durante la vulneración de un derecho constitucional puede suceder que se requieran establecer medidas tendientes a cesar la vulneración de un derecho constitucional mientras existe un pronunciamiento de fondo, en aquel sentido puede proponerse una garantía jurisdiccional de conocimiento una medida cautelar subsidiariamente.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Solicitud de medidas cautelares.

¹⁷ Ver artículo 8, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En aquel sentido se permite la presentación de medidas cautelares conjuntamente con una acción de garantías jurisdiccionales o de control abstracto de constitucionalidad, con una salvedad, que está determinada por la acción extraordinaria de protección.¹⁸

En conclusión en ambos casos se persigue el mismo objetivo, es decir evitar la vulneración de los derechos constitucionales, lo que implica reconocer a las medidas cautelares como una garantía para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caracterizado a las medidas cautelares de la siguiente manera:

las medida provisionales tienen un carácter no solo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas (...) De esta manera, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.¹⁹

El artículo 87 de la Constitución dispone que las medidas cautelares procederán frente a un hecho que “amenace de modo inminente o grave con violar un derecho o viole un derecho”, asegurando además que la gravedad del daño se relaciona con la intensidad o frecuencia de dicha violación.

Comúnmente la gravedad de la violación de derechos ha sido entendida doctrinariamente como el grado más intenso o elevado de vulneración de los derechos, en otras palabras la afectación directa al núcleo de los derechos en cuestión, mientras la urgencia se vincula al riesgo o amenaza inminente de violación razonablemente posible de intereses jurídicos no sujetos a reparación.²⁰ Ahora bien mantener un criterio de esta naturaleza traería consigo un sentido amplio de restricción en la protección de derechos humanos,²¹ pues implicaría proteger únicamente aquellos derechos que son irreparables, como por ejemplo el derecho a la vida, a la salud o a la libertad, dejando a un lado aquellos derechos que por su naturaleza son objeto de reparación. En ese sentido, y en aplicación del principio de interdependencia y universalidad de los derechos

¹⁸ Masapanta Gallegos, Christian. *Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana*. p. 251, 252.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto Alvarado Reyes y Otros. Medidas provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos. 15 mayo 2011.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz. *Medidas provisionales respecto de Colombia*, 22 noviembre 2010.

²¹ Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares. Garantías Constitucionales del Ecuador*. Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2012, p. 89.



humanos, se entiende que todos los derechos se encuentran vinculados entre sí, lo que genera una cadena de causalidad entre ellos y ocasiona que la vulneración de un derecho traiga consigo la inmediata vulneración de otro; por lo que toda violación de derechos es grave,²² independientemente de los efectos reversibles o irreversibles que esta puede suscitar, de lo contrario no solo aplicaríamos un criterio restrictivo en la garantía y defensa de los derechos, sino que además plantearíamos la aplicación de una teoría jerarquizada de los derechos constitucionales.

²² De la Jara, Ernesto. "Manipulación política de los derechos humanos". Internet. <http://revistaideele.com/nodel/1017>.



CAPITULO III

JUSTIFICACION DE LA MEDIDA CAUTELAR

Como bien es sabido desde que uno presenta una demanda hasta que se emite el fallo final, pueden pasar algunas semanas si tenemos suerte, meses o incluso años. Entonces por este motivo es que en algunas ocasiones el tiempo se convierte en nuestro peor enemigo, por lo que el legislador ha previsto la necesidad de crear una figura legal que son las llamadas Medidas Cautelares, ya que mientras transcurre ese lapso de tiempo contado desde que se presenta la demanda hasta que se emite la sentencia, puede sobrevenir cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el pronunciamiento judicial definitivo. Por ejemplo que es lo sucede si desaparecen los bienes o si se disminuye la responsabilidad del presunto deudor.

Las Medidas Cautelares o también llamadas Medidas Precautorias tienen como objeto asegurar el resultado práctico de la sentencia. Es por ello que Cornelutti expresó *“El proceso cautelar sirve no inmediatamente, sino mediadamente a la composición de una Litis, porque su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso”*. En otras palabras se podría decir que nacen al servicio de esa resolución definitiva, con el oficio de preparar el terreno y aportar los medios aptos para su éxito.

De acuerdo a lo manifestado podemos decir entonces que las Medidas Cautelares buscan evitar el peligro del daño efectivo, el *Periculum in mora*, que no es otra cosa que el riesgo de la tutela jurisdiccional constituido por el transcurso del tiempo necesario para la realización de dicha tutela. En otras palabras el peligro del daño marginal deriva del retardo de la providencia definitiva.

Como abogadas y abogados bien sabemos que existe la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la sentencia definitiva, ya que también tenemos que estar conscientes que si bien nuestros casos son importantes también así no son los únicos, y los jueces quienes son los competentes para resolverlos tienen una gran carga de trabajo lo cual hace imposible que resuelvan de un día para el otro, sin realizar un estudio exhaustivo y pormenorizado de cada caso, por ello la necesidad que ellos también tienen de que existen las medidas cautelares para precautelar los derechos que se encuentran en riesgo de ser violentados, hasta que se dicte el fallo definitivo.



En conclusión como podemos ver el resultado y el modo de llegar al mismo están indisolublemente unidos, de manera que si se prima el resultado sobre el camino para llegar a él, se convierte en inadmisible el resultado mismo, dado que a él se ha llegado sin respetar las garantías previstas para ello.

SECCION II.- CARACTERISTICAS DE LA ACCION

Las características que destacan en las medidas cautelares son las siguientes: la provisoriedad, la verosimilitud del daño ocasionado, la urgencia frente al daño, la instrumentalidad y la adecuación.

1.- Provisoriedad. La providencia cautelar suple un efecto a la providencia definitiva, y en virtud de aquella está a la espera de este otro efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.²³

Si bien algunos autores consideran que la temporalidad es una de las características de las medidas cautelares, ya que las mismas no gozan de permanencia, son más bien temporales, teniendo una definitud en el tiempo determinada por la cesación de la amenaza o vulneración del derecho al cual protegen.

Pero en este trabajo monográfico no se le considera a la temporalidad como una característica de las Medidas Cautelares sino se le considera a la Provisoriedad, ya que como Calamandrei ha declarado que, “la diferencia exacta entre lo provisorio y lo temporal, es que este último no perdura y su término de duración es incierto, es un lapso finito e incierto, mientras que lo provisorio también implica un lapso finito, pero es sabido de antemano cuanto va a durar. Por este motivo es errado hablar de temporalidad para significar lo provisorio”.

Entonces de acuerdo a lo manifestado las medidas cautelares deben dictarse por un tiempo provisional, estas tendrán como límite temporal la cesación de la vulneración de un derecho o cuando la amenaza haya sido superada. Y en caso de evidenciarse la necesidad de la permanencia de las medidas cautelares, se deberá activar la garantía pertinente para el respeto de los derechos constitucionales.

2.- Verosimilitud. Las medidas cautelares serán concedidas cuando el juzgador evidencie el daño, pero no es necesario que este lo compruebe, basta que existan los indicios suficientes de la vulneración del derecho.

²³ Morales, Alejandro. *Medidas Cautelares*. <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>



La Corte Constitucional ecuatoriana manifiesta respecto de la verosimilitud lo siguiente:

(...) ii. La verosimilitud fundada de la pretensión, conocido en doctrina como el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho, es otro de los presupuestos propios de una acción de medida cautelar. Es ella en realidad en donde descansa el fundamento del otorgamiento de una medida cautelar de naturaleza constitucional, pues se basa en una presunción razonable de que los hechos denunciados como violatorios o de inminente violación de los derechos constitucionales, así como de los previstos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son verdaderos.²⁴

Continuando con el análisis, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 33, manifiesta que “*una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes. No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas (...)*”. Por lo que de acuerdo a lo manifestado no es necesario la certeza, no es necesaria la prueba, a diferencia de lo que sucede cuando se desarrolla un juicio principal, así “el análisis sobre la fundabilidad de la pretensión no puede ser entonces un juicio de certeza como aquel que se hace en el proceso principal y que resulta necesario para el dictado de una sentencia, sino que debe ser un análisis basado en la probabilidad de se obtenga una sentencia que ampare la pretensión planteada.²⁵

Para concluir, se expresa que el juez debe advertir que los alegatos invocados por quien recurre deben ser verosímiles, y deben fundamentarse en bases razonables, para que lo que se ponga en conocimiento del juez ocasione o pueda ocasionar una violación grave del derecho el cual requiere ser precautelado.

3.- Urgencia. Frente a la inminencia de un peligro o vulneración de un derecho el juzgador debe de manera inmediata dictar las medidas cautelares pertinentes.

4.- Relevancia. Debe entenderse a la relevancia en el sentido de la gravedad de los daños ocasionados, entonces cuando se trate de un acto que pueda producir un daño el cual podría ser irreparable, se deben inmediatamente dictar las medidas cautelares para precautelar el derecho en riesgo.

La gravedad, según lo determina la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 27, inciso segundo, “*Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la*

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso N° 0561-12-CN.

²⁵ Posada, Giovanni F. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Lima, Ara Editores, 2006, p. 73.



violación (...)”. En esta línea hace referencia a un peligro o daño real que puede sufrir o sufre una persona que puede ser o es víctima de una violación a un derecho reconocido en la Carta Magna.

5. Instrumentalidad. Las medidas cautelares sirven como un instrumento para lograr la consecución de un fin, ese fin constituye evitar o cesar la vulneración de un derecho constitucional, es por ello que las medidas cautelares responden a un presupuesto respecto de la amenaza o violación de derechos.

Piero Calamandrei, refiriéndose a la instrumentalidad de las medidas cautelares, señala:

No constituyen un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a la resolución definitiva. Nacen al servicio de la sentencia principal, asegurando un resultado práctico, en prevención de la cual se dictan, preparando el terreno para hacer que sea eficaz, y fenecen con ella, contribuyendo así a garantizar el eficaz funcionamiento de la administración de justicia.²⁶

6.- Adecuación. Las medidas cautelares deben ser adecuadas y pertinentes con el objeto a ser tutelado, en la especie con los derechos de las personas, no pueden presentarse solicitudes de medidas cautelares por temas aislados que no obedecen a lo principal de la Litis.

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 26, inciso segundo, determina: “*Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, (...)*”. Entonces de acuerdo a lo antes citado la norma da a entender que la medida dispuesta deberá ser siempre proporcional y necesaria en relación al fin que se persigue, la importancia de la intervención debe estar justificada en la importancia de la realización o satisfacción de un fin y dependerá de la gravedad del caso y las circunstancias particulares del mismo, y en ningún caso podrán ser excesivas o desproporcionadas.

²⁶ Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 44, citado por González Chévez, Héctor. *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*. México, Editorial Porrúa, 2006, p. 85.



SECCION III.- REQUISITOS PARA SU PRESENTACION.

PRESENTACION CONJUNTA DE LA ACCION DE PROTECCION Y MEDIDAS CAUTELARES.

- REQUISITOS PARA SU PRESENTACION

Los requisitos de procedencia de las medidas cautelares son los siguientes:

1. Peligro en la demora y verosimilitud fundada en la pretensión.
2. Inminencia de un daño grave (Periculum in mora).
3. Que no existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias.
4. Que no se dirijan contra la ejecución de órdenes judiciales.
5. Que no se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.²⁷

- PRESENTACION CONJUNTA DE LA ACCION DE PROTECCION Y MEDIDAS CAUTELARES.

Cuando se vulnera un derecho constitucional puede suceder que se requieran establecer medidas tendientes para cesar con la vulneración del mismo, en este sentido se puede proponer dentro de una garantía jurisdiccional de conocimiento una medida cautelar subsidiariamente. El carácter no residual de la medida cautelar se evidencia en la cesación de la vulneración de derechos constitucionales.

En aquel sentido se permite la presentación de medidas cautelares conjuntamente con una acción de garantías jurisdiccionales o de control abstracto de constitucionalidad, en este sentido analizaremos la presentación conjunta de la acción de protección y medidas cautelares, pero previo al análisis anteriormente mencionado es importante señalar algunos elementos diferenciadores entre la acción de protección y las medidas cautelares.

- Las medidas cautelares tienen una naturaleza cautelar, la acción de protección tiene una naturaleza de garantía de conocimiento, las medidas cautelares son provisionales.
- Las medidas cautelares son subsidiarias, pueden presentarse aunque existan otros mecanismos de defensa judicial. Las medidas cautelares no son residuales; en cambio la acción de protección es subsidiaria y residual, es decir, si existen otros mecanismos no procede la acción de protección

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso N° 0561-12-CN.



(no procede la acción de protección cuando el acto administrativo puede ser impugnado por vía judicial).

- Las medidas cautelares operan frente a la posible vulneración de derechos constitucionales; su objeto es evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de derechos constitucionales. La acción de protección opera cuando existe la vulneración de derechos constitucionales.
- Cualquier persona puede solicitar medidas cautelares, en cambio la acción de protección solo las personas o colectivos que sufren la afectación de su derecho.
- En la sentencia de medidas cautelares no cabe la acción extraordinaria de protección, entre tanto, ante la sentencia de acción de protección si cabe la acción extraordinaria de protección.
- No se pueden presentar medidas cautelares respecto de omisiones solo frente a actos, la acción de protección si puede presentarse respecto de acciones u omisiones.
- En las medidas cautelares se debe justificar la inminencia y gravedad, en la acción de protección esto se determinará en el proceso de conocimiento.
- En las medidas cautelares se debe demostrar la verosimilitud, los jueces no requieren evidencia concluyente, mientras tanto, en la acción de protección se requiere de evidencia y pruebas por parte de los jueces de garantías.
- Finalmente, las medidas cautelares deben ser más rápidas y sumarias que la acción de protección debido al daño inminente que procuran evitar o cesar, pudiendo comunicar inmediatamente a la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos.²⁸

Una vez establecida en forma clara cuales son las diferencias que existen entre la acción de protección y medidas cautelares, se puede iniciar el análisis de la tramitación conjunta de las garantías jurisdiccionales antes mencionadas.

Nuestra Carta Magna en el artículo 88 , determina cual es el objeto de la Acción de Protección, estableciendo lo siguiente, “*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 por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación*”.

²⁸ Masapanta Gallegos, Christian. *Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana*. p. 257, 258.



La acción de protección la encontramos dentro de las Garantías Constitucionales, propiamente en las garantías jurisdiccionales en el artículo 88 de nuestra Constitución, antes citado. Su objetivo es claro, el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, teniendo como fin reparar el daño causado, hacerlo cesar si se está produciendo o para prevenirlo si es que existe la presunción o indicios claros de que el acto ilegítimo puede producirse.

No es necesario que el daño se haya causado, es suficiente la existencia de la presunción de que el daño puede causarse, y tanto cuando se ha causado o se puede causar, el juez que tramita la Acción de Protección, tiene las más amplias facultades para tomar las 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.²⁹

En cuanto a las medidas cautelares conjuntas, el artículo 10 de la LOGJCC³⁰ determina la posibilidad de presentar medidas cautelares conjuntamente con otra garantía, para ello se han de cumplir los requisitos de la demanda contemplados en la norma antes citada, y en caso de considerarlas pertinentes el juez en el auto de calificación de la demanda de la garantía conexa se encargará de concederlas (art. 13, LOGJCC)³¹, luego de aquello se continuará con el trámite de la garantía jurisdiccional conjunta.

Se debe determinar la gravedad del acto, para lo cual la LOGJCC ha establecido que se considerará grave “cuando pueda ocasionar daños irreversibles por la intensidad o frecuencia de la violación”.

El procedimiento será sencillo, aplicando el principio de primacía sustancial por sobre lo formal, pueden proponerlo la persona o grupo de personas de manera verbal o escrita, ante cualquier juez.

De acuerdo a lo manifestado en los artículos 27, primer inciso y 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las medidas cautelares en caso de ser procedentes, deben ser ordenadas de manera

²⁹ Ávila, Marco. *Garantías Jurisdiccionales en la Constitución de la República del Ecuador*. p. 18.

³⁰ LOGJCC: (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

³¹ Art. 13.- Calificación de la demanda de garantía.- La jueza o juez calificará la demanda dentro de las veinticuatro horas

siguientes a su presentación. La calificación de la demanda deberá contener:

1. La aceptación al trámite, o la indicación de su inadmisión debidamente motivada.
2. El día y hora en que se efectuará la audiencia, que no podrá fijarse en un término mayor de tres días desde la fecha en que se calificó la demanda.
3. La orden de correr traslado con la demanda a las personas que deben comparecer a la audiencia.
4. La disposición de que las partes presenten los elementos probatorios para determinar los hechos en la audiencia, cuando la jueza o juez lo considere necesario.
5. La orden de la medida o medidas cautelares, cuando la jueza o juez las considere procedentes.



inmediata y urgente, una vez que los hechos se han puesto en conocimiento del juez constitucional (hoy en día todos los jueces).

SECCION IV.- ADMISIBILIDAD DE LA ACCION DE MEDIDA CAUTELAR

Cuando la Acción de Medida Cautelar se presenta en forma conjunta con otras garantías el juez tiene la obligación de evacuar en primer lugar las medidas cautelares, no siendo necesaria la calificación del requerimiento, pudiendo ordenarlas en la calificación de la demanda de garantías conexa.

Si el juez observa y verifica con la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en la ley, no serán necesarias las pruebas; en el caso de inadmisión o negativa de las medidas cautelares no se podrá apelar de esta decisión lo cual va de la mano con la naturaleza sumaria de este tipo de garantías, ya que si se permite la apelación podría generar una dilación en el proceso que genere mayor perjuicio a las víctimas de vulneración de un derecho constitucional.

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone que las medidas cautelares, se ordenan y luego se comunican al destinatario. Ya sea que estas se hayan presentado en forma conjunta o autónoma, consecuentemente, cuando se plantean dentro de garantía constitucional, estas se ordenan en la primera providencia conforme el artículo 13 numeral 5 de la LOGJCC, “*Calificación de la demanda de garantía.- La jueza o juez calificará la demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación. La calificación de la demanda deberá contener: 5. La orden de la medida o medidas cautelares, cuando la jueza o juez las considere procedentes*” . Cuando se solicitan de manera autónoma, el juez constitucional “verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes”, sin que para ello se deban exigir pruebas, conforme lo establece el artículo 33, primer inciso de la LOGJCC.³²

El juez debe especificar de manera individualizada las acciones positivas y negativas a cargo del destinatario de medidas cautelares, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que estas deben cumplirse.

En cuanto a su ejecución las sentencias de medidas cautelares, al igual que cualquier sentencia de garantías, deben cumplirse eficazmente para lo cual el juez debe emplear todos los medios para hacerla cumplir de una manera eficaz, pudiendo delegar a la Defensoría del Pueblo u otra institución estatal de protección de derechos la supervisión de la ejecución de medidas cautelares.

³² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 0034-13-SNC-CC, dentro del Caso N° 0561-12-CN.



CAPITULO IV

TRAMITE DE LA ACCION DE MEDIDA CAUTELAR

SECCION I.- INADMISION: ACEPTACIÓN Y NEGACION DE LA ACCION DE MEDIDA CAUTELAR

El artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional manifiesta que el juzgador debe formar su convicción de concesión o no de las medidas a partir de la descripción de los hechos narrados en la petición, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en la ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes: inminencia y gravedad de la amenaza o violación del derecho. No se requiere prueba concluyente o prueba plena, sino únicamente “indicios que de primera intención permitan suponer, razonablemente que existen los requisitos solicitados por la norma [...] Para resolver el fondo de la controversia se necesita algo más que esos indicios [...] pero aquellos bastan para disponer la medida cautelar, [...] que no prejuzga acerca del fondo y solo quiere dejar a salvo, fuera de todo riesgo severo, el bien tutelable”.³³ Consecuentemente debe actuarse tomando en cuenta el fomus bonis iuris o apariencia del buen derecho, no exigiendo certeza plena, sino un cierto grado de verosimilitud de la vulneración del derecho.

Se debe tener siempre presente que la persona o grupo de personas que acuden a la autoridad lo hacen pidiendo auxilio, ayuda, seguridad. Es por esto que debemos recordar el artículo 11, numeral 5 de la Constitución de la República, el cual establece que: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. Por lo que se debe dar siempre el beneficio de la duda en sentido positivo, es decir se debe presumir que efectivamente la amenaza o violación al derecho existe, y no lo contrario. Ya que siempre va a ser preferible y justificable tener que revocar una medida cautelar que probablemente no era necesaria, que ver como se materializa la violación de un derecho en el caso de amenaza o ver como se mantiene en el tiempo la violación, cuando esta ya existía.

Además se debe tener en cuenta el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el cual manifiesta que: “En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los

³³ Sergio García Ramírez, *Reflexión Sobre las Medidas Provisionales en la Jurisdicción Interamericana*, Presentación de la Obra, en Ernesto Rey Cator y Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales*...., p. XLI.



objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura". Como sabemos la buena fe se presume, la mala fe, debe probarse, por lo que el juez de primera instancia quien es el que conoce la solicitud de medidas cautelares, debe actuar presumiendo la buena fe de quien las solicita, y en consecuencia de ello, si se cumplen con todos los requisitos de las mismas deberá otorgarlas. Y quien solicitó medidas cautelares de mala fe, después de que esta situación haya sido probada, el peticionario será sancionado, y el juez quedará libre de culpa.

Por otro lado, si después de el peticionario ha cumplido con todos los requisitos que la ley establece para la concesión de medidas cautelares, y el juez no las otorga, aparte de que está permitiendo de que se mantenga la amenaza o violación dependiendo de cuál sea el caso, estaría violentando otro derecho, el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se encuentra reconocido en la nuestra carta magna en el artículo 75; "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". Esto significaría responsabilidad al juzgador, y no solo a él sino al Estado, ya que estaría incurriendo lo que establece el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, "(...) el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, 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.

[...] Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley".

Entonces de todo lo manifestado anteriormente, una vez que las medidas cautelares hayan sido solicitadas ya sea por cualquiera de las partes y que el juez forme su convicción sobre el pedido deberá dictar la resolución ya sea otorgándolas o negándoles. En el caso de admitirlas, éstas no pueden ser imprecisas o vagas, no podrá limitarse a señalar que se otorgan las medidas cautelares a favor de tal persona y nada más, debe en primer lugar individualizar las obligaciones, positivas o negativas, que deberá cumplir el destinatario y deberá establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que estas deberán ser cumplidas.

Para ordenar las medidas cautelares, el juez usará los medios que sean necesarios, inclusive su actuación de forma verbal. Una vez otorgadas las medidas cautelares, el juez podrá delegar a cualquier entidad del Estado



encargada de la protección de los derechos constitucionales, la adecuada supervisión de la ejecución de las medidas cautelares. Como así lo establece el artículo 34 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, *“La jueza o juez tiene la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares que ordene, para lo cual podrá delegar a la Defensoría del Pueblo o a cualquier otra institución estatal encargada de la protección de derechos, la supervisión de la ejecución de medidas cautelares”*.

En caso de que exista negativa a la petición de medidas cautelares, está se hará mediante resolución, de la cual no cabe recurso alguno. Pero es necesario aclarar que esta imposibilidad de apelar la resolución de medidas cautelares, no constituye cosa juzgada, ya que si después de la resolución de otorgar o no las medidas cautelares, se da un cambio en las condiciones o circunstancias que existían al momento de la resolución, se pueden solicitar nuevamente, si es que fueron negadas o pedir su revocatoria si fueron concedidas.

SECCION II.- ADMISSION E IMPROCEDENCIA CAUSALES

Las medidas cautelares tienen por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad. Así lo establece el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

EL artículo 27 de la misma ley, establece los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares:

“Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.

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

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

“La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art. 27 inciso tercero que establece la improcedencia de medidas cautelares en la Acción Extraordinaria de Protección al implementar a este procedimiento la Medida Cautelar o



Conservativa de Caución que asegure la ejecución de la sentencia y auto definitivo o resoluciones con fuerza de sentencia de la cual se plantea la garantía jurisdiccional, con el fin de garantizar la decisión judicial hasta que se dicte sentencia constitucional en la que se acepte o deseche la demanda de acción extraordinaria de protección.

Las medidas cautelares que se puede presentar por escrito separado o en la misma demanda de garantía constitucional, tiene por objeto amparar a un derecho constitucional de la amenaza o para detener su vulneración.

Lo que ocurre concretamente en la Acción Extraordinaria de Protección es que por disposición del Art. 27 de esta ley, se establece como no procedente el decreto de medidas cautelares, lo cual acarrea un problema jurídico, puesto que las medidas cautelares son dictadas en beneficio únicamente del accionante, es decir del titular del derecho constitucional vulnerado o presuntamente vulnerado, ya que se requiere comprobación mediante medios legales y declarada la afectación o daño en sentencia".³⁴

La Acción Extraordinaria de Protección al proceder contra sentencias y autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia que estén ejecutoriados, afecta mientras dure el trámite de la garantía jurisdiccional a la estabilidad de las decisiones judiciales".

En consecuencia se da la necesidad de la implementación de la caución en la Acción Extraordinaria de Protección como forma una forma de garantizar la ejecución de las sentencias y autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia mientras dura el trámite de la Garantía Jurisdiccional.

El doctor Franklin Ramiro Jara Patiño, establece la necesidad de implementar la caución como medida para garantizar la ejecución de las sentencias, en los siguientes aspectos:

a.- Es necesario determinar que por disposición del Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador, las disposiciones constitucionales prevalecen sobre las demás normas del ordenamiento jurídico.

b.- Que el Art. 87 de la Constitución establece que en todas las garantías de protección de derechos (lo cual incluye a la Acción Extraordinaria de Protección) cabe pedir medidas cautelares que detengan la vulneración o amenaza a un derecho constitucional. Esta disposición es totalmente contravenida por el Art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece que en la Acción Extraordinaria de Protección no se admitirá medidas cautelares.

c.- Es necesario garantizar los derechos de ambas partes, tanto de quien fue favorecido por el fallo o resolución ejecutoriada, ya que el principio de cosa juzgada también radica en la importancia de la seguridad jurídica; y de quien interpone la garantía jurisdiccional de cesar la presunta vulneración o amenaza a su derecho.

³⁴ (Patiño, 2012)



SECCION III.- LA NEGATIVA DE LA MEDIDA CAUTELAR (DOBLE CONFORME)

Sobre la conceptualización del principio del doble conforme no existe claridad, pues en ocasiones se confunde con el principio de doble instancia, y se lo relaciona con la casación, por lo que para lograr una mejor comprensión, se debe precisar su alcance y sobre todo a quien o quienes ampara. Con tal propósito conviene citar a Daniel B. Fedel quien sostiene que es una garantía vinculada al principio “non bis in ídem” que reconoce que el procesado no puede ser sometido dos veces al riesgo de una condena; principio que según el mismo autor siempre ha prohibido no solo el doble juzgamiento sino la doble persecución.³⁵

En este contexto, el derecho “al doble conforme” o al recurso, según el prenombrado autor, reclama mucho más que la corrección de una sentencia arbitraria (tolerable o intolerable), mediante lo cual, el imputado puede pedir que una sentencia válida sea revisada por otro tribunal y solo en caso de conformidad por este otro tribunal, obviamente con la condena, ella adquiere la calidad de cosa juzgada. Se trata entonces de un derecho exclusivo de quien ha recibido una condena a requerir la doble conformidad, porque la sentencia absolutoria quedaría firme impidiendo persecuciones posteriores.³⁶

Pero en esta monografía, se hace referencia al principio del doble conforme por el hecho de que en algunas ocasiones las medidas cautelares solicitadas no son concedidas porque los juzgadores no lo consideran necesario, y en ciertas ocasiones los derechos son vulnerados ya que las amenazas se materializan y de acuerdo a lo que establece el inciso segundo del artículo 33, “La jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación.” Entonces es por esto que en el análisis de las medidas cautelares en el Ecuador, considero necesario este principio acerca del doble conforme, ya las personas que acuden al órgano judicial lo hacen para solicitar su ayuda, y en ocasiones se van con decisiones que no esperaban y que no soluciona sus problemas, por eso creo necesario que si bien la decisión de negar la medida cautelar ya fue tomada, siempre será necesario un nuevo examen de la relación controvertida mediante el juez de segundo grado de jurisdicción.

En consecuencia la esencia del principio del doble conforme sería una instancia sobre los hechos, que culmina en una nueva resolución, en la que el juzgador competente analizaría pormenorizadamente la negativa de las medidas cautelares solicitadas en primera instancia, y al encontrar y observar situaciones que no fueron antes analizadas, esa solicitud en la que en un primer momento fue negada, tal vez en un segundo análisis sea concedida, y es ahí cuando

³⁵ Fedel Daniel B., El recurso de Casación, Doble Conforme y Garantías Constitucionales, página 28

³⁶ Maier Julio, El recurso contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?



estaríamos frente a una verdadera administración de justicia, ya que las amenazas cesarían y la vulneración de derechos sería suspendida, en el caso de que así fuera.

SECCION IV.- CONCESION DE LA MEDIDA CAUTELAR

Las medidas cautelares para que sean concedidas deben contener tres presupuestos básicos, que son: peligro en la demora, apariencia de buen derecho y adecuación.

1. Peligro en la demora. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 27, establece el principio del *Periculum in mora*, al señalar que las medidas cautelares proceden cuando los jueces tengan conocimiento de un hecho inminente y grave, que amenace con violar un derecho o viole un derecho. Por lo tanto la urgencia de las circunstancias, provocada por la amenaza o violación inminente de un derecho, hace que cualquier demora resulte peligrosa, en consecuencia la medida debe dictarse de manera inmediata, como lo establece la ley.

2. Apariencia de buen derecho. El artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina: “*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 (...)*”, esto significa que la ley recoge el principio de apariencia de buen derecho como un presupuesto para la concesión de medidas cautelares sin exigir que el juez tenga un conocimiento total, o una certeza plena de la vulneración del derecho constitucional, sino únicamente indicios, que permitan presumir la amenaza o violación del derecho.

3. Adecuación. La adecuación como presupuesto para la concesión de medidas cautelares está regulado en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece:

“*Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la*



orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad”.

De lo anteriormente citado, podemos darnos cuenta de que la ley no establece una enumeración taxativa de las medidas cautelares que se deben ordenar para evitar o detener la violación del derecho, es el juez quien debe tomar la decisión más eficaz para evitar o suspender la afección del derecho en base al caso concreto, la norma antes citada se limita únicamente a establecer algunos ejemplos que servirán como pautas para el juzgador al momento que este deba administrar justicia.

Consideramos oportuno el agregado realizado en la Asamblea Nacional, al proyecto de ley prestado por el Ejecutivo, en virtud del cual se especifica que “En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad”, ya que en un procedimiento en el que la decisión de concesión o no de las medidas cautelares se toma *inaudita pars*, luego de un procedimiento rápido, informal, sencillo, partiendo de la sola verosimilitud del derecho, al ordenar una medida privativa de la libertad se estaría afectando derechos fundamentales del sujeto pasivo de la medida, como el derecho a la defensa, presunción de inocencia, a la libertad, etc., cuyos efectos serían irreversibles, de difícil reparación, con efectos dañosos para quien lo sufre, violando el principio de proporcionalidad que debe existir entre la medida cautelar que se dicta y el derecho que con carácter preventivo se quiere proteger.³⁷

De acuerdo a lo manifestado, como podemos ver el principio de adecuación está íntimamente ligado con la condición de proporcionalidad de la medida cautelar, ya que su aplicación evitará que tengan efectos dañosos para el sujeto pasivo de la medida. Como manifiesta el Doctor Roberto Villareal, “No se puede pretender proteger un derecho violando otro”.

SECCION V.- CONTENIDO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL JUEZ

Por la naturaleza y el propósito de las medidas cautelares, basada precisamente en la urgencia y en el peligro en la demora, ellas no suponen un procedimiento contradictorio, para su aplicación basta lo que la doctrina ha denominado la apariencia del buen derecho o *fumus bonis iuris*, lo que se justifica plenamente dado el fin que persiguen, que es evitar que los derechos humanos sean menoscabados.³⁸

³⁷ Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos*. p. 31.

³⁸ Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano de Protección.....*, p. 555.



En consecuencia Las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición, así lo establece el artículo 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, además que el artículo 31 de la citada ley manifiesta que, “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”.

Entonces de acuerdo a lo manifestado el trámite para solicitar las medidas cautelares se inicia con la petición, que puede realizarla cualquier persona o grupo de personas, ya sea en forma escrita o verbal, y sin que se requiera el patrocinio de un abogado. Cuando se presente dicha petición, si existe más de un juez que pueda conocer de la solicitud, se debe realizar un sorteo a fin de fijar la competencia. Si la petición es verbal, el sorteo debe realizarse con la identificación personal. Es necesario indicar que el sorteo se realizará de manera inmediata, atendiendo prioritariamente a la persona que solicite la medida cautelar. También es importante mencionar que en cualquiera de las formas que se presente la solicitud de medida cautelar quien solicita debe declarar si ha interpuesto otra medida cautelar por el mismo hecho.

La solicitud de medidas cautelares como bien sabemos se trata de circunstancias excepcionales, por lo que cuando el juez tiene conocimiento de dichas solicitudes, no requiere de pruebas, es decir que el juzgador debe actuar de manera inmediata y urgente. Además que el otorgamiento de medidas cautelares no se trata de una decisión de fondo, por lo que no es necesario contar con una prueba concluyente, sino únicamente con bases razonables que le permiten al juez determinar que existen los requisitos para que otorgue las medidas cautelares, en otras palabras que existe la inminencia y gravedad de amenaza o violación del derecho.

Una vez que el juez haya formado su convicción sobre la petición de medidas cautelares, debe dictar una resolución ya sea concediéndolas o negando dicha solicitud de medidas cautelares. Y es importante recalcar como se dijo en líneas anteriores, que esta resolución inicial de medidas cautelares, no significa cosa juzgada. Ya que si después de dicha resolución, se da un cambio en las condiciones fácticas las medidas cautelares pueden ser solicitadas nuevamente, si fueron negadas o revocadas si se las concedió.

El contenido de las medidas cautelares por parte del juez, no puede ser impreciso o vago, el juzgador en su resolución no puede limitarse a señalar que se otorguen las medidas cautelares, a favor de tal o cual persona, él tiene la obligación de especificar e individualizar las obligaciones, ya sean estas positivas o negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y también debe especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como estas deben cumplirse. Además que los jueces hoy en día tienen el deber de utilizar todos los medios que estén a



su alcance para hacer efectivas las medidas cautelares, como llamadas telefónicas, envíos de fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos. Las medidas deben ser adecuadas a la violación que se pretende evitar, tales como comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, etc.³⁹

RESOLUCIÓN DE CASO: AVILA ROSERO vs AUTOMOTORES CONTINENTAL S.A. Medidas Cautelares No. 0003-2011. Quito- Ecuador. Resuelto por el señor Juez Vigésimo Segundo de Garantías Penales de Pichincha:

ORDENO como MEDIDA CAUTELAR LA PROTECCION DE LOS DERECHOS Y DEBERES contemplados en la Carta Fundamental, como el DERECHO A DISPONER DE BIENES Y SERVICIOS DE OPTIMA CALIDAD, LA RESPONSABILIDAD POR LA DEFICIENTE PRESTACION DE SERVICIOS O POR LA CALIDAD DEFECTUOSA DE LOS PRODUCTOS, ACCESO A LA JUSTICIA, TUTELA EFECTIVA, contemplado en ... DISPONGO: 1.- Que en el término de setenta y dos horas de notificado, se entregue a la accionante un automóvil nuevo de fábrica, que cumpla con las especificaciones técnicas y de calidad, conforme constan en los documentos de adquisición suscritos entre la señora Rosaura del Carmen Ávila Rosero y Automotores Continental S.A., quedando el vehículo que ha presentado el daño de fábrica a ordenes de Automotores Continental, para el cumplimiento de la presente Medida Cautelar Constitucional, remítase atento oficio al señor Carlos Crespo Ayala, en su calidad de Gerente de Automotores Continental, Agencia el Recreo, y además en caso de incumplimiento o desacato posterior al término indicado en líneas anteriores, se considerará como responsable solidaria a la Empresa General Motors del Ecuador S.A. ... 2.- A fin de precautelar y se cumpla con lo dispuesto en el numeral 1 de la presente Medida Cautelar Constitucional, se ordena la retención de los valores de la cuenta corriente ... , bajo la prevención, responsabilidad y sanción establecida en el Art. 30 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. ...CUMPLASE Y NOTIFIQUESE.

Además uno de los aciertos tanto de la Constitución y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es el establecimiento de consecuencias debidamente determinadas para los funcionarios públicos y particulares que llegaren a incumplir las sentencias o resoluciones de los jueces en materia de garantías jurisdiccionales. Es así que tenemos el texto del artículo 30 de la referida ley, el cual manifiesta: *“El incumplimiento de las medidas cautelares será sancionado de la misma manera que en los casos de incumplimiento de la sentencia en las garantías jurisdiccionales constitucionales”*, y el numeral 4 del artículo 86 de la Constitución señala: *“Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o*

³⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Artículo s 26, inciso segundo y 33, inciso tercero.



penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución se hará efectiva la responsabilidad determinada en la Ley”.

De este modo las resoluciones de medidas cautelares emitidas por las juezas o jueces, no son invitaciones o sugerencias, recomendaciones o propuestas, son resoluciones jurisdiccionales que poseen el mismo efecto vinculante que las restantes emitidas por los jueces. Son actos jurisdiccionales, expresiones de la voluntad judicial, que no quedan en el aire, o que están sujetas a la buena voluntad de los involucrados o sujetos pasivos de las medidas. La obligatoriedad es característica de los actos jurisdiccionales que entrañan una manifestación de la voluntad judicial, a la que se recurre precisamente, para que decida con poder vinculante lo que no es posible alcanzar de otra manera, de modo que su incumplimiento acarrea consecuencias civiles, penales y si se trata de funcionarios públicos, la más alta sanción administrativa, que es la destitución de cargo.⁴⁰

SECCION VI.- EFECTO JURIDICO DE LAS MEDIDAS

El artículo 28 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que las medidas cautelares no constituyen prejuzgamiento sobre la declaración del derecho, ni tienen valor probatorio en casos de acciones por violaciones de derechos. Como bien sabemos la función de las medidas cautelares no es la de declarar el derecho, sino únicamente protegerlo de manera preventiva. La tutela o protección que otorga, no es definitiva, no se declara el derecho ni se resuelve el asunto de fondo. Es una garantía de protección preventiva que busca como su nombre lo indica prevenir la violación del derecho, o evitar que se continúe con la violación, de este modo la concesión de una medida cautelar no significa que va a resolver una situación jurídica de fondo y de modo definitivo, sino únicamente se previene, impide o interrumpe la violación de un derecho.

En consecuencia como ya se manifestó anteriormente para que se otorgue la medida cautelar se requiere de *Apariencia de buen derecho*, es decir verosimilitud del derecho, no una demostración total de lo señalado en el escrito o petición verbal de la medida cautelar, ya que como se estableció anteriormente no se va a resolver el fondo del asunto, ni su otorgamiento prejuzga sobre la declaración de la violación de derechos. Mediante una medida cautelar se toman medidas urgentes de seguridad encaminadas a resguardar el derecho, ante las condiciones de gravedad e inminencia, ¿con qué efecto?, solo provisorio.

⁴⁰ Villareal, Roberto. “Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos”. p. 107.



En este sentido, el efecto jurídico de las medidas cautelares es lo provisional, ya que las mismas son provisionales y por lo tanto revocables. Su duración en el tiempo depende de la duración de las condiciones dañosas para el derecho. Por lo que, lo provisional no tiene que darnos la idea de que son cortas en el tiempo, sino que se mantendrán temporalmente mientras existan las condiciones de inminencia y gravedad de la amenaza o violación del derecho que se requieren para su otorgamiento, su duración por ende puede ser de un día o de años, todo va a depender de las condiciones de los hechos y de su permanencia en el tiempo.

SECCION VII.- REVOCATORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR, POR PARTE DEL ACTOR Y DEL DEMANDADO

Las medidas cautelares al ser provisionales tienen la característica de que duran solamente mientras sigan presentes los requisitos de inminencia y gravedad de amenaza o violación del derecho, lo cuales motivaron a que se dé su otorgamiento y al tener esta condición está implícita la posibilidad de que puedan ser revocadas, ya que no alcanzan la categoría de cosa juzgada, lo que resulta una característica esencial de las medidas cautelares.

Entonces si las medidas cautelares no alcanzan a la categoría de cosa juzgada, estas pueden ser revocadas, modificadas o restablecidas. Los artículos 28 y 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, recalcan el carácter de provisional y revocable de las medidas cautelares, al establecer que las mismas no son decisiones definitivas.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Artículo 28.- “El otorgamiento de medidas cautelares y su adopción no constituirá prejuicamiento sobre la declaración de la violación ni tendrán valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos”.

Artículo 35.- “La revocatoria de las medidas cautelares procederá sólo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos previstos en esta ley o se demuestre que no tenían fundamento”.

Además el artículo antes citado, al hablar de la revocatoria de medidas cautelares, establece que esta operará solo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, para los cuales los destinatarios de la medida deben justificar al juez sobre la ejecución de medidas cautelares debiendo demostrar que se evitó o interrumpió la violación de derechos constitucionales, o que el pedido no tenía fundamento.



La Corte Constitucional ha señalado que:

(...) al no constituir el proceso de medidas cautelares autónomas una acción que resuelve el fondo de la controversia constitucional, que no constituye un prejuzgamiento, peor aún cosa juzgada, carente de valor probatorio en el caso de existir una garantía jurisdiccional por violación de derechos, estas son revocables por causas sobrevinientes que merecen ser justificadas por quien solicita la revocatoria de ellas y razonadas por el juzgador que las adopta.⁴¹

⁴¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso N°0561-12-CN.



CAPITULO V

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional en primer lugar manifiesta que el objeto de las medidas cautelares es proteger los derechos constitucionales y humanos ante las amenazas o violaciones,⁴² lo cual está interrelacionado con lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en el primer inciso del artículo 26 establece, “Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.

Por lo que la Corte Constitucional señala, (...) que para el caso de la violación de los derechos, la situación es clara desde el momento en el que el ejercicio pleno de un derecho constitucional o un derecho humano es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, la persona ha sido ya víctima de una intervención vulneratoria, la acción de medidas cautelares debe ser solicitada conjuntamente con la garantía jurisdiccional correspondiente.⁴³

De esta forma clarifica el panorama respecto a cuándo se deben presentar las medidas cautelares de forma conjunta. En cambio, manifiesta que la presentación de una solicitud de medidas cautelares autónomas y su concesión operara ante “el presupuesto de la amenaza”, que reitera la Corte tal como se encuentra prevista en nuestra Constitución en el artículo 87; se refiere a cuando un bien jurídico que, sin ser necesariamente afectado o lesionado, se encuentra en tránsito de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración suceda.⁴⁴ Ello se relaciona también de manera directa con la inminencia del daño y justifica una urgente necesidad de actuación por parte de las juezas y jueces constitucionales que conocen estas medidas, de lo contrario el daño se consumaría, convirtiendo en inefectiva la medida solicitada.⁴⁵

Para concluir, la Corte Constitucional ecuatoriana expresa que la efectividad de una medida se da en función de los resultados efectivos y reales que se pueden obtener cuando se activa la misma, los cuales serán medidos en cada caso concreto dependiendo de las particularidades y elementos fácticos que se vayan generando.

⁴² Rey Cantor, Ernesto y Ángela Margarita Rey Anaya. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 167.

⁴³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n° 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso n° 0561-12-CN.

⁴⁴ Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya, *op. Cit.* p. 168.

⁴⁵ (Masapante, s.f.)



La Corte Constitucional ecuatoriana emitió reglas jurisprudenciales para la configuración de las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana, y en la parte resolutiva, así lo determina:

1.- Debido a que en la especie, esta Corte advierte por parte del juez consultante, una actuación contraria a la obligación contenida en el artículo 428 de la Constitución, en concordancia con el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en aplicación de la atribución para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, prevista en el artículo 436, numeral 6 de la Constitución de la República, advierte a las juezas y jueces que proceder en contrario a la obligación de suspender la tramitación de la causa y remitirla en consulta a la Corte Constitucional, ante la presencia de una duda razonable y motivada respecto de su conformidad con la Constitución, configura un incumplimiento de precedentes constitucionales, sancionado conforme lo determinan los artículos 86, numeral 4 de la Constitución, 164 numeral 4 y 165 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

2.- En razón de que esta Corte ha advertido que la activación de las medidas cautelares, en tanto garantías jurisdiccionales de los derechos, ha sido objeto de confusiones por parte de los operadores de justicia que las conocen, en aplicación de su atribución para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, prevista en el artículo 436, numeral 6 de la Constitución de la República , emite las siguientes reglas a ser observadas, bajo prevenciones de sanciones en los casos en los que se conozcan solicitudes de medidas cautelares:

- a) Las medidas cautelares tienen el carácter de provisionales; por tanto, el efecto de la resolución que las conceda subsistirá en tanto persistan las circunstancias que las justifiquen o concluya la acción constitucional destinada a la protección de derechos reconocidos en la Constitución, de haber sido presentada en conjunto con ella.
- b) La concesión de medidas cautelares procede en caso de amenazas o violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, con diferencia entre uno y otro supuesto:
 - i. En caso de amenazas, el objeto de las medidas será prevenir la ocurrencia de hechos que se consideren atentatorios a derechos reconocidos en la Constitución. La amenaza se da cuando un bien jurídico no se encuentra afectado o lesionado, sino en camino de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración se verifique. De ser el caso, por no verificarse todavía de manera actual una vulneración del derecho, procederá la presentación de las medidas cautelares como garantías jurisdiccionales de manera autónoma.

- ii. En caso de violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, el objeto será cesar dicha situación. Se consideran como tales aquellas situaciones en las que el ejercicio pleno de un derecho reconocido en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, cuando la persona ya ha sido víctima de una intervención ilícita. En dicho caso, las medidas cautelares deberán ser necesariamente solicitadas en conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento, se deberá condicionar la concesión de una medida cautelar a la constatación del daño grave que puede provocar efectos irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.
- c) Para la concesión de medidas cautelares autónomas o en conjunto, la jueza o juez constitucional requerirá la verificación previa de los presupuestos previstos en el artículo 27, en concordancia con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Dicha verificación deberá ser razonable y justificada, y deberá exponerse en la resolución que las conceda.
- d) La concesión de las medidas cautelares por parte de las juezas y jueces constitucionales debe siempre obedecer al principio de proporcionalidad, reconocido en el artículo 3, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo cual deberá formar parte de la motivación de la resolución por medio de la cual estas se otorguen.
- e) Adicionalmente a la inexistencia de medidas cautelares en vías administrativas u ordinarias, y a la prohibición de presentarlas contra la ejecución de órdenes judiciales, los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares son:
 - i. Peligro en la demora, determinado en caso en razón de las circunstancias que justifiquen una acción urgente por la inminencia de un daño grave a uno o más derechos reconocidos en la Constitución, sea dicha gravedad causada por la imposibilidad de revertirlo, o porque su intensidad o frecuencia justifiquen una actuación rápida, que no puede ser conseguida de forma oportuna por medio de una garantía de conocimiento, sin perjuicio de la decisión definitiva que se adopte en esta última.
 - ii. Verosimilitud fundada de la pretensión, entendida como una presunción razonable respecto de la verdad de los hechos relatados en la solicitud.
- f) En el caso de las medidas cautelares en conjunto, conforme con lo prescrito en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, su concesión se realizará, de considerarlo procedente, en la



providencia que declare la admisibilidad de la acción de conocimiento. La concesión estará sujeta a los requisitos previstos en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

- g) En el caso de las medidas cautelares en conjunto, una vez que el juez ha verificado su procedencia y si estas han sido concedidas, el trámite que deben observar los juzgadores es el previsto para la garantía jurisdiccional que haya sido solicitada con la medida cautelar en conjunto.
- h) En el caso de las medidas cautelares autónomas, de ser procedentes, deben ser ordenadas en la primera providencia. El destinatario de la medida cautelar podrá solicitar su revocatoria por las causas establecidas en la ley. Cuando la jueza o juez considere que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, el que podrá ser apelado en término de tres días.
- i) La jueza o juez tiene la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares, hacer el seguimiento de las mismas, e informar a las partes sobre la necesidad de mantener las medidas.⁴⁶

De esta manera, la Corte Constitucional ecuatoriana configura el alcance y le otorga contenido material a la institución de las medidas cautelares como garantías jurisdiccionales en nuestra realidad ecuatoriana.

⁴⁶ (Sentencia n° 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso n° 0561-12-CN. , 2013).



CAPITULO VI

IMPUGNACION-APELACION

IMPUGNACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Impugnar no es otra cosa que la contradicción, refutación o ataque procesal a las resoluciones judiciales, es decir a los actos del juez que no son cosa juzgada y los cuales son susceptibles de rebatir a través de los recursos que se encuentran establecidos en la ley, y esto se realiza para corregirlos o dejarlos sin ningún valor.

La impugnación de las resoluciones judiciales, es un derecho, el cual ha sido reconocido históricamente por todas las legislaciones e incluso ha sido incorporado en sus constituciones, esto se lo ha realizado con el fin de dar seguridad y eficacia a las resoluciones judiciales, a través de la corrección de errores o desajustes de fondo o de forma que deliberadamente o no, pueden encontrarse en las providencias de los juzgadores.

Este derecho, se puede ejercer desde antes de la constitución de la relación jurídico procesal, cuando el juez no acepta a trámite la demanda, providencia de la cual el afectado puede apelar ante el superior. Este derecho se mantiene vigente durante el desarrollo de dicha relación y respecto de casi todas las providencias que haya dictado el juez, y que las partes consideren desajustadas a derecho. Sin embargo hay casos de excepción en los que la misma ley deniega este recurso, o limita el derecho a apelar únicamente de la sentencia, con sustento en el precepto rector consagrado en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece ***“Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso, se entenderá que lo concede”***. Y esta excepción es la que precisamente encontramos en el segundo inciso del artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el cual establece: “La jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación”, el cual ya lo habíamos analizado anteriormente.

Pero en este presente capítulo no referimos al derecho de impugnación que cualquiera de las partes tienen una vez que la petición de medidas cautelares haya sido concedida, entonces debemos recordar que es un derecho potestativo de las partes a impugnar, esto se ha consagrado como la forma más correcta de administrar justicia con el fin de que el afectado por una providencia, pueda acudir generalmente ante una instancia superior solicitando que se revea, reconsidere o



reexamine el criterio del inferior, antes de que adquiera la firmeza de cosa juzgada, en cuyo caso se tornaría inalterable.

PRINCIPIOS QUE REGULAN LA IMPUGNACION

Los siguientes principios son aplicables a todo recurso, pero particularmente a los verticales, así lo manifiesta el Doctor Káiser Machuca:

1.- *Principio de Doble Instancia:* el cual busca garantizar que un proceso sea conocido por lo menos por dos tribunales de distinto grado, en miras a asegurar certeza y justicia en las resoluciones, y de esta manera se disminuye el margen de error judicial mediante el control o fiscalización del superior sobre las decisiones del inferior. Así lo consagra el artículo 76 de la Constitución de la República, en su numeral 7, literal M: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

2.- *Principio de Legalidad:* de acuerdo a este principio solo puede hacerse uso de los recursos pre establecidos en la Constitución o en las leyes, por lo que queda proscrito al juez o a las partes crear, convenir o conceder medios impugnatorios no reconocidos en el ordenamiento jurídico.

3.- *Principio de Interés:* este principio por lo general se encuentra íntimamente ligado con las pretensiones patrimoniales o extra patrimoniales de las partes agraviadas o afectadas por la providencia judicial o de terceros legitimados que tengan interés inmediato y directo en el pleito.

4.- *Principio de Temporalidad:* por el cual los recursos o medios impugnatorios deben ser deducidos dentro de los términos perentorios prefijados en la ley, a fin de conjugar valores como la seguridad, la celeridad y la justicia.

5.- *Principio de limitación:* por el cual se busca identidad entre el objeto de la impugnación y el de la resolución. La doctrina expresa este principio en máximas como “*Tantum devolutum appellatum*”, por el que el tribunal superior debe resolver exclusivamente sobre lo que se apela, o “*Non reformatio in pejus*” que prohíbe que al resolver la impugnación se agrave la situación del recurrente.



MEDIOS DE IMPUGNACION DENTRO DE UNA MISMA INSTANCIA

Es necesario señalar que las providencias judiciales como actos procesales, aunque sean de mero trámite, deben siempre observar requisitos tanto de fondo como de forma, cuya omisión o incumplimiento genera el derecho a la impugnación por parte del afectado, en unos casos se da ante el mismo juez que los provocó, es decir dentro de la misma instancia. En este caso hablamos de la primera forma de impugnación, la cual es conocida como RECURSO HORIZONTAL, NO DEVOLUTIVO o DE REPOSICION, en este caso la parte afectada lo puede proponer dentro del término de tres días después de que es notificado con la providencia, y solicitar al juez que lo dictó, la ACLARACIÓN, AMPLIACIÓN, REFORMA o REVOCACIÓN del acto procesal, con la excepción de que la sentencia que no puede ser revocada o alterada en su sentido por el mismo juez que la dictó, así lo establece el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil: “El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicite dentro de tres días”. En algunos casos estos correctivos pueden efectuarse de oficio por parte del juez, como por ejemplo en los decretos.

Recordando que la aclaración se solicita cuando la providencia es inteligible, en otras palabras obscura o inentendible. La ampliación procede cuando la providencia en cuestión no resuelve o contempla todos los puntos o asuntos que debía contener. Mientras que la reforma consiste en cambiar de forma el contenido de la providencia, con el fin de que se ajuste al pedido por las partes o dispuesto por el juez, con el ánimo de hacerle ejecutable. Y por último en el caso de la revocatoria, la providencia dictada queda sin efecto, en este caso como ya se manifestó anteriormente, la sentencia no puede revocarla ni reformarla el juez que la dictó en un inicio, sino tiene que hacerlo la instancia superior. Alsina al respecto manifiesta que *“El juez no puede modificar su sentencia por esta agota su jurisdicción”*.

En conclusión, estos actos de reposición que la ley atribuye y faculta al mismo juez que dictó la sentencia, tienen por objeto evitar dilatorias y gastos que ocasionaría el traslado a otra instancia de un incidente o una providencia de mero trámite, que bien puede ser revisada por aquel. Pero en el caso de que se niegue la petición de aclaración, reforme o revocación, se puede acudir ante el superior e impugnar dicha negativa.



MEDIOS DE IMPUGNACION ANTE OTRA INSTANCIA

En este caso el derecho de impugnación es conocido como RECURSO VERTICAL O DEVOLUTIVO, es el medio procesal que permite sacar un proceso de la competencia de un juez inferior y trasladar al conocimiento de un superior. Entonces si en un caso encontramos que un auto o sentencia no puede ser revocado por el mismo juez que la dictó en un inicio (juez a quo), el afectado puede impugnar todo o parte, dentro de los tres días, ante el superior (juez o tribunal ad quem) mediante recurso ordinario de apelación. De igual forma en el caso de negativa a la aclaración o ampliación, de una sentencia, auto o decreto, y reforma a los dos últimos, el afectado puede acudir ante el superior por vía de apelación.

EL RECURSO DE APELACION

“El uso de la apelación es necesario porque corrige la injuria (negligencia) o el desacuerdo de los juzgadores, aunque a veces, al reformar, empeore las sentencias bien dictadas”. Ulpiano.

El recurso de apelación también conocido como el recurso de alzada, es el medio más común y frecuente de impugnación de las providencias judiciales, cuando no pueden ser reconsideradas por el juez que las dictó, ya sea por su negativa o por no ser procedente como sucede en el caso de la sentencia. Por la apelación se persigue que el pronunciamiento (sentencia, auto, decreto, auto o excepcionalmente decreto) del juez a quo sea reconsiderado por el juez o tribunal ad quem, es decir por una instancia superior y diferente a la que dictó la providencia recurrida.

El recurso de apelación puede ser objeto de renuncia conforme lo establece el artículo 333 del Código de Procedimiento Civil, “El juez que hubiere concedido el recurso de apelación, remitirá al superior el proceso, sin formar artículo y con la prontitud posible.”, siempre que se formule dentro del proceso y no como un acto extra procesal, y su renuncia no esté prohibida por la ley, como en el caso de juicios en que intervenga como parte el estado, municipalidades y en general entidades del sector público, pues a más de su irrenunciabilidad es menester que en el caso de sentencia, estas se eleven al superior por vía de consulta, medio procesal que algunos consideran también como otro recurso.



TRAMITE DEL RECURSO DE APELACION

Apelada una providencia, le corresponde al tribunal que lo dictó calificar su procedencia y resolver sobre su admisión, si el caso es afirmativo determinar si lo concede en los efectos devolutivo y suspensivo o únicamente el primero. En acciones constitucionales, la competencia para calificar la procedencia o no de la apelación le corresponde a la Sala respectiva de la Corte Provincial.

- EFECTOS DEL RECURSO DE APELACION

1.- EFECTO SUSPENSIVO, este efecto causa la suspensión de la ejecución de la sentencia apelada, entonces esto significa que dicha sentencia no va a ser ejecutada, entonces en el caso de las sentencias en las que un primer momento se concedieron las medidas cautelares solicitadas y que después fueron apeladas por la parte afectada, se entiende que al conceder este efecto se suspende la concesión de las medidas cautelares.

2.- EFECTO DEVOLUTIVO, por este efecto se entiende que cuando la sentencia es apelada, esta transmite al tribunal superior del conocimiento de la sentencia, para que este decida sobre la decisión tomada por el inferior.

Couture al respecto manifestaba, “*El efecto inherente al recurso de apelación, consistente en desasir del conocimiento del asunto al juez inferior, sometiéndolo al superior*”.

Este efecto siempre se produce en la apelación, en otras palabras es parte esencial y objeto esencial de la misma, ya que por un lado hace perder al juez de primera instancia el conocimiento del asunto y, por otro, hace adquirir al juez superior la jurisdicción sobre la cuestión apelada; ya sea el mérito de la pretensión planteada ante el primer juez, o bien el de alguna cuestión o punto incidental controvertido resuelto en la instancia inferior.



CAPITULO VII

CONCLUSIONES

A manera de conclusión, podemos señalar que las medidas cautelares, por su naturaleza, constituyen un instrumento importante que permite la protección de los derechos que se encuentran reconocidos en nuestra carta magna, cuya finalidad es evitar o cesar la violación de un derecho en caso de haberse producido, por esta razón las medidas cautelares juegan un doble papel. El primero se refiere a la posibilidad que tenemos todas las personas de que no sean interrumpido el ejercicio de nuestros derechos constitucionales, ya sea por una actuación irregular de un particular o de una autoridad pública. El segundo papel que desempeñan estas medidas, es que le permiten al Estado contar con una herramienta de alerta para evitar una actuación irregular que pueda vulnerar los derechos constitucionales, y de esta manera impedir que se genere un daño que afecte el ejercicio de un derecho.

De la misma manera, las medidas cautelares dentro del sistema de protección de derechos constitucionales en Ecuador, tienen una doble dimensionalidad; es decir que pueden operar de manera autónoma o en forma conjunta con otra garantía. Las cuales deberán observar las características comunes que tiene toda garantía jurisdiccional, con la excepción en la concesión de medidas cautelares conjuntas, la que se encuentra dada por la acción extraordinaria de protección.

El objetivo de la concesión de las medidas cautelares se basa en la protección urgente, inmediata del derecho para que este no sea vulnerado, cuando este se trata de una amenaza, o lo que busca es suspender la violación actual de un derecho. Por esta razón, las medidas cautelares deben ser concedidas de manera inmediata y eficaz, para que se permita contar un mecanismo idóneo y rápido que logre la interrupción de la violación de un derecho constitucional. Este proceso de disciplina se verificará en los efectos que generen las medidas cautelares al disponer la suspensión del acto que generó la violación del derecho, lo cual obliga a los jueces y a las autoridades administrativas a decidir de manera expedita sobre los procesos que han sido puestos en su conocimiento. En consecuencia la aplicación de estas garantías jurisdiccionales hace referencia a que nuestros jueces adquieren un papel protagónico en la defensa de los derechos constitucionales, es decir que dejan de ser espectadores del proceso y se



convierten en verdaderos garantes de la vivencia de los derechos, que se encuentran reconocidos en nuestra carta ius fundamental.

Si bien es cierto, existen contradicciones entre la naturaleza de las medidas cautelares propuestas en el artículo 87 de nuestra Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, también es cierto que esto le corresponde a la Corte Constitucional, mediante la revisión de sentencias o consultas constitucionales, determinar cuáles serán los cánones interpretativos y disciplinarios.

La configuración de estas garantías jurisdiccionales debe siempre observar la gravedad del daño y la verosimilitud del derecho, como condiciones para su otorgamiento. En lo que respecta a la gravedad del daño la concesión de la medida debe ser proporcional y adecuada con el daño que se pretende evitar, y en cuanto a la verosimilitud, el juzgador no debe comprobar la amenaza o la vulneración del derecho, sino que se debe tener fundamentos razonables de que el acto en cuestión puede llegar a producir un daño, una vulneración de un derecho, es decir que puede generar efectos perniciosos.

Las medidas cautelares en cuanto a su tramitación, se refiere a los procedimientos comunes de principios y garantías que se encuentran reconocidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, obviamente con las particularidades propias de estas garantías, de esta manera la audiencia será de manera excepcional para garantizar la celeridad, las notificaciones se realizarán después de la concesión de la medida cautelar, y además pueden ser objeto de revocatoria, si así el juez lo considera necesario, es decir cuando el juzgador considere que ya ha cesado la amenaza o vulneración del derecho.

Es importante mencionar que las medidas cautelares son verdaderas garantías constitucionales, ya que si bien estas no se pronuncian sobre el fondo de la controversia, son un mecanismo de protección para evitar la violación de derechos constitucionales, y de esta manera hacen que el estado cuente con recursos idóneos y justos para evitar y cesar la violación de los derechos constitucionales, y así establecer los fundamentos de un Estado Constitucional de derechos y justicia.

Por último, cabe recalcar que las sentencias sobre medidas cautelares al igual que cualquier otra garantía deben ser observadas, respetadas y cumplidas, adoptándose todas las medidas cautelares concedidas para su efectivo cumplimiento, todo esto para que se dé una verdadera protección de los derechos que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución de la República la cual fue



aprobada mediante referéndum en el año 2008, y que estos derechos no queden solo en meros enunciados.

Finalmente considero que es importante anotar a manera de conclusión las implicaciones para las abogadas y abogados en libre ejercicio profesional en el marco del neo constitucionalismo en el Ecuador, en relación a las medidas cautelares, en el sentido que no debe caer en la tentación de *abusar* del derecho constitucional. Toda vez que la aplicación de la Constitución es directa y de aplicación inmediata da lugar a crear incidentes procesales. Es por ello, que la actual Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Art. No. 23, expresamente indica: ***Abuso del derecho.*** - “La jueza o juez podrá disponer de sus facultades correctivas y coercitivas, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, a quien, ***abusando del derecho, interponga varias acciones en forma simultánea o sucesiva*** por el mismo acto u omisión, por violación del mismo derecho y en contra de las mismas personas”.

En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura.

Para evitar las sanciones, corresponde a los profesionales del derecho, estar en permanente actualización por medio de los fallos constitucionales. La principal fuente del derecho es la actividad jurisdiccional constitucional, que viene a ser una especie de expresión viva del derecho, pues la Ley ya no es el centro del derecho sino la Constitución y su aplicación concreta por medio de las sentencias. No obstante también estar preparado para exponer las normas provenientes de las Convenciones Internacionales, que en materia de derechos humanos es vinculante para el Ecuador como normativa “supra-nacional.



BIBLIOGRAFIA

Asillo, J. M., 2014. *Elementos para determinar la verosimilitud del derecho..* [En línea]

Available at: <http://www.blog.pucp.edu.pe/>
[Último acceso: 16 Octubre 2014].

Palacios, V. F., 2011. *Corporacion Jurídica Farfán y Asociados.* [En línea]

Available at: <http://www.corporacionjuridicafarfanyasociados.blogspot.com/>
[Último acceso: 14 Octubre 2014].

Uribe, D., s.f. *Las medidas cautelares en la nueva Constitucion del Ecuador.* Quito: s.n.

Villalobos, S. S., s.f. *Facotres para determinar la verosimilitud del Derecho invocado en las medidas cautelares..* [En línea]

Available at: <http://www.monografias.com/>
[Último acceso: 16 Octubre 2014].

Gallegos, C. M., s.f. *Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana.* Quito: s.n.

Morales, A., s.f. *Monografias.com.* [En línea]

Available at: <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>
[Último acceso: 26 septiembre 2014].

Sartori, s.f. *Academia de Derecho.* [En línea]

Available at:
<http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/SARTORI.pdf>
[Último acceso: 24 septiembre 2014].

Ledesma, H. F., s.f. *El Sistema Interamericano de Proteccion de Derechos Humanos..* Tercera ed. s.l.:s.n.

Patiño, F. R. J., 2012. *Repositorio Digital Universidad Nacional de Loja.* [En línea]

Available at: <http://www.dspace.unl.edu.ec/>
[Último acceso: 20 Octubre 2014].

Villareal, R., 2009. *Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos.* Quito: s.n.



Masapante, C., s.f. *Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana*. Quito: s.n.

Sentencia n° 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso n° 0561-12-CN. (2013) Corte Constitucional del Ecuador.

Machuca, K., 2014. *Impugnacion de las Resoluciones Judiciales*. Cuenca: Materia Noveno Ciclo. .

Morales, A., 2007. *La apelacion*. [En línea]

Available at: www.monografias.com
[Último acceso: 4 Noviembre 2014].