

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

El presente trabajo de titulación, en su totalidad o cualquiera de sus partes, a pesar de estar disponible sin restricciones en el repositorio institucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, **NO DEBE SER CONSIDERADO COMO UNA PUBLICACIÓN** y mantiene el carácter de un trabajo original e inédito. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en: <http://bit.ly/COPETHeses>

La desnaturalización de las medidas cautelares en materia constitucional¹

The distortion of precautionary measures in constitutional matters

Autores:

Francisco Abdon Cevalos Zambrano; franciscocevallos2008@hotmail.com

Alvaro Javier Torres Loor; alvarotorres11@hotmail.es

Tutor: Ab. Juliet Loor Parraga Mgs.

Resumen

El presente trabajo analiza a las medidas cautelares constitucional, que tiene como finalidad prevenir la vulneración a un derecho constitucional o cesarlo en el caso de haberse producido la violación. Así también se desarrollan sus características, objeto y procedimiento, que están reconocidas en la doctrina, la LOGJyCC y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A través del método teórico jurídico, el trabajo constituye un estudio normativo con elementos doctrinarios dentro de un abordaje descriptivo y analítico de las figuras. Se concluye que la desnaturalización se genera a instancia de los jueces constitucionales y de los peticionarios de las medidas cautelares, cuando se inobservan los parámetros doctrinales, legales y jurisprudenciales aplicables a las mismas.

Palabras clave: medida cautelar, medida cautelar autónoma, medida cautelar conjunta, desnaturalización.

¹ Artículo científico producto del Proyecto de Investigación “Competencias de Investigación en estudiantes de Educación Superior de la Carrera de Derecho de la Universidad San Gregorio de Portoviejo”.

Abstract

The present work analyzes the constitutional precautionary measures, whose purpose is to prevent the violation of a constitutional right or to stop it in the case of the violation. In this way, its characteristics, object and procedure are also developed, which are recognized in the doctrine, the LOGJyCC and the jurisprudence of the Constitutional Court. Through the legal theoretical method, the work constitutes a normative study with doctrinal elements within a descriptive and analytical approach to the figures. It is concluded that the denaturalization is generated at the request of the constitutional judges and the petitioners of the precautionary measures, when the doctrinal, legal and jurisprudential parameters applicable to them are not observed.

Keywords: precautionary measure, autonomous precautionary measure, joint precautionary measure, denaturalization.

Introducción

El Ecuador hace más de 14 años cambió su concepción, dejando de ser un Estado de derecho y pasar a convertirse a un “Estado constitucional de derechos y justicia” (Art. 1, CRE, 2008). Justamente en ese nuevo paradigma se fundamentó la implementación de las garantías jurisdiccionales como mecanismos jurídicos procesales para la protección y amparo eficaz de los derechos constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales si bien tienen un origen macro constitucional, siendo que la mayoría fueron creadas por la Constitución de la República del Ecuador del 2008, resulta que también tienen un importante desarrollo legal y jurisprudencial. Justamente la Corte Constitucional (en adelante CC), como máximo órgano de interpretación constitucional ha tenido que dictar criterios vinculantes para solventar y solucionar los problemas jurídicos ocurridos en la praxis procesal constitucional, incluso creando a través de esta vía 2 garantías jurisdiccionales.

Entre las garantías jurisdiccionales es relevante destacar a las medidas cautelares, que aparecen en materia constitucional y se han convertido en una vía idónea para el amparo directo de los derechos constitucionales, las cuales son el objeto de estudio de la presente investigación, que se analizan desde un enfoque integrador del texto constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sentencias de la CC y casos ocurridos en la práctica procesal.

Las medidas cautelares tienen una finalidad distinta a las demás garantías jurisdiccionales, por cuando tienen como finalidad prevenir o cesar la vulneración de derechos constitucionales de manera temporal, es decir, o bien se evita que los derechos sean vulnerados o bien se suspende la ejecución de las acciones o omisiones que están generándola.

La propia Constitución ecuatoriana crea las medidas cautelares en su Art. 87 que dispone: “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.” Así también la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJyCC) determina que “Art. 26.- 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”. Como se denota de las normas citadas, no se hace una diferencia denominativa, sino que es la propia Corte Constitucional y doctrina constitucional la que las reconoce como: medida cautelar autónoma y medida cautelar conjunta.

Si bien la LOGJyCC, respecto a las medidas cautelares regula la finalidad, requisitos, procedimiento, efectos jurídicos y algunas características, esto no ha sido suficiente para prevenir su desnaturalización. He ahí la importancia que ha tenido la doctrina constitucional y sobre todo la jurisprudencia de la Corte Constitucional en establecer criterios para ratificar su naturaleza jurídica, desarrollando incluso otros parámetros que no están fijados en la Ley.

El presente artículo es de gran importancia, porque además de analizarse la importancia de las medidas cautelares en el sistema procesal constitucional ecuatoriano, así como su finalidad, características, procedimiento y efectos, se plantean causales de desnaturalización que se pueden identificar desde la práctica procesal constitucional, las que pueden ser abordadas en futuras investigaciones de manera independiente.

Metodología

La presente investigación es cualitativa, por cuanto se desarrolla a través del método teórico jurídico que implica un estudio normativo con elementos doctrinarios acerca de las medidas cautelares en materia constitucional, destacándose sentencias de la Corte Constitucional; para

lograr este objetivo se indagaron y analizaron fuentes en revistas indexadas, libros, jurisprudencia y normas.

Problema jurídico

El problema jurídico que se aborda corresponde a la desnaturalización de las medidas cautelares en materia constitucional, objeto de estudio novedoso por cuanto no existen investigaciones que lo hayan examinado. En razón de ello se ha planteado la siguiente interrogante: ¿A qué se debe la desnaturalización de las medidas cautelares en la praxis procesal constitucional ecuatoriana?

Las medidas cautelares como garantías jurisdiccionales en el Ecuador

El desarrollo progresivo de los derechos humanos a partir de la segunda mitad del Siglo XX es una de las causas para el perfilamiento de mecanismos constitucionales para su protección. Ecuador no es la excepción, de hecho, es uno de los Estados que mantiene en vigencia mecanismos procesales constitucionales que protegen en mayor medida los derechos que en otros países de la región. Sin embargo, no se puede desconocer que la realidad de los Estados es variable y esa dinámica se refleja en el Derecho.

En este sentido, la Constitución del Ecuador del 2008, entre los principios constitucionales que rigen su ejercicio, reconoce el de aplicación directa e inmediata, es decir, que deben aplicarse de manera directa sin necesidad de ley previa (Espinoza Guamán, 2022, p. 357). Y en este marco protector, la norma constitucional implementó las garantías jurisdiccionales, que son definidas como “mecanismos procesales implementados para garantizar los derechos constitucionales” (Salazar, 2021, p. 82).

Como se lo expuso en líneas anteriores, las medidas cautelares son parte de las garantías jurisdiccionales. Su introducción en el ordenamiento ecuatoriano en materia constitucional no se genera en la Constitución del 2008, considerando que ya en la Constitución de 1998 se hace una referencia imprecisa de estas, puesto que dicha norma contempló a la acción de amparo cuya naturaleza no la hacía similar a la acción de protección, sino a las medidas cautelares. No obstante, únicamente en *“La Constitución del a República de 2008, se refiere de manera expresa a*

las medidas cautelares constitucionales y refiere que pueden solicitarse de forma autónoma o conjuntamente con otras garantías constitucionales” (Coloma, 2020, p. 252).

Estas medidas tienen un origen mixto: fueron creadas por el Art. 87 de la Constitución ecuatoriana, reguladas por los artículos 26 a 38 de la LOGJyCC y desarrolladas por jurisprudencia de la Corte Constitucional. Precisamente éste alcance jurisprudencial se debió a su indebida utilización o a la improcedente actuación de los jueces al momento de ordenadas o tramitarlas, lo que constituye el objeto central de estudio de la presente investigación.

Las medidas cautelares son un instrumento peculiar que se reconocen en materia constitucional con una finalidad cautelar y tutelar (lo que se discutirá en el siguiente punto), porque mientras en otras materias se protegen finalidades de ciertos procesos, acá se protegen los derechos constitucionales, para evitar la vulneración o cesarla, según sea el caso.

En materia constitucional, las medidas cautelares buscan la protección de los derechos constitucionales, en mayor medida que las otras garantías jurisdiccionales, puesto que éstas buscan prevenir o cesar la vulneración, y las demás, repararlos porque ya la vulneración se ha consumado. Por ello es que deben cumplirse los principios que las rodean y la actuación de los jueces constitucionales debe ser inmediata. Es así que, el Estado confiere a estos jueces toda su capacidad de coacción, para dictar y ejecutar las medidas cautelares.

Cabe la analogía en materia civil que realiza Rocco (1977) respecto de las medidas cautelares: “Se trata de mantener inmutada una situación de hecho y de derecho incierta o controvertida, que se teme pueda ser alterada por distintos eventos o hechos impugnables a las partes” (p. 16). Es decir, el autor aduce que no se pretende dar resolución a un hecho controvertido, que en materia constitucional sería la declaración de la vulneración de un derecho (fondo del asunto), sino, en realidad, proteger la situación de un bien o, en materia constitucional, prevenir la vulneración de un derecho o cesarlo.

Cervantes afirma que: *“Las medidas cautelares constitucionales son una garantía jurisdiccional de la norma fundamental y por ende de los derechos que esta reconoce a las personas”* (Cervantes, 2020, p. 173). En esa medida, pueden ser definidas como una manifestación procesal del derecho

constitucional que posibilita la tutela judicial efectiva, reconocida como un derecho constitucional en el Art. 75 de la Constitución ecuatoriana, así: “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.”

Sobre la tutela judicial efectiva, la doctrina y propia jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, ha indicado que tiene tres dimensiones procesales: cuando se permite el acceso a un órgano jurisdiccional, que la tramitación debe respetar las garantías del debido proceso y además que, la decisión que se dicte sea justa y ejecutada. Siendo así que las medidas cautelares constitucionales permiten el acceso a la justicia ante los jueces constitucionales, cuando se pretende prevenir o cesar la violación de derechos fundamentales producida por la acción u omisión de un particular o del poder público.

Entonces, las medidas cautelares constitucionales en cuanto protección preventiva de derechos humanos, “*son totalmente autónomas e informales, donde la regulación establece que todas las horas y días son hábiles, que la aplicación del derecho debe orientarse hacia el cumplimiento de las normas constitucionales*” (Terán, 2021, pág. 4). Siendo que, para que los jueces constitucionales puedan ordenarlas incluso pudieren atender peticiones por llamada telefónica que garantiza su interposición verbal, que por mandato constitucional se lo garantiza en el Art. 86 numeral 2 literal a) “*Será oral en todas sus fases e instancias*”, sin que esta precisión implique entrar en detalles que se abordarán más adelante.

Es evidente que serán las circunstancias específicas de cada caso en particular, de acuerdo a lo que se pretenda prevenir o cesar, las que determinen la pauta para que el juzgador actúe en función cautelar o tutelar del derecho constitucional que se pretende evitar se vulnere o se consolide de forma total. En tal virtud, el juez constitucional debe limitarse solamente a la lectura de los hechos para concluir si se reúnen los requisitos para ordenar las medidas cautelares, analizando si es proporcional dictarlas de acuerdo a cada caso en particular, caso contrario se estarían desnaturalizando las medidas cautelares.

Si bien ciertos autores consideran que “la normativa constitucional y legal sobre medidas cautelares constitucionales debe aplicarse en sentido amplio y literal” (Terán, 2021, pág. 4), lo

cierto es que la medida a dictarse por parte del juez constitucional, siempre dependerá de las particularidades de los hechos que se pongan a su conocimiento al momento de solicitarse la medida cautelar.

Así, Marcheco analiza esta institución jurídica sosteniendo que: “El instituto de la tutela cautelar, sustentado en el principio formulado por el derecho italiano a principios del siglo XX según el cual “el proceso para obtener razón no puede convertirse en un daño para quien tiene la razón”, responde a la necesidad “efectiva y actual” de alejar el temor de un daño jurídico” (Marcheco, 2017, p. 264), más aun cuando lo que se encuentra amenazado o vulnerándose es un derecho constitucional, es por ello que, las medidas cautelares también tienen esa finalidad de “conservación del orden y la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia” (Ledesma, 2008, p. 9)

Por otro lado, frente al carácter excepcional, que ha sido atribuido a las medidas cautelares, éste queda desvanecido en materia constitucional, puesto que actúan como “instrumentos de protección de todos los derechos que se derivan de la dignidad humana así no estuvieren expresamente formulados en la Constitución o instrumentos internacionales de derechos humanos” (Villareal, 2010, p. 87). Por ello, en el ámbito de aplicación constitucional de las medidas cautelares, no se encuentra reducido a ser excepcional, puesto que conlleva a las jueces constitucionales al análisis inmediato sobre lo que el abuso y/o arbitrariedad pudiere ocasionar si no se dictan de manera adecuada, y el peligro que representan estos fenómenos a las personas.

Pese a lo anterior, tampoco se puede desconocer que “la justicia cautelar está pensada como una posibilidad excepcional, como una opción extrema frente al principio general de ejecutividad de las decisiones administrativas” (Pereira, 2015, p. 131). Por lo tanto, también debe pensarse en el riesgo que se corre al momento de ordenar una medida, las posibles disyuntivas frente a la actuación administrativa que se ve limitada y que goza de autotutela. He ahí la importancia de la actuación de los jueces constitucionales, que es un desafío actual en el marco del Estado de derechos y justicia, “tanto para la noción de Estado (constitucional) de derecho como para la de *rule of law* está relacionado con el margen de discrecionalidad con que los funcionarios judiciales (especialmente aquellos con competencia constitucional) resuelven algunos de los conflictos que se les plantean” (Etcheverry, 2017, pp. 5-6).

Por lo expuesto, es claro que más allá de las premisas legales, constitucionales y jurisprudenciales que rodean a las garantías jurisdiccionales y propiamente a las medidas cautelares, objeto central del presente estudio, son los jueces constitucionales los que tienen la verdadera responsabilidad de respetar y hacer respetar la naturaleza jurídica de estas medidas que a continuación será estudiada.

Discusión: desnaturalización de las medidas cautelares y su procedimiento

Sobre la naturaleza jurídica de forma general, la doctrina nacional e internacional ha profundizado bastante, desde hace varios años. La determinación de la naturaleza de las medidas cautelares constitucionales, es indispensable para comprender su objetivo, y, en virtud de ello, emplearlas de modo apropiado, y cuando se solicitan o se dictan contrario aquello, es justamente lo que genera la desnaturalización.

Por las características propias de nuestro ordenamiento constitucional y de acuerdo a la práctica procesal en materia de garantías jurisdiccionales, la doctrina nacional se ha ocupado de ir desarrollando en forma dogmática-sistemática, teorías de las medidas cautelares en materia constitucional. El análisis de esta doctrina es importante para el perfeccionamiento de este punto, que hará a la luz de las dos medidas cautelares existentes en materia constitucional: medida cautelar autónoma (en adelante MCA) y la medida cautelar conjunta (en adelante MCC).

La medida cautelar autónoma opera cuando existe una amenaza de vulneración de un derecho constitucional y se activa de forma independiente, es decir, no se acompaña de una garantía jurisdiccional, ni tampoco es necesario que en lo posterior se presente una garantía, por cuanto, su finalidad es prevenir la violación. En cambio, la medida cautelar conjunta es subsidiaria y se presenta conjuntamente con una garantía jurisdiccional, es decir, depende de una garantía principal y su vigencia radica en la resolución del juez constitucional respecto de la garantía madre.

La desnaturalización de las medidas cautelares se genera también cuando se presenta la conjunta habiendo amenaza o se presenta una medida cautelar autónoma habiendo vulneración. Esto a pesar que los jueces tienen la obligación de adecuar el procedimiento a la garantía que corresponde y además a la dificultad en la práctica de diferenciar cuando debe presentarse una u otra que se genera para quienes las solicitan.

Pélaez analiza que “la actuación preventiva, como manifestación de una forma de garantía subsidiaria, y por lo tanto sujeta al ejercicio de una acción principal, no puede dar lugar a un proceso dotado de una propia y constante estructura particular que permita considerarlo como tipo especial” (Peláez, 2005, p. 167). Si bien esta premisa sirve para analizar la medida cautelar conjunta, no se acopla para la medida cautelar autónoma, puesto que esta última no depende de otra garantía jurisdiccional, ya que como su propio nombre lo indica es independiente, porque su objeto es precisamente evitar la vulneración de un derecho constitucional.

Hay quienes sostienen que las medidas cautelares tienen una naturaleza netamente cautelar. Sin embargo, esa naturaleza cautelar corresponde a la medida cautelar autónoma, cuya finalidad es evitar que la amenaza de vulneración de un derecho se llegue a consolidar. En cambio, la medida cautelar conjunta tiene una naturaleza mixta porque evita que el daño sea irreversible, pero como ya existe vulneración también tutela los derechos constitucionales. Sobre esto, Acosta (2020) agrega que:

En el mundo jurídico la figura de las medidas cautelares suele estar asociada al proceso, en particular, a la eficacia de lo que se decida en el marco de este. Pese a ello, en ciertos ámbitos este tipo de medidas han evolucionado hasta el punto de ampliar su naturaleza y alcances, por lo que ya no se trata de una herramienta meramente cautelar, sino también tutelar. (p. 4).

Ahora bien, tampoco se puede desconocer que las medidas cautelares conjuntas a pesar de tener una naturaleza mixta (tutelar-cautelar), no tienen como finalidad reparar ningún daño ocasionado por la vulneración de un derecho, considerando dos puntos a saber: primero, ordenar la medida no significa un pronunciamiento previo respecto al fondo del asunto; y, segundo, al momento de resolver la garantía principal es que se disponen las medidas reparatorias, si el juez declara la vulneración de uno o más derechos constitucionales.

En relación a lo anterior, la Corte Constitucional del Ecuador a través de su jurisprudencia reconoce que las “medidas cautelares proceden respecto de derechos fundamentales, es decir, tanto en el caso de derechos previstos en la Constitución como respecto aquellos previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos” (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párrs. 19-20). Así también agrega que “las medidas cautelares tienen siempre

un fin preventivo, pero nunca reparador y el proceso no es de conocimiento sino, más bien, sumario” (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párrs. 19-20).

Uno de las características más importantes que rodea a las medidas cautelares lo es la de verosimilitud, bajo la cual se presumen ciertos los hechos narrados en la demanda. Misma que ha sido reconocida por la Corte Constitucional al decir que:

Los hechos creíbles deben desprenderse de la petición de medidas cautelares. Por la naturaleza de las medidas cautelares, al no ser una acción de conocimiento, no se requieren pruebas para demostrar la veracidad de lo descrito al momento de presentar la petición o demanda. De ahí que lo resuelto no constituya un prejuzgamiento sobre los hechos o la posible responsabilidad por esos hechos, como lo dispone el artículo 28 de la LOGJCC, y que la medida pueda ser revocada si es que los hechos no fueron ciertos o si no se presentaban los otros requisitos. (CC, Sentencia No. 66-15-JC/19 de 10 de septiembre de 2019)

Justamente la presunción de certeza de los hechos de las medidas cautelares se desprende de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puesto que la Constitución y la LOGJyCC no reconocen esta característica, que dicho órgano reconoce como verosimilitud y que “se basa en una presunción razonable de que los hechos relatados en la petición de medidas cautelares vulneran o pueden vulnerar derechos constitucionales” (CC, Resolución sobre Medidas Cautelares No. 33-20-IS/20). Se entiende es que por regla general cada medida cautelar en concreto se exige la aplicación del principio de prueba documental respecto del escrito a través del cual se piden las medidas, lo que se considera “suficiente, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo” (Gimeno, 2007, p. 34).

Debido a dicha característica (verosimilitud) es que se radica la importancia del escrito de petición de la medida cautelar, porque todo va a depender de la exactitud al momento de narrar el hecho que genera la amenaza (MCA) o vulneración (MCC). Por lo tanto, el escrito debe de forma correcta a los sujetos activo y pasivo implicados en la concesión de la medida, (beneficiario y destinatario), y, tener relación con el objeto de la misma, puesto que si se subsiste la amenaza y se peticiona la MCC o si habiendo vulneración se interpone la MCA, se estarían desnaturalizando.

Las medidas cautelares de acuerdo a lo que disponen los Artículos 87 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tienen por objeto evitar o cesar la amenaza o violación

de los derechos reconocidos en la Constitución y/o en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Del artículo 6 inciso segundo de la LOGJyCC, en el que se determina la finalidad de las garantías jurisdiccionales, se estipula que: “(...) las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”.

La Ley en análisis regula el procedimiento para interponerlas y resolverlas, por cuanto su tramitación se resume a eso: a pedir la medida, paso seguido a decidir si procede o no dictarla, considerando que la audiencia es excepcional en mandato de lo que dispone el Art. 36 de la LOGJyCC, que dispone: “*De manera excepcional y de considerarlo necesario, la jueza o juez podrán convocar a los involucrados a una audiencia para ordenar las medidas, modificarlas, supervisarlas o revocarlas*”. Sin embargo de aquella excepcionalidad, en el Ecuador prima su aplicación sobre la regla general que es la resolución inmediata y posterior a la presentación de la petición de medida cautelar, lo cual también genera su desnaturalización.

La normativa que regula las garantías jurisdiccionales y su tramitación, es la base para la actuación de los jueces constitucionales, quienes “tiene la obligación de centrarse en salvaguardar, se encuentre amenazados disponiendo las medidas necesarias para evitar así que se produzca violaciones que están produciendo” (Vernanza, 2020, p. 37), pero por el contrario, a la aplicación de la Constitución, la LOGJyCC y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ni siquiera analizan con inmediata necesidad las peticiones de medidas cautelares, sino que convocan audiencia como regla general y permiten incluso la evacuación de pruebas, inobservando al mismo tiempo la verosimilitud y el procedimiento que rodea a las medidas cautelares.

Convocar a audiencia como regla general, en contradicción a lo que dispone la Ley procesal constitucional y la naturaleza propia de las medidas, atenta contra el objeto de las garantías jurisdiccionales y sobre todo de las medidas cautelares, pues antes o durante una violación, es urgente la actuación pronta y oportuna justicia constitucional, para prevenirla o para cesarla, cuya ejecución debe darse en condiciones de proporcionalidad sin desmerecer otros derechos de igual jerarquía y sin sobrepasar la potestad jurisdiccional constitucional.

Sobre la proporcionalidad, la LOGJyCC establece en su Artículo 26 inciso segundo lo siguiente: “Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener”. La Corte Constitucional también reconoció que: “Las medidas solicitadas además deben ser idóneas, necesarias y proporcionales al hecho generador o a la realización del fin que se persigue, de lo contrario, las medidas cautelares carecerían de eficacia” (CC, Resolución sobre Medidas Cautelares No. 33-20-IS/20).

Entonces, la proporcionalidad se materializa debido a que las medidas cautelares deben ser dictadas de conformidad con la vulneración de derechos que se pretende evitar o detener. Por esta característica precisamente se aplica el principio de *iura novit curia*, bajo el cual los jueces constitucionales pueden ordenar otras medidas no solicitadas en la petición, considerando la evidente necesidad de evitar la vulneración o detenerla para mitigar los efectos del daño.

Sobre la base teórica desarrollada por Santofimio, Sanabria (2020) analiza que “*el autor destaca la importancia de la provisionalidad de la medida y la aplicación del test proporcionalidad en su decreto*” (p. 540). Se desprende que además de las desarrolladas en líneas anteriores, las medidas cautelares tienen las siguientes características:

- a) **Provisionalidad:** las medidas cautelares deben tener un tiempo limitado de vigencia que dependerá de la amenaza o en el caso de la conjunta, hasta que se resuelva la garantía jurisdiccional principal. Esto debe ser observado tanto por quien la presenta como por el juez, por que la desnaturalización no solo se ha generado a instancia de los jueces que dictan medidas cautelares de manera definitiva, sino, por parte de los abogados o peticionario que las solicitan de manera inoportuna afectando el carácter temporal de las mismas.
- b) **Inmediatez:** para garantizar su eficacia, considerando la urgencia que rodea la petición a fin de evitar la vulneración o cesarla, requieren ser resueltas en el menor tiempo posible. Incluso haciendo un análisis comparativo con las demás garantías jurisdiccionales, que son sumarias, se puede evidenciar que las medidas cautelares con más eficaces y su tramitación es más rápida que el resto de garantías.

- c) **Informalidad:** bajo esta característica el juez constitucional debe adoptar su decisión en el menor tiempo posible, de acuerdo a cada caso en particular, incluso movilizarse hasta el lugar para lograr su eficacia. Así mismo, la resolución de las medidas cautelares es más rápida que el resto de garantías jurisdiccionales, ya que luego de ser presentadas el juez debe resolver de manera inmediata y ejecutarla en el caso de aceptarla.

Por ello, cuando se dictan de manera definitiva (sin una condición temporal), se convoca audiencia sin motivación rompiendo la regla general, se solicitan requisitos formales no establecidos en la Ley o medios de prueba, se atenta contra estas características y se desnaturalizan las medidas cautelares.

Hay autores como Cueva, que considera que las medidas cautelares constitucionales “no son diferentes en su esencia a las medidas cautelares que pueden extraerse de las vías penal y civil” (Cueva y otros, 2022, p. 966), y agrega que, por ejemplo, al igual que en dichas materias se aplica “el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. La diferencia fundamental estriba en quién conoce de estas medidas” (Cueva y otros, 2022, p. 966).

Además de la competencia, en la que claramente existe una distinción entre las medidas cautelares de la vía ordinaria y las de la vía constitucional, puesto que en las primeras serán competentes los jueces de los procesos penales, civiles, laborales, otros; mientras que, en materia constitucional son los jueces constitucionales que sería cualquier tipo de jueces, tal como establece el art. 7 de la LOGJyCC, cuya investidura se transforma cuando están en conocimiento de una garantía jurisdiccional; también hay una diferencia sustancial y es que las medidas cautelares constitucionales tienen un fin protector de derechos de rango constitucional.

La Corte Constitucional ha reconocido los requisitos de procedencia de las medidas cautelares constitucionales, estableciendo que son:

La Corte estima necesario enfatizar en los requisitos de procedencia de las medidas cautelares conforme lo dispone el artículo 27 de la LOGJCC y la jurisprudencia de esta Corte. Entre estos: i) peligro en la demora y verosimilitud fundada en la pretensión; ii) inminencia de un daño grave (*periculum in mora*); c) que no existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias; d) que no se dirijan contra la ejecución de órdenes judiciales, y e) que no se propongan en la acción extraordinaria de protección.

Sobre el peligro en la demora, existe un desarrollo doctrinario importante que nace de la teoría general de las medidas cautelares, definida como “(...) la inminencia de la agravación de la lesión de un derecho cuya intensidad permite a la víctima demandar o solicitar al juez una protección eficaz con el fin de hacerla cesar” (Castaño, 2010, p. 307). El autor citado agrega que “el peligro de daño tendría que ser inminente, es decir que la ocurrencia del daño podría ocurrir en cualquier momento(Castaño, 2010, p. 307). Es decir, no se trata de la posibilidad o eventualidad de un daño” (p. 307). Por ello precisamente la discrecionalidad de la LOGJyCC al reconocer la amenaza, sin definir y delimitar este término, ha complicado la aplicación de la medida cautelar autónoma dejándola al servicio del juez constitucional y a su valoración.

Por otro lado, hay características del procedimiento, así se tiene “la posibilidad de modificarse o reformarse en cualquier momento; ser inaudita altera parte, es decir, que el juez puede adoptar la medida cautelar sin convocatoria a la otra parte” (Pérez, 2012, p. 141). Lo cual mantiene vigente el objeto de las medidas cautelares en materia constitucional y su naturaleza jurídica. Es así que, cuando se notifica a la otra parte y se convoca audiencia sin motivación, se atenta en contra de estas características procesales de las medidas cautelares.

En cuanto al procedimiento, es importante destacar que la propia Corte Constitucional ha establecido criterios para evitar que se desnaturalice el uso de las medidas cautelares, de tal manera que ha indicado que las entidades de derecho público puedan solicitar medidas cautelares, estableciendo ciertas precisiones y limitaciones a su ejercicio, así se tiene que:

(...) con el fin de evitar posibles desnaturalizaciones en el uso de la medida cautelar por parte de servidores públicos, supuesto de carácter excepcional, conviene precisar que el Estado o sus servidores no pueden presentar medidas cautelares para: la simple ejecución de sus competencias constitucionales o legales; para deslindarse de las obligaciones legales que les correspondan en virtud de sus competencias; o, peor aún para legitimar medidas o actos arbitrarios que puedan violar, restringir o limitar el debido proceso o derechos. Por ejemplo, no cabría interponer medidas cautelares para incautar productos hidrocarbúricos o para mejorar las instalaciones de las unidades policiales. El Estado y sus servidores públicos, en el desempeño de sus funciones, ejercen potestades o competencias y su deber primordial es “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos (...) (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párr. 41).

En igual sentido, la Corte Constitucional sostuvo que los jueces constitucionales en conocimiento y resolución de medidas cautelares en materia constitucional, “deben ser

especialmente cuidadosos al analizar la petición para evitar que so pretexto de defensa de derechos de terceros se pretenda limitar, restringir o anular derechos de las personas” (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párr. 41). Uno de los criterios más relevantes de dicha sentencia en análisis, cuya inaplicación generaría la desnaturalización de las medidas cautelares, corresponde a que ni las partes procesales ni los jueces pueden “utilizar conceptos como interés general, bien común, seguridad pública, ciudadana o jurídica para justificar los requisitos de gravedad y/o inminencia que exigen las medidas cautelares” CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párr. 41).

Así también, la Corte Constitucional de manera taxativa establece que los jueces constitucionales que constaten que se pretende desnaturalizar por parte de una entidad pública, deben declararlas improcedentes, siendo los siguientes: “1. Ejercer sus competencias atribuidas legalmente; 2. Deslindarse del ejercicio de sus competencias atribuidas legalmente; o, 3. Violentar el debido proceso o los derechos de las personas, debe rechazarla de plano, esto es, en la primera providencia. De igual forma deberá actuar el juez si la fundamentación de la medida cautelar es abstracta” CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párr. 41).

Las medidas cautelares son parte de las garantías jurisdiccionales y de conformidad a lo establecido en el Artículo 30 de la LOGJyCC, el incumplimiento de las medidas cautelares se sancionan igual que en los casos de incumplimiento de las demás sentencias de garantías jurisdiccionales. Por lo tanto, cuando se incumplen medidas cautelares los jueces constitucionales deben sancionar de conformidad a lo establecido al Artículo 22 de la LOGJyCC, de tal forma que se cumple con la finalidad del sistema procesal constitucional y además en respeto a la tutela judicial efectiva.

No obstante de lo anterior, es decir, de la facultad de los jueces de sancionar el incumplimiento de una decisión de medida cautelar, resulta que no cabe presentar la acción de incumplimiento, de acuerdo a recientes criterios de la Corte Constitucional, lo que se analizará a continuación. Sobre la acción de incumplimiento se define lo siguiente:

La acción de incumplimiento surge de la sentencia del caso INDULAC, fue la primera considerada como vinculante y además se indicó los problemas que podrían existir en apelaciones o en acción extraordinaria de protección en admisión. Esta acción, busca garantizar el cumplimiento de toda sentencia dentro de las garantías jurisdiccionales. (Constaín, 2020, p. 185)

Es necesario citar que la Corte Constitucional cesada admitía la acción de incumplimiento y la acción extraordinaria de protección en materia de medidas cautelares. Sin embargo, la actual Corte Constitucional se apartó de aquella línea jurisprudencial y adoptó nuevo precedente vinculante para los jueces constitucionales de instancia y las partes procesales.

El último criterio de la Corte Constitucional es acertado, es decir, que no se puede presentar acción de incumplimiento ni acción extraordinaria de protección, para solicitar el cumplimiento del auto de medida cautelar o para recurrirlo ante la Corte Constitucional, es acertado acorde a las características y objeto que se han desarrollado a lo largo del presente trabajo. Lo anterior debido a que la decisión del juez constitucional no es una sentencia en la que se resuelve el fondo, de hecho, la medida puede ser modificada o revocada.

Es por ello, que en resolución de medidas cautelares los jueces constitucionales no pueden ordenar medidas de reparación; por el contrario, la decisión del juez que emite medidas cautelares, no es definitiva, pues se podría dejarlas sin efectos o podría modificarlas dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular. Lo contrario en cualquier de los puntos que se analizan, sería desnaturalizar la medida cautelar.

Por lo tanto, el auto que resuelve la medida no genera efectos de cosa juzgada, porque no se resuelve el fondo del asunto que si se lo hace a través de las sentencias que resuelven las demás garantías jurisdiccionales. Así tampoco, las medidas cautelares no tienen por objeto la declaratoria de inconstitucionalidad, lo cual sería improcedente, por cuanto existe una competencia propia de la Corte Constitucional para declararla.

El Artículo 34 de la LOGJyCC expresa que los jueces tienen la obligación de garantizar el cumplimiento de las medidas cautelares que ordene. El alcance de dichas medidas se limita en delegar la supervisión de esta ejecución a la Defensoría del Pueblo u otra institución encargada de la protección de los derechos. No obstante, como se expuso en los párrafos anteriores, no se permite recurrir ante la Corte Constitucional sobre medidas cautelares, porque se desnaturalizan.

Pues la ejecución de las medidas cautelares en manos de jueces jurisdiccionales debe ser rígida y cumplirse de acuerdo a la naturaleza de la garantía, pues ya la Corte ha definido que estas medidas

son inmediatas, provisionales, proporcionales, debe demostrarse su gravedad, entre otras; es decir, debe ser un proceso inmediato, justo por lo cual se entiende que no procede ejercer la acción de incumplimiento, pues se desnaturalizarían las características de las medidas.

La pregunta que surge de lo expuesto, entonces, es “si en el marco de una estructura claramente definida puede inferirse, a partir de las manifestaciones de la jurisprudencia, y si esta última función comprende componentes de naturaleza regulatoria y, por ende, de obligatorio cumplimiento, especialmente frente al poder judicial” (Safar, 2018, p. 166); y la respuesta es no, y en este sentido, la Corte Constitucional no podría cambiar las características de las medidas cautelares contempladas en la Constitución o la LOGJyCC.

Sin embargo, no lo ha hecho, todo lo contrario ha mantenido vigente su naturaleza jurídica y ha desarrollado criterios vinculantes justamente por la desnaturalización que se ha generado en la praxis procesal constitucional, a consecuencia de la actuación de los jueces constitucionales y de las partes procesales.

Finalmente, es importante manifestar que las medidas cautelares en materia constitucional limitan la actuación administrativa de la administración pública y el Estado, y justamente como “hay ámbitos de la actividad administrativa en donde existen serias dificultades prácticas para aplicar un control de la legalidad administrativa en toda su extensión” (Lara, 2022, p. 131), es que aparecen las medidas cautelares para prevenir o cesar vulneraciones de derechos constitucionales.

Conclusiones

Las medidas cautelares en materia constitucional se constituyen en instrumentos jurídicos procesales que ratifican la vigencia del Estado de derechos y justicia en el Ecuador, relevantes para la protección de los derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución de la República, cuyo objetivo conllevaría a evitar o cesar la violación de un derecho de haberse producido. Por esta razón, las medidas cautelares juegan un doble papel: garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes las solicitan y además limitan el ejercicio del poder público.

La desnaturalización de las medidas cautelares se genera cuando se solicitan o se dictan en contraposición a sus características, objeto y procedimiento, la cual incluso ha sido advertida en sentencias de la Corte Constitucional, la que ha tenido que emitir criterios vinculantes para

prevenir y corregir dichos errores que contravienen la naturaleza de ambas figuras: medida cautelar conjunta y medida cautelar autónoma.

Referencias bibliográficas

- Acosta-Alvarado, Paola Andrea. (2020). La naturaleza tutelar de las medidas cautelares en la Jurisdicción Especial para la Paz. *Cuestiones constitucionales*, (43), 3-26.
- Bautista Etcheverry, J. (2017). Rule of Lawy discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación. *Revista Derecho del Estado* (38), 3-21.
- Castaño Parra, D. 2010. La protección cautelar en el contencioso administrativo colombiano: hacia un modelo de justicia provisional. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 4 (dic. 2010), 293–314.
- Cervantes, A. (2020). Las Medidas Cautelares constitucionales y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. *Revista Ruptura*, (02), 171-210.
- Coloma Gaibor, A. S. Cuestionamiento a La Discrecionalidad En El régimen De Medidas Cautelares Constitucionales En Ecuador. *USFQ Law Review*, vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 249-62.
- Constaín, M. (2020). *Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador*. Ecuador: ColloQuium.
- Cueva-Bolaños, M. K., & Suqui-Romero, G. Y. (2022). Análisis del uso de la medida cautelar constitucional durante la pandemia de covid-19. Caso Ciudad Machala 2020-2021. *Polo del Conocimiento*, 7(5), 959-983.
- Espinoza Guamán, E. (2022). “La prisión preventiva como medida cautelar y el respeto del principio de presunción de inocencia”. *Revista científica Sociedad y Tecnología*, vol. 5, núm. 2, pp. 351-364.
- Gimeno Sendra, Vicente. (2007). *Derecho procesal civil. Los procesos especiales II*. 2da edición, Madrid, Editorial Colex.
- Lara Ortiz, M.L. 2022. El control de la legalidad de las decisiones administrativas de regulación bancaria en la Unión Europea . *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 28 (jun. 2022), 129–163
- Ledesma Narváez, Marianella. (2008). *Los nuevos procesos de ejecución cautelar*. Lima, Gaceta Jurídica.

- Marcheco Acuña, B. (2017). La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador. *Revista de derecho (Valdivia)*, 30(1), 263-285.
- Peláez Bardales, Mariano. (2005). *El proceso cautelar*. Lima: Griley.
- Pereira, J. 2015. Una llamada de “urgencia” para tutela cautelar en la justicia administrativa en Cuba. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 14 (dic. 2015), 129–172.
- Pérez, Antonio José. (2012). Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales. Quito: Revista de Derecho, No. 18, UASB-Ecuador.
- Rocco, Ugo. (1977). *Tratado De Derecho Procesal Civil, V Proceso Cautelar*. Bogotá: Temis.
- Safar Díaz, M. 2017. La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado: ¿nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia?. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 19 (dic. 2017), 159–179.
- Salazar, L. (2021). Los impactos al implementar los Derechos de la Naturaleza mediante garantías jurisdiccionales en Ecuador. *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE*. Edición 2021, 77-100.
- Sanabria Rodelo, Alejandro. (2020). Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Un paso en la consolidación del Estado social de derecho. *Cuestiones constitucionales*, (42), 537-542.
- Terán Suárez, R. J. L. (2021). Las medidas cautelares constitucionales en Ecuador. *Revista Jurídica Crítica y Derecho*, 2(2), 1–13.
- Vernaza-Arroyo, G. D. (2020). Análisis de las Medidas Cautelares Frente a la Jurisdicción Constitucional en el Ecuador. *Revista Tecnológica-Educativa Docentes 2.0*, 9(2), 32–38.
- Villareal, Roberto. (2010). *Medidas Cautelares: garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.