



**Universidad San Gregorio de Portoviejo**

**Departamento de Posgrado**

Programa de Maestría en Derecho Constitucional

Artículo profesional de alto nivel

**Las Medidas Cautelares Constitucionales: origen y vigencia en el Estado constitucional de derechos del Ecuador.**

Autor: Abg. Walter Garcés Moreira.

Tutora: Abg. Elizabeth Dueñas Cedeño.

Portoviejo, 2022

Las Medidas Cautelares Constitucionales: origen y vigencia en el Estado constitucional de derechos del Ecuador.

Constitutional Precautionary Measures: origin and validity in the constitutional State of rights in Ecuador.

Abogado Walter Garcés Moreira. Maestría en Derecho Constitucional. Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. waltergarces15@yahoo.es

### **Resumen**

El trabajo ha repasado las medidas cautelares desde lo que se considera como su consolidación en el Derecho ecuatoriano, hasta la actualidad, con la plenitud de su ejercicio práctico en el Ecuador, gracias a procesos evolutivos teóricos y prácticos que se han llevado a cabo en la sociedad desde diferentes perspectivas conceptuales. Estas garantías son producto del desarrollo del Derecho Constitucional ecuatoriano en las que se enuncian derechos y por el contrario han pasado a convertirse en instrumentos de directa e inmediata aplicación. Esta investigación es de tipo cualitativa, con un diseño de análisis documental de la información, mediante los métodos sintético y analítico, lo que permitió realizar un estudio histórico, jurídico, y constitucional de la información; a través de la revisión bibliográfica realizada, gracias a las herramientas de investigación, se logró determinar que las medidas cautelares necesitan de la instrumentalidad para conservar su naturalidad dentro del proceso. El objetivo del presente trabajo es realizar un enfoque sobre el origen y vigencia de las medidas cautelares constitucionales en nuestro país.

**Palabras clave:** Constitucional; derecho; Ecuador; instrumentalidad; medidas cautelares.

### **Abstract**

The work has reviewed the precautionary measures from what is considered as its consolidation within the Law, to the present, with the fullness of its practical exercise in Ecuador, thanks to theoretical and practical evolutionary processes that have been carried out in society. from different conceptual perspectives. These guarantees are the product of the development of Ecuadorian Constitutional Law in which rights are enunciated and, on the contrary, they have become instruments of direct and immediate application. This research is of a qualitative type, with a design of documentary analysis of the information, through synthetic and analytical methods, which allowed a historical, legal, and constitutional study of the information; Through the

bibliographic review carried out, thanks to the research tools, it was possible to determine that the precautionary measures need instrumentality to preserve their naturalness within the process. The objective of this paper is to focus on the origin and validity of constitutional precautionary measures in our country.

**Keywords:** Constitutional; Ecuador; instrumentality right; precautionary measures.

### **Introducción.**

La protección de los derechos humanos siempre ha sido un tema de gran importancia, tanto en el ámbito intrínseco como internacional. Vulnerar prerrogativas tales como la vida, integridad física y libertad de una persona, ha provocado que las autoridades jurisdiccionales de un Estado busquen la manera de investigar las situaciones, encontrar a los responsables de tal transgresión y sancionarlos (Rodríguez, 2017). Sin embargo, en el ámbito internacional las autoridades no solamente se han limitado a investigar y sancionar, sino también han buscado la manera de prevenir la existencia de actos y hechos que violen los derechos humanos de las personas en toda comunidad, pueblo, Estado o región.

El fin de las medidas cautelares es proteger los derechos constitucionales y los derechos humanos. La intención es prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho constitucional y humano. Por eso eluden o cesan la amenaza o violación de estos derechos, como lo determina el Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

Partiendo de esta definición jurídica, el objetivo del presente análisis es ahondar en el concepto de las medidas cautelares; esto nos conduce a conocer la relevancia del debido proceso para así poder ejercer plenamente esta garantía prevista en el Estado constitucional de derechos. Desde luego, se debe conocer la historia existente detrás de esta herramienta jurídica- constitucional que el ser humano encontró hasta lograr un balance adecuado; con el propósito de así garantizar la presencia del imputado; pues esto se puede considerar como un derecho del que depende la democracia y por ende también la estabilidad del sistema judicial si se ve vulnerado.

Es relevante conocer también la línea ficticia desde los inicios de la historia, los tiempos antiguos - monárquicos, hasta las grandes revoluciones convertidas en verdaderos puntos de referencia, en el establecimiento de las mencionadas garantías constitucionales hoy aplicadas, para reforzar el debido proceso encaminado a asegurar el resultado práctico de las decisiones judiciales.

La importancia del estudio de las medidas cautelares consiste en conocer el momento cuando se vulneran los derechos humanos protegidos en la Constitución e instrumentos internacionales; sino también la transgresión al bien jurídico lesionado; es decir la víctima ha sido vulnerada en su derecho.

En el marco internacional, las medidas cautelares aparecen desde los inicios del siglo XX. Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se han transformado en una herramienta válida y eficiente dirigida para proteger y tutelar los derechos fundamentales de las y los habitantes de los Estados. Es valioso reconocer el papel que ha venido cumpliendo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en los fines de lo preceptuado en el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de acudir a los Estados a cumplir con su inevitable deber de protección. Esta provisión emana de la función de la CIDH de velar por el cumplimiento de los acuerdos asumidos por los Estados partes, establecida en el artículo 18 del Estatuto de la Comisión y el artículo 41 de la Convención Americana.

El mecanismo de medidas cautelares es a menudo invocado en el derecho internacional, estando como facultad de los principales tribunales y órganos establecidos por acuerdos a fin de no volver abstracta sus decisiones y la protección que estos ejercen. Como parte del desarrollo histórico de esta figura, en el Reglamento de la CIDH del año 1980 se formalizó un procedimiento alrededor de este instrumento. El artículo 26 de este Reglamento disponía que la adopción de medidas cautelares procedía en casos apremiantes, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. La confirmación en el Reglamento de la CIDH y su desarrollo procedimental progresivo por medio de la práctica, arguyen al estadio histórico de construcción de mecanismos de protección propio del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

### **Materiales y Métodos.**

El estudio se enmarca en el tipo de investigación documental jurídica, con un diseño cualitativo y de alcance descriptivo con enfoque en el análisis bibliográfico. Esto se llevó a cabo a través de la obtención de amplia información extraída de los estudios previos de otros autores con la debida validez científica. Con los métodos analítico y sintético aplicados a los documentos obtenidos desde una revisión bibliográfica previa y detallados en las referencias bibliográficas, se pudo determinar la discusión dentro del estudio, al buscar la construcción del proceso explicativo

y analítico sobre el origen y vigencia de las medidas cautelares en Ecuador; llegando al resultado de valorar estas definiciones de esta garantía jurisdiccional desde una posición objetiva.

### **Planteamiento del Problema Jurídico.**

Las medidas cautelares y provisionales tienen como objeto proteger los derechos humanos en los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Antonio Augusto Cançado Trindade, expresa que las medidas cautelares buscan asegurar que tanto la sentencia como el fondo del asunto no sean perjudicados o menoscabados por las acciones ilegales o inadecuadas de las partes *pendente lite* (2003).

La administración de justicia, especialmente los jueces, tienen la facultad constitucional y legal de otorgar medidas cautelares constitucionales de manera inmediata y urgente, sin la necesidad de especialidad judicial; tomando en consideración el esquema institucional ecuatoriano no establece la creación de Jueces Constitucionales expertos en garantías jurisdiccionales y dotar de protección especializada a los ciudadanos.

En varios casos, las decisiones que adoptan los jueces por falta de conocimiento de la justicia constitucional conllevan al incumplimiento de sentencias vinculantes emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador con efecto *erga omnes*, es decir, este desconocimiento expone al juzgador a sanciones que pueden derivar en dolo, error inexcusable, manifiesta negligencia; y hasta prevaricato.

Por ello, surge la necesidad de profundizar en la viabilidad práctica que tienen las medidas cautelares constitucionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, principalmente su desnaturalización; así como, las limitaciones de no contar con jueces especializados en materia de garantías jurisdiccionales constitucionales, toda vez que la tutela de derechos tiene marcadas diferencias con el accionar ordinario de la administración de justicia.

### **Marco Teórico y discusión**

#### **Historia y Antecedentes de las medidas cautelares.**

Las medidas cautelares han existido a lo largo del tiempo, empezando en el Derecho Romano, con la institución del *interdictum* que “son órdenes dadas por el magistrado a petición de un particular y que tiene por finalidad conseguir una más rápida solución jurídica y de las

legisactionispignoriscapio y manusiniectio” (Morineau Iduarte & Iglesias González, 2016, pág. 98)

Pérez Ragone citando a Vittorio Scialoja señala que el *interdictum* del Derecho Romano es una figura derivada del *imperium* del Pretor y que se manifestaba como una orden o una prohibición (2017, pág. 68). Como característica principal del *interdictum* era de establecer ciertos aspectos o apariencias junto con hechos existentes en la forma más rápida, por su puesto sin perjuicio de que las partes intervinientes puedan manifestar en un juicio de conocimiento sus derechos de fondo.

López Pozas, citando a Serra Domínguez y Ramos Méndez menciona “que las medidas cautelares representan una solución que garantiza la permanencia del objeto litigioso inalterado durante toda la pendencia de este.” (1989, pág. 4). Por esta razón, empieza a tomarse en cuenta la institución de medidas cautelares, pese a no haber un acuerdo doctrinario respecto al nombre; y en base al estudio de esta “se le ha impuesto varios adjetivos calificativos como medidas urgentes, precautorias, preliminares o previas o preparatorias, preventivas, provisionales, de conservación, de cautela o cautelares” (Podetti, 1969).

Por su parte Proaño Añazco (2013) expresa, la acción popular *manusiniectio* se refería a la aprehensión material que el acreedor hacía de su deudor cuando éste había sido condenado al pago de una cantidad determinada y no podía cumplirla; en tanto que el *pignoriscapio* suponía la aprehensión material que hacía el acreedor de los bienes del deudor en garantía del pago de un crédito (pág. 4); en cuanto refiere al estudio actual de las medidas cautelares, el maestro italiano Piero Calamandrei, expresa:

Partiendo de la gran división que distingue en la función jurisdiccional la cognición de la ejecución, las providencias cautelares han sido consideradas durante largo tiempo, especialmente por la doctrina alemana, como un apéndice de la ejecución forzada; y aun cuando, para reaccionar contra esta servidumbre, se ha puesto de relieve que, en algunas providencias cautelares, o en una fase de ellas, se encuentran con toda evidencia los caracteres de la cognición y no los de la ejecución forzada. (2005)

Esta observación, nos da la pauta para tener un criterio seguro, para dar a las mismas una colocación sistemática autónoma, ha llevado simplemente a anexar una parte de la

materia cautelar al proceso de cognición; de manera que, toda tentativa de clasificación de las providencias cautelares, apoyada sobre esta base, se ha resuelto, en sustancia; mientras su sistematización se ha buscado sobre el mismo plano lógico en que la cognición se contrapone a la ejecución en una división y reabsorción entre los dos vastos territorios lindantes. Para escapar de este callejón sin salida, es preciso comenzar por entender en su justo sentido la enseñanza según la cual la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución. (Morales, 2016, pág. 10).

### **Las Medidas Cautelares.**

El término cautelar (del latín *Cautelae*), es un verbo transitivo que significa “prevenir, precaver”. El término medida significa “Acción y efecto de medir”; “Tomar, adoptar medidas” (Real Academia Española, 2014). Respeto a la definición o conceptualización de la medida cautelar la doctrina ha planteado infinidad de posiciones; es así como dentro de la doctrina extranjera se ha planteado considerado definir las medidas cautelares considerándolas, de acuerdo con Mera Casas, Citando a Almagro Nostb: “(...) de forma general, como aquellas adoptadas judicialmente tras un juicio de procedencia y oportunidad, antes o en el curso de un proceso, que tienen por finalidad evitar que el estado de las cosas o de cualquier situación jurídica determinada se altere o se modifique en perjuicio de la efectividad de la sentencia que deba recaer o subvenir en torno a la situación provisional sub iudice” (2018, pág. 11) criterio que si bien, contiene algunos de los elementos del trámite cautelar no incluye, como elemento, la solicitud del demandante dado que ellas no pueden ser declaradas de oficio por el Juez.

Establece Cueva citando a Couture “Son aquellas dispuestas por el Juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado de un juicio, a fin de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo” (Cueva Carrión, 2012, pág. 45). Esto significa que son a solicitud de parte y las dispone el Juez con el objetivo de asegurar la eficacia de la resolución que se diera en un juicio principal, en aras de garantizar la efectiva actuación de la justicia. Desde la óptica de Cueva Carrión se denomina medidas cautelares “aquellas que disponen los jueces en forma preventiva y temporal para evitar un daño o peligro o para asegurar el resultado de la resolución definitiva”. (pág. 46)

Existe otra tendencia en la que solo se tiene en cuenta la legitimidad del Juez para ordenar las medidas cautelares y el efecto que buscan, motivo por el cual consideramos resulta incompleta; en este sentido se ha expresado que la medida cautelar es el instituto procesal, a través del cual el órgano jurisdiccional a pedido de parte asegura el cumplimiento del fallo definitivo; sea adelantando algunos efectos de ésta posibilidad, que implica modificar la situación material existente al momento de la petición; u ordenado se mantenga inalterable la situación fáctica presente al inicio del proceso

Cabe indicar lo señalado por Caponi (2016), aún no se ha establecido consenso respecto de la forma en la que debería nombrarse a las medidas cautelares, mientras que Calamandrei las llamó providencias cautelares. Rivas (2005) se refirió a ellas como medidas provisionales y Carnelutti hablaba de procedimientos cautelares. Esta disyuntiva ha contribuido a que en la actualidad no haya unanimidad respecto de la denominación correcta, aunque la que ha sido mayormente aceptada es la de medidas cautelares, incluso nuestra legislación se refiere varias veces a las medidas cautelares como medidas preventivas o precautelatorias.

De acuerdo con lo expresado, las medidas cautelares, son una institución jurídica, a través de la cual los órganos jurisdiccionales buscan garantizar la eficacia del fallo final dictado en un juicio, pues inevitablemente todo proceso judicial supone el transcurso de un lapso entre la presentación de la demanda y la decisión final del Juez; y en tal sentido, pueden sobrevenir circunstancias destinadas a contribuir para la decisión final, ineficaz o inejecutable.

### **Características de las Medidas Cautelares.**

De acuerdo con distintos autores el dictar medidas cautelares resulta ser de competencia privativa del Juez, quien para tal fin se encuentra obligado a verificar en el caso concreto, el cumplimiento de los presupuestos o requisitos establecidos por la Ley. Frente a esta exigencia se establecen las siguientes características:

***Instrumentalidad.*** Las medidas cautelares son instrumentales, ya que no tienen un fin en sí mismas, pues dependen de un proceso principal al cual son accesorias, y se ordenan para garantizar la ejecución del fallo final que se dicte en este último. (Tumbaco Zambrano, 2017)

La instrumentalidad de las medidas cautelares implica la accesoriedad de éstas al proceso principal, pues su vigencia estará supeditada a la duración de este último, sobre ello el profesor



uruguayo Eduardo Couture señala: “Entrando a investigar sus caracteres se advierte que (...) tiene un carácter accesorio: no es un fin en sí, sino que es un medio de asegurar el resultado del juicio”. (1978)

***Provisionalidad.*** El profesor italiano Piero Calamandrei define por provisorio a aquello “está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio”. (Calamandrei, pág. 36)

La provisionalidad, en el caso de las medidas cautelares, no puedan quedar indefinidas en el tiempo, subsisten mientras se mantienen las circunstancias que las determinaron y terminarán en el momento cuando cesen o varíen, pues las medidas cautelares en esencia no son definitivas.

***Mutabilidad.*** Por su parte Calamandrei sostenía que: (...) las medidas cautelares, como providencia que dan vida a una relación continuativa, construida, por decirlo así, a la medida, por el juez, según las exigencias del caso particular valorado, pueden estar sujetas, aún antes de que se dicte la providencia principal a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas (...). (Calamandrei, pág. 89)

***Revocabilidad.*** Esta característica aparece como consecuencia de las de mutabilidad y provisionalidad, pues las circunstancias que motivaron la concesión de las medidas cautelares podrían variar; a tal punto no sólo darían lugar a la modificación o sustitución de las medidas cautelares, sino podría derivar en la revocatoria de las mismas.

***Inaudita pars.*** Ésta característica supone que las medidas cautelares se ordenan sin notificación a la parte contraria y se entiende que éstas perderían eficacia o podría frustrarse su finalidad si se notificare al afectado, pues se le permitiría tomar las acciones necesarias para malograr el objeto de éstas.

### **Medidas Cautelares en el Ecuador.**

Las medidas cautelares son una acción constitucional, que evitan la amenaza contra derechos constitucionales o derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales (Avilés & Fabricio, 2021). La finalidad es prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho constitucional y humano.

De acuerdo con Ippolito (2016), las medidas cautelares son de dos tipos, reales y personales. Reales, son aquellas que recaen sobre los bienes muebles o inmuebles del demandado; y, personales, son las que recaen sobre la persona misma del demandado. Entre las medidas cautelares reales, se encuentran el embargo, el secuestro, la retención de fondos, la retención de derechos fiduciarios.

Las medidas cautelares de tipo personal, pueden ser la prisión preventiva, el apremio personal y la prohibición de salida del país, entre otras. Se consideran como el medio legal a través del cual se garantiza la inmediación procesal del procesado/imputado al proceso penal y también hacer efectiva la sentencia que resolverá el fondo del asunto, para de este modo lograr la igualdad entre las partes y la celeridad procesal, asegurando la efectividad de la resolución definitiva que en un proceso judicial se emita. Están relacionadas al proceso penal por una necesidad misma de proteger al sujeto pasivo del delito de modo más eficaz y para restablecer la respetabilidad y majestad del poder judicial. (Montenegro Galarza, 2010, pág. 29)

Las medidas cautelares se encuentran establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, en el ámbito civil y penal, para garantizar la eficacia de la sentencia dictada en un proceso y pueden solicitarse antes de presentar la demanda, conjuntamente con ella o mientras el proceso está en desarrollo.

En materia penal, las medidas cautelares están tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), texto normativo que contiene varias medidas cautelares, entre ellas la prohibición de salir del país, la obligatoriedad de presentarse ante la autoridad, el dispositivo de vigilancia electrónica, el arresto domiciliario, la prisión preventiva y la detención.

Entre las medidas que también encontramos en el Código Orgánico Integral Penal y en materia civil están el secuestro de bienes muebles e inmuebles y de sus frutos, la retención en las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor y la prohibición de enajenar bienes; y, en cuanto a las medidas cautelares personales únicamente encontramos la prohibición de ausentarse para los extranjeros.

Estas se pueden solicitar antes de presentada la demanda o en cualquier estado del juicio y para ello quien las solicita debe justificar la existencia de un crédito y que los bienes del deudor están en tan mal estado, o que no alcanzarán a cubrir la deuda, o puedan desaparecer o ser enajenados por el deudor.

Dentro del Código Orgánico Integral Penal (COIP), las medidas cautelares tienen la finalidad de “proteger los derechos y garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido” (2014), es decir, contemplan las dos acciones que se generan del acto delictivo, por una parte, la acción penal de carácter punitivo, que busca restablecer el orden alterado imponiendo sanciones contempladas en la Ley, y, por otra; la acción civil que es en esencia resarcitoria y busca que el responsable del delito indemnice a la víctima por los daños y perjuicios ocasionados.

Por otro lado, de acuerdo con Grillo Jarrín, el Título III del Código General de Procesos (COGEP), establece cuales son las medidas cautelares denominándolas “providencias preventivas”, entre ellas se encuentran el secuestro, la retención de la cosa sobre la cual se va a litigar, o de bienes que aseguren el crédito; también se establece la prohibición de enajenar los bienes raíces del deudor e igualmente se establecía la retención de rentas créditos o bienes que tenga el deudor en poder de un tercero, así como el secuestro de sus bienes muebles e inmuebles.

En relación con los ciudadanos extranjeros, se establece su prohibición de salida del país como medida cautelar, la cual podía ser levantada si se caucionaba el crédito. Es importante señalar que hasta el año 2015, en el Código Procedimiento Civil, se establecían medidas cautelares de orden real y personal, las cuales tenían como finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación en caso de que el Juez sentencie a favor del actor de la causa, pero también establece medidas cautelares para proteger el bien o la cosa sobre la cual se está litigando.

Ahora bien, la solicitud de medidas cautelares podía hacerse de dos maneras: Primero. El caso del juicio ejecutivo, las medidas cautelares debían ser solicitadas en la demanda, las cuales eran calificadas por el Juez previo a la citación de la parte contraria. Segundo. En los demás procesos, como el verbal sumario y el ordinario, la parte interesada lo hacía a través de un procedimiento independiente del juicio principal, en cualquier momento antes de la presentación de demanda. Para que las medidas subsistan, el actor tenía que demostrar al Juez que otorgó las medidas cautelares, que ha presentado una demanda principal en contra del deudor, para ser tratada y decidida el fondo del litigio.

Cabe destacar que este procedimiento independiente de medidas cautelares también podía ser planteado en caso de que la obligación esté respaldada en un título ejecutivo, sin embargo, no era lo más usual, pues este pedido se lo hacía en la misma demanda principal. (Coello Jácome, 2019).

En el artículo 24 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), se encuentra la procedencia de las providencias preventivas, que establecen que cualquier persona tiene la facultad o posibilidad de antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito. Es necesario analizar los momentos para solicitar medidas cautelares; se las puede pedir antes de iniciar con la demanda, pero existe una excepcionalidad establecida por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, que, mediante una consulta de los jueces, el pleno determinó que en proceso laborales no es posible solicitar medidas precautelatorias antes de presentar la demanda. Y por supuesto, el otro momento es dentro del proceso, mientras dure el mismo, el actor puede solicitar ante el Juez de instancia las medidas precautelatorias, para que sean dictadas dentro de la misma. (Castillo Yange, 2021)

Entre las medidas cautelares reales que se proveen en nuestro sistema, constan el secuestro, la retención, el embargo y la prohibición de enajenar, las cuales sirven para asegurar la presencia del procesado a juicio, la ejecución de la pena y las indemnizaciones pecuniarias a que hubiere lugar. Cumplen dos funciones: primero, la preservación de los medios de prueba que puedan obtenerse o recuperarse mediante el allanamiento y segundo, la finalidad de asegurar el pago de daños y perjuicios, multas y costas judiciales.

### **La Naturaleza de las Medidas Cautelares en el Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano.**

Siguiendo con los lineamientos expresados por Proaño Añasco en “Las Medidas Cautelares Constitucionales Autónomas en el Ecuador”, los derechos son principios abstractos cuya protección está a cargo del Estado, precisamente por ello, al referirnos a las garantías jurisdiccionales debemos entenderlas como las acciones o procedimientos destinados a garantizar la real y efectiva aplicación de estos.

El término garantía, se encuentra previsto en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; pues constituye el preámbulo de la Constitución aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, habla sobre la sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución (2013). En este sentido, debemos señalar la responsabilidad del Estado como garante del ejercicio de los derechos de los ciudadanos, éste no puede limitar su accionar a enunciarlos

simplemente, sino a respaldarlos y dotar a las personas de instrumentos jurídicos para acudir ante los órganos jurisdiccionales con el fin de solicitar la tutela efectiva de sus derechos, caso contrario estos quedarían como meras expectativas.

Esta idea de dotar a las personas de mecanismos judiciales mediante los cuales puedan hacer valer sus derechos se encuentra recogida en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, manifiesta: “Artículo 8.-Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

En el caso específico del Ecuador, estos preceptos se los recogió e incluyó en su texto constitucional, por ello el artículo 87 de la Constitución de 2008 señala: “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”. El mencionado artículo, guarda concordancia con los artículos 26 al 38 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador.

Cabe indicar, que las medidas cautelares son insertadas en la Constitución del 2008; con la finalidad de prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho; pues la Constitución del 1998, no establecía esta garantía jurisdiccional; y solo reconocía garantías como el Habeas Corpus, Habeas Data y la Acción de Protección, que se encontraban determinadas en el Capítulo 6 De las garantías de los Derechos.

Dentro del Estado constitucional de derechos, el más alto deber de éste, consiste en respetar y hacer respetar los derechos de los ciudadanos, vistos como una garantía reconocida en la Constitución. Es meritorio resaltar el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador.

Art. 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.

Precisamente esta tutela efectiva de los derechos constitucionales es la razón de ser de las garantías jurisdiccionales, que son los instrumentos jurídicos a través de los cuales se posibilita el

ejercicio del derecho de acción para lograr la tutela judicial efectiva y directa de los derechos constitucionales, y en tal medida constituyen un elemento sustancial de la justicia constitucional.

## **Resultados**

Los resultados de la presente investigación están encaminados a determinar que las garantías jurisdiccionales se traducen como los instrumentos jurídicos mediante los cuales el Estado busca la real y efectiva protección de los derechos reconocidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales de derechos humanos, y suponen un límite al poder estatal.

Sin lugar a duda, estas garantías son producto del desarrollo del Derecho Constitucional que se refleja en el hecho, de que los textos constitucionales han dejado de ser simples catálogos donde se enuncian derechos; y por el contrario han pasado a convertirse en instrumentos de directa e inmediata aplicación. Al ser garantías se ejercen y se proponen ante los órganos de la Función Judicial y ante la Corte Constitucional, suponen la participación activa de los administradores de justicia, pues estos actúan como Jueces y garantes de los derechos de las y los ciudadanos.

Según expresan (Zavala Egas et al., 2012), en el artículo “Comentarios a la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, las garantías jurisdiccionales de los derechos son: (...) los procesos constitucionales que deciden los jueces; son instrumentos jurídicos, que se utilizan para la protección y vigencia plena de los derechos de las personas. Están a disposición de cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, para que, mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, éstas hagan efectivos los derechos de los que son titulares (...).

Las medidas cautelares se pueden solicitar antes, conjuntamente o después de una demanda, con la finalidad de asegurar las pretensiones de las partes durante la disputa del proceso; es decir debe existir un proceso para que las mismas se puedan proveer, así también son instituciones procesales de garantía que forman parte de la potestad jurisdiccional, es decir del poder público que emana de la soberanía y que nace en las normas jurídicas (Ramírez Encalada, 2014). La razón de ser de las mismas, surge a partir de la lentitud de los procedimientos judiciales pues la gestión de los procesos genera retrasos en la producción de sentencias; incluso errores judiciales, cuya consecuencia es el riesgo, que el resultado del proceso motivo del conflicto resulte tardía, con una sentencia justa; pero ineficaz y a su vez buscan evitar, que mientras se espera el normal desenlace

del proceso se alteren, las circunstancias reales y jurídicas que motivaron la intervención del órgano jurisdiccional.

Es por ello la inevitable necesidad de encontrar un mecanismo para asegurar, bienes, personas involucradas en la litis y derechos. Con ello las medidas cautelares satisfacen el principio de celeridad y permiten que el de ponderación cumpla su proceso hasta hacer efectivos los derechos y así garantizar también la eficacia de este. (Suárez, 2020). Al ser un instrumento dentro del proceso el otorgamiento de estas no requiere un análisis exhaustivo de la causa, sino que la concesión de estas medidas presupone la existencia de un peligro causado por la lentitud del proceso. El efecto jurídico de su otorgamiento no constituye un prejuzgamiento del asunto litigioso, es simplemente el uso de la potestad cautelar. La potestad cautelar es el poder público otorgado a los órganos jurisdiccionales para proteger eficaz y efectivamente los derechos durante el tiempo en el que se desarrolle el proceso materia de la litis.

(Rafael Oyarte et al., 2021) expresan en el libro Acción de Inconstitucionalidad, ciertos aspectos clave sobre las medidas cautelares autónomas. Entre ellos el objeto de las ya mencionadas, siendo el de prevenir, impedir o interrumpir la amenaza o violación de un derecho constitucional o un derecho reconocido en instrumentos internacionales sobre derechos humanos de manera inmediata, urgente y eficaz, desde la petición en todas sus fases.

Por otro lado, es importante determinar el efecto jurídico de las medidas cautelares autónomas, que es el de otorgarlas y adoptarlas sin que exista un prejuzgamiento sobre la declaración de la violación o si esta tiene o no valor probatorio de alguna acción al ser propuesta. Pero ¿qué pasa si se incumplen? Se deberá sancionar tal cual como en los casos de incumplimiento de sentencia de una garantía jurisdiccional. Vale recalcar que las medidas no proceden cuando: si hay medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias; cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales; y cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección. (Con base normativa: Art. 6 inc. 2º y 26 al 38 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional)

### **Desnaturalización de las Medidas Cautelares en el Ecuador.**

Se entiende, que la medida cautelar constitucional autónoma no instrumental sería equivalente a la medida urgente de la doctrina italiana, o a la medida de auto satisfacción de la doctrina argentina, y como tal, una vez concedida cumpliría su finalidad y no habría necesidad de un

desarrollo posterior en un juicio de conocimiento, pues esta medida cautelar actuaría en forma preventiva, es decir, antes de que el daño se concrete (Marcheco Acuña, 2017); pues no sería necesario buscar que la violación de derechos sea declarada y menos aún de establecer medidas para la reparación integral.

Sostener que la medida cautelar constitucional es autónoma, y protege derechos constitucionales sin necesidad de la iniciación de un proceso principal, implica desnaturalizar la esencia de esta, pues como hemos indicado en líneas anteriores, la característica principal de toda medida cautelar es la instrumentalidad, y al desconocer esta característica estaríamos equiparando a las medidas cautelares constitucionales con la acción de protección de derechos constitucionales (Salas & Edith, 2018). En tal sentido, podemos advertir por la propia redacción tanto del texto constitucional, como de la Ley de la referida materia, las medidas cautelares constitucionales comparten un ámbito de protección en común con la acción de protección de derechos, ya que ambas pueden interponerse ante la violación actual de derechos constitucionales, y por ello a menudo son confundidas por los administradores de justicia, pero la gran diferencia radica en que la primera supone una decisión provisional mientras la segunda implica un pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto.

Los efectos de la medida cautelar autónoma “se mantendrán en el tiempo mientras siga presente la amenaza grave e inminente del derecho...” (Villarreal, 2010, pág. 46). Incluso en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el procedimiento no indica el plazo para presentar una acción de conocimiento por ende no requiere la presencia o existencia de otro proceso. Esto significa, que la medida cautelar constitucional autónoma en la cual no hay la necesidad de iniciar un proceso principal haya una desnaturalización de la esencia de esta, debido a la característica principal de toda medida cautelar es su instrumentalidad.

Expresa Córdova Vinuesa (2016) “Existen algunas ambivalencias procesales en su definición y ciertas incomprendiones sobre su funcionamiento que ha ocasionado abusos por su uso inadecuado – especialmente en las autónomas porque no contienen mayor procedimiento (...)”. (pg. 202). De igual manera, debemos tomar en cuenta el hecho de que esta institución jurídica se encuentra desarrollada en varios artículos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que deben ser interpretados en contexto y no aisladamente.

## **Conclusión**



En casos específicos las medidas cautelares han llegado a ser desnaturalizadas, pero ello ha implicado desestabilizar el debido proceso en el Ecuador, obviar su característica principal y por la cual con mayor frecuencia pierde su naturalidad nata o también conocida como la instrumentalidad, ocasionando que no se materialice la eficacia de la norma de fondo, pues indica que la medida cautelar autónoma se agota en sí misma una vez que es concedida. Es derecho de los ciudadanos el ser juzgados por jueces probos, competentes, conocedores del derecho y las garantías, lo que conlleva que la estructura institucional de la administración de justicia se reorganice, con el fin de contar con juzgados especializados en la tramitación de causas constitucionales.

El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, por lo que se carece de pretensión para agotar la discusión de que los jueces ordinarios crean derechos, ellos están investidos en su calidad de jueces constitucionales al momento de resolver acciones de garantías jurisdiccionales, pero al existir un control concentrado y no difuso de constitucionalidad, esto no es real, por lo tanto la creación del derecho no es una virtud del ejercicio jurisdiccional cotidiano en las cortes, sino es una virtud de una norma jurídica como de principios y valores que se respaldan como fuente formal del derecho constitucional la jurisprudencia vinculante o las de carácter erga omnes, emitidas por la Corte Constitucional, lo que reafirma la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y las normas del debido proceso.

### **Referencias Bibliográficas.**

Aguilar, E. C., Franco, E. G., & Germán, M. M. (2016). Diccionario Panhispánico del español jurídico. Boletín de la Real Academia Española.

Asamblea Constituyente del Ecuador. (1998). Constitución Política del Ecuador.

Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador.

Asamblea Constituyente Francesa. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Francia: Asamblea Nacional Francesa.

Asamblea Legislativa del Ecuador. (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

- Asamblea Legislativa del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Conexa. Versión Profesional.
- Asamblea Legislativa del Ecuador. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Quito: Registro Oficial N, 2, 506.
- Avilés, C., & Fabricio, W. (2021). Debida aplicación de las medidas cautelares personales en sujeción al debido proceso.
- Calamandrei, P. (2005). Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Lima: ARA Editores.
- Caponi, R. (2016). Piero Calamandrei y la tutela cautelar. Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 8(10), 397-406.
- Castillo Yange, E. (2021). Las medidas cautelares y su aplicación dentro del procedimiento laboral ecuatoriano.
- Coello Jácome, C. D. (2019). Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).
- Córdova Vinuesa, P. (2016). Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.
- Couture, E. (1978). Estudios de derecho procesal. Tomo II. Pruebas en Materia Civil. Buenos Aires, Argentina.
- Cueva Carrión, L. (2012). Medidas Cautelares Constitucionales. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (2003). Declaración Universal de los Derechos humanos. Tomado de <http://www.aprodeh.org.pe>.
- Grillo Jarrín, L. V. (2018). Las medidas cautelares en el juicio de alimentos en el marco del debido proceso (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).
- Ippolito, M. (2016). Las medidas cautelares constitucionales en el ordenamiento jurídico y sus diferencia con las cautelares ordinarias.

- López-Pozas, F. (1989). El Poder Judicial. *Revista de Derecho Político*, (30).
- Mera Casas, L. A. (2018). La medida cautelar innecesaria o maliciosa.
- Montenegro Galarza, D. (2010). “La aplicación de las medidas cautelares personales previstas en los numerales 1, 2 y 5 del art. 160 del código de procedimiento penal ecuatoriano no garantiza la inmediación del procesado en los procesos penales de la corte provincial de justicia de tungurahua en el período abril–octubre de 2.009” (Bachelor's thesis).
- Morineau Iduarte, M., & Iglesias González, R. (2016). *Derecho Romano* (4a. ed.). Distrito Federal México: Oxford University Press México.
- Oyarte, F., Quintana, I. & Garnica-Gómez, S. (2021). *Acción de Inconstitucionalidad*. Pg. 36.
- Pérez Ragone, Á. (2017). Algunas reflexiones sobre Chiovenda y su legado para América Latina: *Lauditio*.
- Proaño Añasco, J. C. (2013). Las medidas cautelares constitucionales autónomas en el Ecuador. Bachelor's thesis, Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Ramírez Encalada, J. X. (2014). Aplicación de las medidas cautelares constitucionales en la acción extraordinaria de protección. Bachelor's thesis, Quito: UCE.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de La Lengua Española*. Madrid.
- Rivas, A. (2005). *Las medidas cautelares en el derecho peruano*. Lima, Jurista Editores.
- RODRÍGUEZ, M. D. R. (2017). LAS MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES DE LA COMISIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS FUNCIÓN Y ALCANCES. *Mag. Carlos Chaurand Arzate*, 37.
- Salas, M., & Edith, K. (2018). Implicancias Jurídicas en la Determinación de Pensión Alimenticia Como Medida Cautelar en los Procesos de Violencia Familiar Regulados por la Ley 30364, Módulo Básico de Justicia de Paucarpata, Arequipa.
- Suárez, R. (2020). Las medidas cautelares constitucionales en Ecuador. *Crítica y Derecho, Revista Jurídica.*, 1(2), 1-13.
- Tumbaco Zambrano, M. J. (2017). Naturaleza jurídica de las medidas cautelares constitucionales autónomas.

Villareal, G. H. (2010). Actualidad y futuro del derecho procesal: principios, reglas y pruebas. Universidad del Rosario.

Zavala Egas, J., Zavala Luque, J., & Acosta Zavala, J. F. (2012). Comentarios a la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Guayaquil, Ecuador. Editores Edilex S.A.