

DOI: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i1.353>

La tutela efectiva en la disposición de medidas provisionales y/o cautelares en el procedimiento administrativo común del COA

Effective guardianship in the provision of provisional and / or precautionary measures in the common administrative procedure of the COA

A proteção efetiva na provisão de medidas provisórias e / ou cautelares no procedimento administrativo comum do COA

Irene Verónica Lloret-Vásquez ¹
irene.lloret.66@est.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-0909-8521>

Ana Fabiola Zamora-Vázquez ²
afzamorav@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-1611-5801>

Correspondencia: irene.lloret.66@est.ucacue.edu.ec

* **Recepción:** 30/ 11/ 2020 * **Aceptación:** 20/12/ 2020 * **Publicación:** 09/01/ 2021

1. Abogada, Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
2. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil, Especialista en Docencia Universitaria, Especialista en Derecho Civil Comparado, Diploma Superior en Investigación del Derecho Civil, Abogado de los Tribunales de Justicia, Docente de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

La presente investigación tuvo como objetivo analizar la proporcionalidad y oportunidad de la disposición de medidas provisionales y/o cautelares en el procedimiento administrativo común del COA, como garantía de tutela efectiva. Se empleó un enfoque de tipo cualitativo a través de entrevistas, el cual permitió recoger y evaluar datos no estandarizados, de una muestra pequeña y no representativa, con el fin de obtener una comprensión más profunda. A través del método inductivo - deductivo, es decir de lo particular a lo general y viceversa, se logró sistematizar la información bibliográfica, doctrinaria, jurisprudencial y normativa de la tutela efectiva; y a través de un método analítico – sintético, se logró separar o dividir el objeto en los aspectos o cualidades que lo componen y a la vez sintetizar la información para una comprensión general.

Tras la información recolectada, se logró analizar la clasificación de las medidas provisionales y/o cautelares, que conforme el Código Orgánico Administrativo, afectan a la garantía constitucional de la tutela efectiva dentro de una pluralidad jurídica, las cuales se basan para su adopción en la buena apariencia del derecho y en el peligro en la demora.

Palabras clave: Medidas; administración; aplicación jurídica.

Abstract

The present investigation aimed to analyze the proportionality and timeliness of the provision of provisional and / or precautionary measures in the common administrative procedure of the COA, as a guarantee of effective protection. A qualitative approach was used through interviews, which allowed the collection and evaluation of non-standardized data from a small and non-representative sample, in order to obtain a deeper understanding. Through the inductive-deductive method, that is, from the particular to the general and vice versa, it was possible to systematize the bibliographic, doctrinal, jurisprudential and normative information of effective protection; and through an analytical-synthetic method, it was possible to separate or divide the object into the aspects or qualities that compose it and at the same time synthesize the information for a general understanding.

After the information collected, it was possible to analyze the classification of provisional and / or precautionary measures, which, according to the Administrative Organic Code, affect the

constitutional guarantee of effective protection within a legal plurality, which are based for their adoption on the good appearance of the right and in the periculum in mora.

Keywords: Measures; administration; legal application.

Resumo

O objetivo da presente investigação foi analisar a proporcionalidade e tempestividade da previsão de medidas provisórias e / ou cautelares no procedimento administrativo comum do COA, como garantia de proteção efetiva. Utilizou-se uma abordagem qualitativa por meio de entrevistas, o que permitiu coletar e avaliar dados não padronizados de uma amostra pequena e não representativa, a fim de obter um entendimento mais aprofundado. Através do método indutivo-dedutivo, ou seja, do particular ao geral e vice-versa, foi possível sistematizar as informações bibliográficas, doutrinárias, jurisprudenciais e normativas de proteção efetiva; e por meio de um método analítico-sintético, foi possível separar ou dividir o objeto nos aspectos ou qualidades que o compõem e ao mesmo tempo sintetizar as informações para um entendimento geral.

Após as informações recolhidas, foi possível analisar o enquadramento das medidas provisórias e / ou cautelares, que, segundo o Código Orgânico Administrativo, incidem na garantia constitucional de tutela efetiva na pluralidade jurídica, as quais se fundamentam para a sua adoção no boa aparência da direita e em perigo na demora.

Palavras-chave: Medidas; administração; aplicação legal.

Introducción

La administración pública emite decisiones funcionarias, las cuales se pueden expresar mediante declaraciones intelectuales y/o operaciones materiales. El Código Orgánico Administrativo dentro de la tramitación de procedimientos, puede adoptar medidas provisionales de protección o medidas cautelares.

Las medidas tienen por una parte su origen en el common law (derecho común), por medio de un sistema configurado, como un aspecto fundamental, el no ser necesariamente un instrumento represivo o punitivo, sino que pueden tener naturaleza preventiva. La injunction, o mandato, tiene como objetivo el ser una medida preventiva que prohíbe la realización de alguna actividad, y a su

vez, una naturaleza punitiva cuando la medida consiste en una multa o una sanción. En el derecho inglés las medidas tenían una finalidad especialmente de carácter jurisdiccional

La historia de las medidas en Francia es de especial importancia pues el Concejo de Estado (Conseil d'État), crea el mecanismo “administración-juzgadores”, que otorga relevancia y reconocimiento internacional al Concejo de Estado, por su papel de juez administrador (Méndez & Mejía, 2019).

La administración con su relación directa con los ciudadanos, debe garantizar sus derechos, por lo que, al adoptar medidas provisionales o cautelares deberían estar destinadas a salvaguardar los derechos y libertades de los involucrados.

Por último, el derecho español se ocupó del control de la actividad jurídica de la administración mediante garantías formales en el funcionamiento del poder público, respecto de la tramitación de los procedimientos en donde los administrados solicitan algo o pueden ver afectados sus derechos (Madrigal, 2019).

La Ley de Procedimiento Administrativo Española; y, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tuvieron gran influencia en la expedición de las normas ecuatorianas como el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y el Código Orgánico Administrativo.

El derecho de tutela efectiva es el elemento que tiene por objeto salvaguardar todos y cada uno de los derechos que nos asisten a los ciudadanos y proteger las transgresiones constitucionales y legales.

El resguardo a la tutela efectiva en la adopción de medidas provisionales de protección o cautelares, debe ser analizado bajo los siguientes criterios:

Primero: verificar la naturaleza jurídica de las medidas establecidas en el Código Orgánico Administrativo, para demostrar que son potestades de la administración para resguardar los intereses estatales, y no constituirse en garantías a favor de los administrados (Sánchez , 2019).

Segundo: demostrar que, en la adopción de las medidas cautelares se debe comprobar el cumplimiento de sus características y requisitos para su procedencia, como un mecanismo de control de un posible exceso de poder, que es, contrario a un Estado constitucional de derechos y justicia (Sánchez , 2019).

Otro punto que debe ser considerado es que el legislador al otorgar esta potestad a la administración pública, concede facultades que aseguren el inmediato cumplimiento de sus decisiones,



convirtiéndose en medidas de coacción para la ejecutividad de sus decisiones imponiendo al administrado su deber de cumplimiento, asegurando su exigibilidad atentando al derecho de tutela. En base a lo expuesto surge la interrogante del problema: ¿La disposición de medidas provisionales y/o cautelares en el procedimiento administrativo común del COA, limita el principio del debido proceso en la garantía de la tutela efectiva, a los administrados?

El objetivo general de la investigación trata de analizar la proporcionalidad y oportunidad de la disposición de medidas provisionales y/o cautelares en el procedimiento administrativo común del COA., como garantía de tutela efectiva, bajo los parámetros mencionados en los párrafos anteriores, es oportuno y necesario para establecer si las mismas, conforme se encuentra contemplado en la norma infraconstitucional, limitan el principio del debido proceso en la garantía de la tutela efectiva a los administrados, a sabiendas que el más alto deber del Estado ecuatoriano es “respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, siendo un derecho fundamental la tutela efectiva el cual debe garantizarse en todo procedimiento administrativo y no solo en lo judicial (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Marco referencial

Problemas normativos en la disposición de medidas provisionales y/o cautelares en el procedimiento administrativo común COA

El Código Orgánico Administrativo establece como medidas provisionales de protección y cautelares las siguientes: secuestro, retención, prohibición de enajenar, clausura de establecimientos, suspensión de la actividad, retiro de productos, documentos u otros bienes, desalojo de personas, limitaciones o restricciones de acceso. También están las medidas provisionales y/o cautelares que requieren de autorización judicial que son: la prohibición de transitar libremente y de entrada o salida del país; la protección de los datos de carácter personal; y, la inviolabilidad del domicilio.

Según el Doctor en Derecho Ferran Pons Canovas (2001) docente en la Universidad Autónoma de Barcelona, se pueden definir dichas medidas como:

Una decisión administrativa de carácter provisional, excepcional e instrumental que se adopta en el seno de un procedimiento sancionador, o con carácter previo al mismo, con las debidas garantías

y limitaciones, ya sea para poner fin a los efectos perjudiciales de la conducta infractora, proteger el interés general perturbado por la infracción, o en fin, asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer.

Por otro lado, Obando (2010), en su obra *Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*, define al derecho de tutela efectiva como una construcción concatenada entre derecho, tutela y eficacia; siendo el derecho el que regula la relación que existe entre los ciudadanos con el Estado, la tutela el elemento material para hacer efectivos cada uno de los derechos consagrados en la Constitución y así proteger a los ciudadanos de las faltas jurídicas que se puedan cometer; y, por último, la eficacia de conseguir una respuesta basada en derecho y que cause consecuencias jurídicas.

El autor citado concluye, explicando que: “El proceso es un instrumento de tutela del Derecho, de modo que, si se desnaturaliza por violación de sus formas esenciales, el instrumento de tutela falla (...)” (Obando, 2010).

La doctrina clasifica de muchas formas a las medidas; sin embargo, para el objeto de esta investigación se hace mención a la siguiente clasificación:

Medidas preventivas: son aquellas cuyos efectos tienen por objetivo prever el cometimiento de un perjuicio a través de la satisfacción provisional de una situación de hecho (Simón Padros, 2006).

Por ejemplo, la medida provisional y/o cautelar de suspensión de la actividad, tendría la condición de conservar los hechos reales indispensables para el procedimiento su resolución y ejecución del acto administrativo final. Se debe proteger el hecho, objeto, o derecho que se resuelve en la tramitación del expediente administrativo.

Medidas conservativas: tienen como objeto mantener la situación en la que ahora se encuentra el hecho u objeto, en el mismo estado hasta que se dicte la resolución definitiva. Buscan mantener intacta la situación hasta que el procedimiento se resuelva. En definitiva, van a mantener conservar el hecho desde que se conoció hasta el pronunciamiento mismo de la resolución (Cassagne, 2011)

Por ejemplo, el retiro de productos, documentos u otros bienes, tienen como objeto ser la forma más idónea para proteger el resultado del procedimiento, puesto que si se consuma un hecho sería demasiado tarde, pues se habría infringido el derecho y haría inútil el llevar adelante el proceso.



Medidas anticipativas: en donde la autoridad las dicta previamente al inicio del procedimiento, su objetivo es prevenir que la ejecutividad de la actuación ponga en peligro la efectividad de la tutela efectiva (Calamandrei, 2005).

Se puede adelantar la efectividad de la resolución siempre que sea pertinente o indispensable para conservar el objeto del procedimiento, son concedidas como una solución provisional al hecho, objeto o derecho que se está tramitando.

Por ejemplo, el desalojo de personas, limitaciones o restricciones de acceso que deben adoptarse incluso de forma “ante causan”, pues se decide internamente a espera del inicio del procedimiento ordinario en donde se perfeccione la decisión definitiva.

A pesar de toda esta clasificación doctrinaria de las medidas, el legislador en el Código Orgánico Administrativo, no diferencia que tipo de medidas deben ser provisionales de protección, es decir, aquellas que tienen que ser adoptadas previamente al inicio del proceso, cumpliendo supuestos de urgencia, necesidad, proporcionalidad debidamente motivadas (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Por otro lado, tampoco se indica la pertinencia de las medidas cautelares que buscan conservar el estatus del hecho objeto o derecho del procedimiento; con aquellas que conservan las condiciones reales del hecho, objeto o derecho del expediente con el fin de asegurar la eficacia de la resolución. También todas las medidas provisionales de protección y cautelares son facultades a favor única y exclusivamente de la administración pública; por lo que, en realidad son medidas de coacción que constituyen un acto de gravamen en contra del administrado, por ello, en su adopción deben respetar la tutela efectiva, pues tienen que cumplir con el fin por el cual el derecho los regulo para protección de los ciudadanos, deben ser un instrumento para satisfacer y salvaguardar la eficacia jurídica de las decisiones y en su adopción, constituir una respuesta cierta y fundada en derecho a favor del expediente.

Luis Cueva Carrión (2006), al hablar de las medidas cautelares sostiene: “Si bien las medidas cautelares no son objetos concretos, sino abstractos, sin embargo, ocupan un lugar dentro del mundo jurídico y actúan en el tiempo oportuno (...)”. Por lo que es imperioso verificar las cualidades que representan y distinguen a las medidas que son:

Provisionalidad, esta característica está ligada con la vigencia de la medida pues deben desaparecer cuando se eliminen las condiciones que incidieron en su adopción; además, que solo podrán mantenerse hasta que se emita la resolución final, por no tener un carácter definitivo, sino exclusivamente pretender cuidar el hecho, objeto o derecho mientras se tramita el procedimiento y se emite su resolución que pone fin al mismo (Masapanta Gallegos, 2004)

Por ello el Código Orgánico Administrativo, respecto de las medidas anticipativas que son las provisionales de protección, obliga a un pronunciamiento expreso respecto de si son confirmadas, modificadas o levantadas en la decisión de iniciación del procedimiento.

Sobre la instrumentalidad, marca el carácter accesorio de la medida respecto del procedimiento pues no constituyen un fin en sí mismas, sino que obligatoriamente se encuentran vinculadas al procedimiento principal, para buscar garantizar la efectividad del resultado, pero sujeto a la adecuada y eficiente intervención del sustanciador del procedimiento.

Son un medio predispuesto para el mejor éxito de la resolución definitiva, por ser esencialmente dependientes no tienen existencia autónoma ya que siempre estarán subordinadas a la emisión de una resolución definitiva.

Esta figura se funda en la posibilidad plenamente concedida a la administración para la adopción de medidas queda en su libertad de decisión adoptarlas o no, pero por respeto a la tutela efectiva, no pueden constituir un ilegítimo perjuicio a los intereses del administrado.

La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, de ahí que la autoridad debe motivar su decisión sobre la base de los requerimientos legalmente impuestos para su adopción. Así, Patricio Secaira Durango (2004), explica que:

La actividad discrecional es aquella permisión legal, por medio de la cual la administración pública tiene cierta libertad de decisión por cuanto la norma solo establece competencias generales sin señalar concretamente lo que el órgano público debe hacer en un caso determinado. La discrecionalidad es una excepción en la actividad administrativa (...).

El autor al darle el carácter de excepcional, lo hace por cuanto esa discrecionalidad debe ser fundamentada en la aplicación objetiva de la norma, aplicando siempre el debido proceso en su garantía de la tutela efectiva conforme lo ordena la Constitución de la República, norma jerárquica que se impone sobre cualquier otra ley orgánica, ordenanza, leyes, decretos, etc. Por lo tanto, los

derechos fundamentales que se consagran en la Carta Magna, en este caso la tutela efectiva, restringe el ejercicio de poder, para no caer en abusos, sin embargo de ello, en lo que respecta a la imposición de medidas provisionales y/o cautelares conforme el Código Orgánico Administrativo, es un desencanto ante la realidad de su aplicación, muchas veces inmersa en un ejercicio abusivo del servidor público que se impone sin un razonamiento claro y congruente ante la medida aplicada. Variabilidad, característica que tiene plena relación con la posibilidad de cambiar o modificar las medidas, estas pueden mutar de una a otra según sea más conveniente o útil para el procedimiento que se lleva a cabo. Por esta característica en el caso de que se adoptó una determinada medida en virtud de información preliminar del expediente, pero cuyas circunstancias cambian en el desarrollo del procedimiento, la autoridad puede adoptar la decisión de aplicar otra medida que resulta más beneficiosa al administrado, y a los derechos que están siendo objeto de resolución. La variación puede darse por el cambio en el fondo o en la forma del hecho, objeto o derecho que se discute en el procedimiento.

Se concluye entonces que las características de las medidas de provisionalidad, instrumentalidad, discrecionalidad y variabilidad, son elementos necesarios que se deberán encontrar en la motivación de su adopción como garantía del derecho de tutela efectiva.

Por otro lado, como presupuestos de adopción de medidas la doctrina acoge un criterio prácticamente unificado sobre sus presupuestos fundamentales; y, que son: la aparente existencia del derecho (*fumus bioni iuris*); y, el correspondiente peligro en la demora (*periculum in mora*) (Cueva Carrión, 2012).

La medida tiene un propósito y es de evitar un perjuicio por el paso del tiempo o por el riesgo que se encuentra el derecho; no obstante, su adopción debe respetar la reserva legal, pues deben ser conformes al ordenamiento jurídico.

Verosimilitud del derecho, tiene su origen en el derecho romano de acuerdo a sus vocablos en latín, la administración debe convencerse de la existencia del derecho, el mismo que posteriormente luego de la tramitación del procedimiento en resolución definitiva será confirmada o se dará por inexistente.

En esta misma línea la apariencia del buen derecho es un análisis o juicio de probabilidad, una presunción afirmativa de la administración se determina en una hipótesis que se tiene al inicio del

procedimiento, no es certeza, pues solo en resolución definitiva se confirmará el derecho o se dará como inexistente según corresponde a la realidad del trámite, característica fundamental de las medidas cautelares.

Peligro en la demora. - Las medidas surgen como instrumentos de urgencia para proteger los hechos, objetos o derechos hasta la emisión de la resolución final. Su función es evitar que por la duración o demora del procedimiento los hechos, objetos o derecho sean irreparables por estar en una condición de riesgo inminente, el *periculum in mora* no puede sobre entenderse, debe estar debidamente acreditado en el expediente, para que la administración justifique de manera adecuada la concurrencia de este requisito para la adopción de la medida, para concluir cito lo que indica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el peligro en la demora.

Según el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 25, numeral 2 literal b) cita: “la urgencia de la situación se determina por la información que indica el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse (...)” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

Las afectaciones al principio del debido proceso en la garantía de la tutela efectiva

La finalidad de la adopción o no de una medida según el sistema jurídico y procesal como un acceso a una tutela efectiva, traducida en la posibilidad de recibir decisiones justas, debe ser cumplida en la adopción de medidas provisionales o cautelares.

La finalidad de las medidas, tiene un alcance directo con la tutela efectiva que opera en tres momentos distintos: primero en el de acceso al expediente; segundo, el hacer posible la defensa del administrado para la obtención de una resolución final en un plazo razonable; tercero, dictada la resolución hacer efectivos sus pronunciamientos.

Las medidas provisionales de protección y cautelares previstas en el Código Orgánico Administrativo, en la forma otorgada como una potestad exorbitante del Estado, no se han configurado como una garantía de tutela efectiva imprescindible del debido procedimiento administrativo.

La tutela efectiva como una garantía establecida en la Constitución de la Republica, en los procedimientos administrativos debe estar presente como un limitante de poder que tiene el Estado

de acuerdo al ius puniendi; el límite ante esta potestad se limita a través del derecho fundamental de tutela efectiva, pues su fin es velar por el efectivo ejercicio de sus derechos. (Zavala Egas, 2011) En un inicio se dio especial importancia a la tutela judicial efectiva, pero en la actualidad, es concedida como un derecho para todos los procedimientos incluidos los expedientes administrativos, siendo su fundamento en la necesidad de evitar arbitrariedades que se traduzcan en abuso o exceso de poder con la consumación de perjuicios irremediables para los ciudadanos administrados.

El artículo 180 del Código Orgánico Administrativo se encuentra regulado dentro de las normas generales del procedimiento administrativo, como una posibilidad de actuaciones previas. No obstante, dichas actuaciones previas se orientan al determinar con mayor precisión los hechos, para ver la conveniencia o no de iniciar un expediente. La conclusión de las actuaciones previas se da por medio de un informe, y la caducidad del trámite en el plazo de seis meses.

Por otro lado, también antes del inicio del procedimiento, se puede ordenar medidas provisionales de protección, que deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el auto de inicio de procedimiento.

El Código Orgánico Administrativo, tiene francas contradicciones cuando establece que las actuaciones previas caducan en el plazo de seis meses; por otro lado, ordena que adoptadas las medidas provisionales el inicio del procedimiento debe ser en un término no mayor a diez días desde su adopción, confusión normativa que genera afectación al derecho de tutela efectiva en el ámbito del plazo razonable, por cuanto impuesta la medida provisional, la administración con base en una normativa emitida a su favor limita derechos por un tiempo excesivo en donde aún no ha iniciado un juzgamiento administrativo.

El Código Orgánico Administrativo recoge los presupuestos de la medida provisional, cuando ordena que deben cumplirse las siguientes condiciones: que se trate de una medida urgente; que sea necesaria y proporcionada; y, que la motivación no se fundamente en meras afirmaciones. No obstante, al facultar legalmente adoptar medidas provisionales tales como: el secuestro, la prohibición de enajenar, clausura de establecimientos, suspensión de la actividad, su adopción constituye franca violación de derechos constitucionales, entre ellos el de tutela efectiva, por el perjuicio que resulta a los administrados (Código Orgánico Administrativo, 2017).

Por ejemplo, la autoridad competente de salud antes de iniciar un procedimiento clausura una clínica, consecuentemente toda la prestación del servicio público de salud es interrumpida, generando perjuicios económicos al administrado de imposible reparación, afectando así el derecho de presunción de inocencia administrativa.

Se agrava aún más la situación jurídica del administrado, cuando en el artículo 189 del Código Orgánico Administrativo, se faculta al órgano competente a ordenar medidas cautelares dentro de la tramitación del procedimiento administrativo.

Estas medidas cautelares son exclusivas a favor del Estado, cuando textualmente se indica, en su artículo 190, que su finalidad es: “para asegurar la eficacia de la resolución” (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Un principio básico del derecho público, hace referencia a que las actuaciones de la administración pública están llamadas a cumplirse de manera inmediata, incluso mediante coacción. El principio de autotutela que rodea a las actuaciones administrativas determina que la administración pública, tiene la capacidad de hacer cumplir por si misma sus decisiones, está capacitada, como sujeto de derecho, para hacer cumplir sus actos.

Jorge Zavala Egas (2011), señala que el ejercicio de la potestad de autotutela, por parte de la administración pública, no es actividad jurisdiccional, es netamente encaminada a través de un procedimiento administrativo para la toma de una decisión necesaria frente la consecución de un fin de interés general.

Es por ello que la administración al emitir un acto administrativo cualquiera que este fuera, tiene la certeza de que su actuación deberá ser cumplida. Cabe recalcar que el Doctor Patricio Secaira Durango (2004), explica que: “Los entes públicos a través de la autotutela administrativa establecen límites que la Constitución y la ley crean para el ejercicio de la actividad pública”.

Por lo tanto, este principio está presente en la doctrina y la jurisprudencia los cuales son coincidentes en explicar que su trascendencia está para evitar abusos por parte de la administración pública; y, que sobre todo el Estado tenga actuaciones legítimas en su continua actividad que es lograr el bienestar colectivo.

Con base de lo expuesto, al órgano administrativo competente además de su principio de autotutela administrativa, se le faculta adoptar medidas cautelares destinadas a asegurar la eficacia de su

resolución sin notificación previa al administrado, afectando el derecho a la tutela efectiva en cuanto al acceso al expediente.

El catedrático español Tomás de la Quadra (2014), respecto a la autotutela administrativa, menciona: “La administración puede, por sí misma establecer lo que es conforme a Derecho; declararlo, imponer unilateralmente derechos y obligaciones a los ciudadanos, y hacerlos ejecutar sin necesidad de acudir a un tercero”.

En conclusión, la normativa de las medidas cautelares, exclusivas a favor de la administración; es decir, que se pueden ejecutar sin notificación previa al administrado sin ningún tiempo determinado de duración y/o mantenerse en el plazo de duración de tramitación del procedimiento principal; que su modificación o revocatoria se sustenta en la discrecionalidad de la autoridad y constituyen afectación al derecho a la tutela efectiva.

Por otro lado, en cuanto a la vigencia de la medida cautelar el Código Orgánico Administrativo norma que, ésta durará por toda la tramitación del procedimiento administrativo, facultando su modificación o revocatoria a la discrecionalidad del mismo órgano que los adoptó.

La provisionalidad y temporalidad de las medidas en relación al derecho de tutela efectiva se identifica con el plazo razonable que puede y debe mantenerse dicha decisión, no bajo el supuesto de que el procedimiento debe ser tramitado de manera sumamente rápida y superficial, sino como una garantía de impedir situaciones gravosas en plazos de tiempos largos que impiden un adecuado marco jurídico constitucional a favor de los ciudadanos.

Es decir, una garantía dentro del procedimiento administrativo que asegure a los administrados que, en la adopción de las medidas provisionales de protección o cautelares, la resolverán de manera motivada y eficaz, sin que produzcan daño a los derechos ni que la decisión administrativa se adopte con dilaciones innecesarias.

La Corte Constitucional en sentencia No. 2004-13-EP/19, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva explica:

El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 75 de la CRE, garantiza el acceso al órgano de justicia en procura de la defensa de derechos alegados por las partes procesales, la obligación del juzgador a sustanciar la causa observando el procedimiento

establecido en el ordenamiento jurídico y la obtención de una resolución motivada que se ejecute (Corte Constitucional, 2019).

Esta jurisprudencia nos sirve para entender que la tutela efectiva constituye el acceso al órgano que, en materia de procedimiento administrativo, es la autoridad competente, por ello, el administrado debe tener la garantía de acceder al expediente para solicitar, de ser el caso, la modificación o extinción de la medida provisional de protección impuesta en su contra. Por otro lado, en la tramitación del debido procedimiento administrativo, el sustanciador del procedimiento adopte las medidas cautelares o provisionales en sustento de la reserva legal, verificando el cumplimiento de las características y observancia de las medidas.

La decisión administrativa de adopción de medidas se debe cumplir con el deber de motivación y la finalidad de las mismas.

La Corte Constitucional en la sentencia No. 076-13-SEP-CC, en su página 27, explica que: “(...) la motivación está relacionada con la correcta utilización de las reglas y principios constitucionales al momento de ofrecer razones para la decisión (...)” (Corte Constitucional, 2013)

La imposición de una medida provisional o cautelar obliga a la autoridad pública a aplicar la norma conforme el sentido estricto de la misma, y con subsunción al caso en concreto, la decisión debe ser razonada, lógica y comprensible, con el fin de no vulnerar el derecho constitucional a un debido proceso en la garantía de la tutela efectiva.

En sentencia No. 080-13-SEP-CC, de la Corte Constitucional del Ecuador, en su página número 11, expone que: “(...) la tutela efectiva, imparcial y expedita es un deber del Estado (...)”, obligación que se ve inmersa en la aplicación de las medidas provisionales y/o cautelares que debe desarrollarse mediante un procedimiento que cumpla con las garantías del debido proceso y por supuesto el derecho fundamental a la tutela efectiva (Corte Constitucional, 2013).

La Constitución de República, establece que el Ecuador es un Estado de derechos, lo cual, conforme lo analiza Ramiro Ávila Santamaría (2012), tiene como consecuencia que tanto el poder, público como privado, se somete a todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema. En el caso concreto que se está desarrollando, la autoridad pública está obligada a realizar un análisis constitucional del derecho para al momento de imponer las medidas provisionales y/o cautelares establecidas en el Código Orgánico Administrativo, norma infraconstitucional que dista

del debido proceso y del derecho fundamental a la tutela efectiva al momento en el que legislador realice esta norma.

Con base en todo lo expuesto, al verificar que las medidas de protección y cautelares son decisiones administrativas de coacción que tienen como finalidad la ejecutividad de la resolución final de un procedimiento en su adopción, producen afectación al derecho de tutela efectiva previsto constitucionalmente y que la autoridad competente relega a la Constitución, imponiendo de manera errónea la norma infraconstitucional, que incluso no cumple con lo que establece la Carta Magna.

Posibilidad de un control de constitucionalidad de las medidas provisionales y/o cautelares por medio de garantía jurisdiccional

La Corte Constitucional tiene como competencia conocer las acciones constitucionales de inconstitucionalidad de normas. El artículo 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ordena que la Corte Constitucional (2009) ejercerá el control constitucional formal y material sobre las normas legales de origen parlamentario que hayan sido impugnadas a través de una demanda de inconstitucionalidad.

Ante lo dicho, es necesario de una demanda de inconstitucionalidad del artículo 180 y 189 del Código Orgánico Administrativo, por cuanto dicha norma legal, otorga competencia de potestad exorbitante a la administración pública de adoptar medidas sin regular la necesaria y obligatoria motivación de la resolución administrativa con base en los elementos, requisitos, presupuestos, y finalidad de las medidas.

La norma constitucional infringida por el articulado legal es el artículo 75 de la Constitución de la República, que hace referencia a la tutela efectiva y que como principio del debido proceso debe ser aplicable en todo procedimiento en el que se determina derechos y obligaciones del administrado.

Toda ley debe ser razonable, el principio de razonabilidad atiende a una adecuada apropiación entre los fines de la norma y medios dispuestos para ello, en donde una ley que afecte más allá de los derechos fundamentales (por atentar contra su contenido esencial) o que instrumenta medios excesivos para conseguir un determinado fin, aun cuando aparente ser un fin valioso, es irrazonable

y por tanto ilegítima, inconstitucional, espuria. (UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, 2008).

Por lo expuesto, el legislador ha otorgado una potestad de imponer medidas que aparentemente tiene como finalidad asegurar la ejecutividad de sus resoluciones, no obstante, es un medio excesivo que puede ser adoptado con absoluta discrecionalidad por parte de la autoridad pública, que constituye en realidad arbitrariedad, por lo tanto, es inconstitucional.

Aníbal Quiroga León (1995) explica al respecto que: “(...) La tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales para evitar que el legislador ordinario instituya leyes procesales de modo tan irrazonables que, debido a bruscos cambios de la coyuntura política, virtualmente impida a las partes la defensa de sus derechos” (Obando, 2010).

El Código Orgánico Administrativo, al normar medidas provisionales de protección y cautelares, las tipifica de manera idéntica, por lo tanto, irracional, sin considerar la clasificación de las medidas y sus objetivos. Se agrava el derecho a la defensa de los administrados cuando todas las medidas enumeradas por el legislador son decisiones de protección de la administración, contradiciendo la finalidad de una norma que debe ser el reconocimiento tutela y garantía de los ciudadanos.

El artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República, establece:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La relación continua Estado – ciudadano se enmarca en un respeto a los derechos fundamentales desarrollado con base a la legalidad de un ordenamiento jurídico, que no puede contradecir a la Carta Magna, por lo tanto, la tutela efectiva está inmersa en los procedimientos comunes administrativos y su eficacia se debe reflejar al momento de la aplicación de las medidas provisionales y/o cautelares, sin embargo, esto no se ve materializado en la práctica, pues no se visualiza la aplicación de supremacía de la norma, al contrario, la aplicación de normas infraconstitucionales es la que se refleja de con discrecionalidad no motivada en la aplicación de las medidas provisionales y/o cautelares.



La tutela efectiva, imparcial y expedita se subsume ante la abstracción de derechos aplicada a los intereses y favorabilidad de los sujetos de derechos. En el caso puntual de las medidas provisionales de protección debe ser adoptadas antes del inicio del procedimiento, consecuentemente afectan el derecho de acceso al expediente, contradicción de la verdad material del procedimiento, presunción de inocencia administrativa, todos estos supuestos concluyen inequívocamente en que es una decisión inconstitucional, por cuanto cuando la administración pública en el caso en concreto deba decidir sobre derechos, obligaciones o gravámenes, es imperante que exista un proceso justo, racional con la interpretación teleológica de la norma, proscribiendo la arbitrariedad y la discrecionalidad desmesurada (Zavala Egas, 2011)

El caso puntual de las medidas provisionales de protección estas deben ser adoptadas antes del inicio del procedimiento, consecuentemente afectan el derecho de acceso al expediente, contradicción de la verdad material del procedimiento, presunción de inocencia administrativa, todos estos supuestos concluyen inequívocamente en que es una decisión inconstitucional.

Así mismo las medidas cautelares conforme el Código Orgánico Administrativo, cuando explica su procedencia obliga que su aplicación se aplique si existen elementos de juicio dejando en la práctica a la subjetividad del servidor público que lleve el procedimiento, pero lo peor, se refleja en el artículo 192 de la ibídem cuando establece que la ejecución de la medida cautelar se aplica sin notificación previa, disposición que va en contra del debido proceso en el derecho a la defensa, violatorio al derecho fundamental de tutela efectiva y por lo tanto, insisto del todo inconstitucional. Por lo tanto, el accionar un control de constitucionalidad ante el máximo órgano Corte Constitucional en lo referente a lo expuesto, es una salida conforme a la norma jerárquica superior a ser planteada mediante la garantía jurisdiccional de control abstracto de constitucionalidad, conforme lo establece el artículo 71 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

El control abstracto de constitucionalidad de la norma es imperante en un Estado constitucional de derechos, pues para que el sistema normativo sea eficaz debe sus normas jamás pueden contrariar a la Constitución, el legislador al crear la ley debe cumplir con el contenido de la Carta Política, obligación que determina orden jurídico que da eficacia al sistema jurídico (Huerta Ochoa, 2003).

La arbitrariedad con la que la administración pública aplica las medidas provisionales y /o cautelares, pide un control abstracto para que, los administrados gocen de los derechos constitucionales como la tutela efectiva y el debido proceso, que ha sido violentado por el legislador al no generar diferencias entre estas medidas que dejan en indefensión al administrado y que el Estado se vuelve el dueño de la verdad ante los supuestos que se explican en los artículos 180 y 189 del COA.

Por lo tanto, el máximo órgano de control de constitucionalidad debe ser activado para que, se diferencien estas medidas y se apliquen conforme un procedimiento expedito, claro y garantizando el acceso al expediente, a resoluciones de medidas razonadas y sobre todo en un plazo razonable que no menoscabe ninguno de los derechos consagrados en la Constitución.

Metodología

Para el desarrollo de esta investigación se empleó un enfoque de tipo cualitativo, partiendo de una recopilación de los diferentes aspectos generales relacionados con el tema, que permitieron el establecimiento de conclusiones particulares relativas a la comprensión del objeto de estudio. Así, entre los principales métodos utilizados se acudió en primer lugar al método inductivo - deductivo, es decir de lo particular a lo general y viceversa, con el fin de sistematizar la información bibliográfica, doctrinaria, jurisprudencial y normativa de la tutela efectiva.

Además, se utilizó el método analítico – sintético, que consiste en la desmembración o descomposición del todo, es un proceso que permite separar o dividir el objeto en los aspectos o cualidades que lo componen. La síntesis, por el contrario, es el proceso que permite la integración para obtener una comprensión general.

A través de entrevistas a profesionales del derecho, se obtuvo la realidad que afronta el administrado y su relación con el Estado al momento de que es sujeto a un procedimiento administrativo, lo cual se detalla en los resultados.

Resultados

Para obtener los resultados de la presente investigación, se utilizó la entrevista como método de recolección de información sobre la tutela efectiva en la disposición de medidas provisionales y/o cautelares en el procedimiento administrativo.

La entrevista es una técnica de indagación que generalmente es utilizada en procesos de investigación. El principal objetivo de una entrevista es obtener información de forma oral y personalizada sobre acontecimientos, experiencias y/u opiniones de personas. Siempre se participa mínimo dos personas, una de ellas adopta el rol de entrevistador y la otra el de entrevistado, generándose una interacción en torno a una temática de estudio (Folgueiras, 2016).

El tipo de entrevista empleada en este artículo, según su grado de estructuración, es una entrevista semi-estructurada, en la cual se establece el tipo de información que se requiere y en base a ello se establece un guion tentativo de preguntas, pues las cuestiones se elaboran de forma abierta, lo que permite recoger información más rica y con más matices. Es esencial, en este tipo de entrevistas mantener una postura flexible para poder ir realizando las preguntas según las respuestas que se vayan dando, e inclusive incorporar algún nuevo cuestionamiento a partir de lo que diga el entrevistado (Folgueiras, 2016).

Se realizaron tres entrevistas, a tres diferentes personas que ejercen desde diversas perspectivas el poder de la jurisprudencia, el Dr. Orellana, Dr. Méndez y el Dr. Jiménez.

Entrevista Dr. Tarquino Orellana Serrano

El Dr. Tarquino Orellana Serrano, abogado en libre ejercicio de la profesión, Magister en Derecho Administrativo, en entrevista realizada con fecha 15 de diciembre de 2020, en lo que respecta al tema de estudio en el presente artículo responde a las siguientes preguntas:

¿Conforme el Código Orgánico Administrativo, en el desarrollo de un procedimiento administrativo común al momento en el que la autoridad competente dicta medidas provisionales y/o cautelares, cuál es el actuar de la administración pública frente al derecho fundamental a la tutela efectiva?

Existe una facultad discrecional permanente en el actuar administrativo, lo cual se refleja al iniciar las acciones, en revocar los actos administrativos, en imponer medidas provisionales o cautelares; y en sancionar al administrado, es decir, un actuar de oficio sin limitación alguna, por lo que, la razonabilidad, la proporcionalidad, el plazo razonable; y, la garantía de defensa en el debido

proceso como garantía fundamental que tiene su base sólida en la Constitución y que en orden procesal significa garantías de derechos, entre la cual está el derecho a la defensa que responde a la oportunidad de preparar la defensa en un tiempo acertado, es garantía que indudablemente es de aplicación en los procedimientos comunes al aplicar las medidas provisionales o cautelares; sin embargo, el Código Orgánico Administrativo, tiene plazos rígidos que están establecidos a favor de la administración y no para el administrado, por lo que, estas garantías constitucionales, no son efectivas en el COA, insisto, todos los plazos de tiempo límite son para el administrado y todas las aperturas de plazo son de la administración.

También la facultad revocatoria que tienen las entidades públicas que se rigen por el COA, es de tanta amplitud y de tanta posibilidad que se aplica de manera arbitraria por parte de la administración pública. Y para la facultad revocatoria, para las medidas cautelares, para estos procedimientos que son de posibilidad tan drástica de aplicación, no existe una norma de procedimiento, entonces el COA se construye como un conjunto de normas que, que tienen un parentesco con la historia del derecho administrativo llamémoslo así, pero que, en realidad lo que están consagrando es la arbitrariedad y las facultades extraordinarias.

Un poco para reflexionar en la pregunta, el COA es un manual de abuso, porque, en definitiva, no es que la administración pública lee el COA a la luz de la Constitución, la administración pública aplica el COA en la posibilidad de su gestión y de la imposición de su propia decisión (Orellana, 2020).

¿Cuáles son las afectaciones específicas en la garantía de la tutela efectiva al momento de aplicar las medidas provisionales y cautelares en un procedimiento común?

La garantía del derecho a la defensa y del debido proceso están prácticamente eliminadas, y en esa perspectiva del artículo 76 de la Constitución es el que de alguna manera ha sido ignorado en el modo en el que se ha regulado la posibilidad de la imposición de estas medidas, tanto que yo diría que los ciudadanos; y, por lo tanto, los profesionales que trabajamos con los administrados, estamos en la necesidad permanente de que en las relaciones con la administración pública, seamos quienes guiamos al funcionario público para que aplique la Constitución y les recordemos que como norma jerárquica superior sea aplicada, por el contrario el actuar común es, aplicar el COA, irrespetando el derecho a la defensa, el derecho al debido proceso, a la tutela efectiva en el plazo razonable, medidas que no obedecen a la proporcionalidad, porque si nos fijamos en cómo está regulado y al

no aplicar la Constitución, reitero como norma jerárquica, ponen al administrado en una situación compleja, pues la forma en que han redactado la norma, muestra un descuido, que lo ejemplifico de la siguiente manera: al referirse a las medidas provisionales de protección el texto dice que, necesitamos de una medida urgente, por lo tanto, hay que calificar la urgencia como necesaria y proporcionada – conceptos jurídicos delicados- y que deben tener una debida motivación; pero cuando nos vamos a las medidas cautelares, ya la regulación prácticamente se elimina de estos conceptos que son obligatorios y procede estableciendo que si existen elementos de juicio suficientes, se las aplique, ¿cuáles son los elementos de juicio suficientes? – “lo que le parezca a la administración”, ejerciendo así la arbitrariedad. También habla sobre los elementos de juicio que considere suficientes, con esto lo que la ley le está pidiendo a la administración en relación a la Constitución o esta simplificación del debido proceso y de la motivación es, que explique las razones que tiene la administración, no la razón legal, cuando lo correcto lo legal es la racionalidad en su decisión conforme los hechos que se subsuma a la norma, sin embargo, la realidad es que el funcionario dice lo que le parece porque con ello, lo que le parece siendo este criterio, suficiente porque conforme lo establecido en el COA le da la oportunidad de hacer lo que a la administración le parezca (Orellana, 2020).

¿Es adecuado un control de constitucionalidad a lo que el legislador ha hecho con la aplicación de medidas provisionales y/o cautelares en el COA?

Yo tengo el temor de que el recurso de inconstitucionalidad del modo como está concebido sea un recurso que no tenga mucho futuro, pues es un recurso que, a pesar de todas las concepciones constitucionales, la inconstitucionalidad se supone siempre de última ratio y es siempre positivista. La doctrina constitucional a mí me parecer es evidentemente incoherente con todo lo que significa el constitucionalismo, cuando la inconstitucionalidad siempre piensa de manera conservadora; y, por lo tanto, nos obliga a una fórmula de razonamiento jurídico obligatorio, por el cual, tenemos que encontrar el vicio concreto, expreso, casi evidente de la norma respecto del texto constitucional, eso no vamos a encontrar o es difícil establecer en una norma porque las mismas están expresadas con una amplitud que tal vez, insisto a mi criterio los administrados estábamos más protegidos sin el COA, con esta norma es perdido no hemos ganado.

Es importante una reflexión social, de lo que le pasa al ejercicio administrativo con una norma que es un instrumento de arbitrariedad en donde penosamente, por ejemplo: el Municipio de Cuenca está aprobando una norma de control de ejercicio de la potestad sancionadora como dice el COOTAD, y en vez de, regular los temas de plazos, los temas de imposición de medidas, los temas de garantías de los administrados, omite estos contenidos y crea normas abiertas, sanciones gigantescas y para regular los derechos de los administrados como manda el artículo 425 de la Constitución se debe aplicar la misma, sin embargo, prefieren el COA y no solo eso, sino que lo dejan implícito en las ordenanzas para hacer lo que quieren con el administrado, entonces, en la municipalidad el Concejo Cantonal al momento de dictar ordenanzas y en otras instituciones del Estado, la administración pública tiene una cultura de arbitrariedad que en mi reflexión y coherente se ve respaldado por los jueces, porque la cultura de la arbitrariedad antes del COA se hizo a través de la administración de justicia y la justicia lo que está haciendo ahora después de tantos años de arbitrariedad, es seguir dándose la razón, creer que han hecho bien, entonces en lo cotidianidad, los abogados reflexionamos inmensamente al momento de presentar una acción de protección o una demanda, por que como le hago entender a un juez sobre el derecho del administrado frente al ejercicio de potestad urbanística reglamentaria, el derecho a la propiedad ha dejado de existir prácticamente y tal como está redactada la LOTUS, el derecho de edificar es un derecho público, realmente tenemos una legislación construida en la retórica constitucional absolutamente inconstitucional, el COA es un penoso ejemplo (Orellana, 2020).

¿Conforme lo expresado, sino es a su criterio eficaz una declaratoria de inconstitucionalidad, cual sería otra opción?

Por eso hablo de una reflexión social, habría que intentar inconstitucionalidades generales de las conceptualizaciones que tiene el Código Orgánico Administrativo, y sobre las medidas provisionales y cautelares sí podrían ser principalmente llevadas con un pensamiento en relación al propio concepto de tutela efectiva, la inconstitucionalidad de estas medidas y prerrogativas, bajo el supuesto de que no tienen normas procedimentales de garantía, y a falta de estas, tienen plazos y fórmulas de actuación todas sin justificación de parte de la administración en contra del administrado, creería tal vez pueda construirse una demanda suficientemente consistente que, en el escenario constitucional ponga en evidencia estos temas, que le obligue a la Corte Constitucional, sino a declarar la inconstitucionalidad, si a establecer normas procedimentales obligatorias para

tomar estas decisiones, es decir, cómo dar una interpretación constitucional; y, por lo tanto, restrictiva de estas potestades que puede ser más interesante (Orellana, 2020).

Entrevista Dr. Álvaro Méndez Álvarez

Álvaro Méndez Álvarez, especialista en Derecho Constitucional, Magister en Derecho Administrativo, docente de la Universidad de Cuenca, en entrevista realizada con fecha 16 de diciembre de 2020, manifestó lo siguiente con respecto a las preguntas realizadas:

¿El derecho fundamental a la tutela efectiva en la aplicación de las medidas provisionales y cautelares específicamente, como se materializa en la ejecución de las mismas?

Las medidas cautelares previstas en el artículo 189 del COA y las medidas de protección previstas en el 180 de la norma ibídem, primero tienen una manifiesta deficiencia legislativa por cuanto tienen igual redacción e incluso en el artículo 180 se indica que, “se podrán disponer las siguientes medidas cautelares” cuando se está refiriendo a que son medidas provisionales. Pero más allá del tema formal, lo grave es el determinar que son medidas provisionales y cautelares, cuando en la realidad son medidas exclusivamente de coacción para que el Estado tenga y ejerza potestades que, en muchos de las ocasiones, por no decir en todas, son carentes de motivación, lo que les convierte en arbitrarias y por ende afectan derechos básicos tutelares de los administrados (Méndez, 2020).

¿En su experiencia cual es la problemática que existe en la adopción de las medidas provisionales de protección y medidas cautelares?

Depende de cuál sea el procedimiento administrativo que se vaya a instaurar por parte de la administración pública, si es un procedimiento administrativo común va a terminar con la emisión de una decisión gravosa para el administrado, es decir, que inició de oficio y mas no a solicitud de parte, estas medidas provisionales su imposición en el tiempo afecta a un plazo razonable respecto de su decisión hasta la adopción o el inicio del procedimiento.

Por otro lado, por el principio de impulso propio, iniciado el procedimiento es responsabilidad de la administración pública terminarlo, sin embargo, de esto, los plazos que prevé el COA, para iniciar el procedimiento, cumplir con el deber de notificación al administrado, abrir de ser necesario un estado probatorio y solo finalizado este, entender que hay el plazo de treinta días para resolver hasta que exista la resolución final, indudablemente lleva a que la adopción de muchas por no decir de todas de las medidas, sea absolutamente ilegítima.

Se ha copiado en un Código Orgánico Administrativo que tiene y sirve para procedimiento medidas propias del proceso como son: el secuestro, la retención, la prohibición de enajenar, siendo esto sumamente grave, pues ya son medidas que no tienen ningún aspecto de carácter tutelar, es decir, cuál sería la buena apariencia del derecho que es la misma administración pública la que va a establecer o determinar esas condiciones; y, por otro lado, que no se cumple con el carácter de proporcionalidad adecuado por ejemplo: en temas de construcción de orden municipal, que una persona se encuentre construyendo una edificación y que se le ponga una medida de este tipo indudablemente el costo que tiene para el administrado la adopción de esta medida hasta la resolución le convierte en ilegítimo.

En temas como clausura de establecimientos, restricción de ingresos, limitación de acceso, indudablemente que son medidas realizadas a favor del Estado, todas las normas en su motivación tienen que tener una característica del por qué se está limitando una libertad humana, pero más grave aún en una redacción de un Código Orgánico Administrativo, que fue expedido días antes de la terminación del régimen presidencial anterior y que deja hecha una norma totalmente hecha para el Estado, no es una norma a favor del administrado, en conjunto el COA conforme los plazos, y distintas condiciones e indudablemente en la forma de dictar las medidas (Méndez, 2020).

¿Cuál es el efecto que tiene el artículo 426 de la Constitución al momento de la aplicación de las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos aplicados por las instituciones públicas?

Es una norma que, si bien está escrita, está recogida en el mandato constitucional, en la práctica en los procedimientos administrativos la autoridad lo que menos invoca es una norma constitucional, generalmente en todos los autos de inicios de procedimientos en algo se invocan normativas constitucionales, lo común es la aplicación de ordenanzas, normas estatutarias y ahí basa la autoridad el ejercicio de su potestad y ejerce su poder (Méndez, 2020).

Entrevista Dr. Paúl Jiménez Larriva

Finalmente, Paúl Jiménez Larriva, Juez de la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo número tres con sede en el cantón Cuenca, quien en entrevista de fecha 22 de diciembre de 2020, respecto de algunas preguntas realizadas contesto lo siguiente:

¿Qué opinión tiene usted respecto de la procedencia, oportunidad y razonabilidad de las medidas provisionales y cautelares?

Es necesario partir del fundamento sobre la que sustenta el ordenamiento jurídico que sabemos es la Constitución. En el Estado constitucional de derechos y justicia, se debe tratar en todos los procedimientos tanto administrativos y en los procesos judiciales tratar de defender las garantías fundamentales que se encuentran consagradas y reconocidas en la Constitución y los mecanismos para proteger esos derechos y garantías fundamentales, lo cual es materia de análisis en cada caso porque cada uno de ellos tiene una realidad diferente y tanto los jueces como los funcionarios administrativos sancionadores sobre todo debemos tener presente que en nuestras manos está el garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y el respetar estas garantías constitucionales. La aplicación de la Constitución, va de la mano de una formación fundamental de quienes ejercen las competencias en el sector público, en los casos de los procedimientos administrativos el servidor público debe tener una formación muy sólida y apreciar adecuadamente las normas.

Las medidas provisionales a mi criterio se dan dentro del marco del procedimiento previo que lo que busca es establecer elementos necesarios y una presunción consolidada de que se ha cometido una infracción y de que hay un responsable de la misma, entonces, en ese marco las medidas provisionales de protección deben ser fundamentadas, estudiadas y ser de pronto la última ratio dentro de estos procedimientos, la última razón, porque pueden estar afectando derechos fundamentales, entonces debería tomarse en cuenta para resolver sobre estas medidas provisionales lo que dice el artículo 182 del Código Orgánico Administrativo que establece, no se pueden adoptar medidas provisionales de protección que impliquen derechos amparados constitucionalmente o que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados.

Estas medidas también debemos considerar que, al ser provisionales pueden quedar sin efecto en cualquier momento, por ejemplo, en la situación actual que vivimos alguien llega a un bar, discoteca y encuentra que están reunidas personas más allá del número que está permitido, ¿cuál es la medida adecuada en esas circunstancias?, evidentemente la clausura o suspensión de la actividad de forma inmediata, entonces en este caso es indudable que con la aplicación de la misma he conseguido cesar esta situación, la medida de pronto después se vuelve ya innecesaria porque ha cumplido su finalidad, ha sido oportuna en el sentido que se estableció frente a la situación que estamos poniendo de ejemplo y evidentemente tiene que después establecerse si es adecuada, porque una vez cesada la situación que llevo a que se tome la misma esta debe ser levantada, no

podemos permitir que las medidas colisionen con los derechos amparados constitucionalmente como es el derecho al trabajo, entonces las medidas provisionales como su nombre lo indica son temporales no pueden ser permanentes, tienen que ser razonables y esa razonabilidad tiene que extenderse a la duración de estas medidas, por lo que, va de la mano los conocimientos, la formación de quienes dirigen un procedimiento administrativo, no solo sancionador, sino cualquier proceso o procedimiento administrativo, quien resuelve o aplica las mismas, debe contar con sólidos conocimientos y sobre todo hacer una reflexión en el marco de la Constitución y del Estado constitucional de derechos y justicia en el que estamos, las medidas al ser provisionales el propio COA da facultad o competencia para que estas medidas cesen, debe verificarse que esas medidas tienen que ser primero que nada temporales, tienen que cumplir una finalidad que es asegurar la ejecución de lo que la administración puede mandar, entonces evidentemente ya se ha asegurado la finalidad por la cual se tomó las medidas, es cierto entonces que deben ser terminadas o cesadas, y yo diría que incluso debería ser de oficio porque no se puede esperar que una persona pida la cesación de las medidas cuando el funcionario que dirige el procedimiento administrativo se da cuenta de que las mismas ya han cumplido su finalidad.

Lo mismo podemos decir sobre las medidas cautelares que ya se dan dentro del procedimiento administrativo, porque por ejemplo medidas como la suspensión de una actividad puede tener relación con derechos constitucionales fundamentales como puede ser el derecho al trabajo, el derecho a una vida digna pues al clausurar un establecimiento quiere decir que los propietarios dejan de tener ingresos, peor aún, si este es el único ingreso económico que tienen, también debería demostrarse para evitar la imposición de estas medidas cautelares, las partes deben dar elementos a los funcionarios para que puedan tomar decisiones en este aspecto.

El artículo 425 de la Constitución de la República, establece que las autoridades administrativas y servidores y servidoras públicos resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior Constitución, entonces al tener este mandato. (Jiménez, 2020)

¿Por qué en las resoluciones de procedimientos administrativos, estos se basan la mayoría de veces en normas infra constitucionales?

Hacer que la Constitución prime es un aprendizaje, más aun cuando existe funcionarios que venimos de una formación positivista, entonces adoptar una posición de constitucionalismo y una defensa de la Constitución empieza a ser una maduración intelectual que tiene que ser bastante

trabajada, eso se puede evitar con capacitación con constante formación de los funcionarios, pero yo siempre digo que, partimos de que los procedimientos no lo hace solo el funcionario que lo dirige o el juez que lleva adelante la tramitación de la causa, lo hacen las partes, las partes, también tienen que brindar orientación, actuar con lealtad y buena fe procesal, dar los elementos necesarios, poner en consideración del juzgador los criterios, muchas veces se podrá decir que el juez o el funcionario no hace caso, pero evidentemente quien es juez o funcionario tiene que tomar en cuenta los criterios de las partes y hacer un análisis del caso y darle validez si tienen fundamentos, y eso también es un aprendizaje.

La aplicación de las medidas cautelares y/o provisionales deben ser aplicadas con razonabilidad, proporcionalidad, temporalidad y sobre todo el suficiente conocimiento de normas de quien lo aplica con el análisis adecuado al caso y siempre debe prevalecer la Constitución como el fundamento sobre el cual se rige el ordenamiento jurídico (Jiménez, 2020).

Como resultado de las entrevistas realizadas, a los tres profesionales entendidos en el tema jurídico: un abogado en libre ejercicio de la profesión, a un docente universitario y a un administrador de justicia; se demuestra la deficiencia normativa de las medidas provisionales de protección y cautelares, la falta de capacitación del servidor público sustanciador del procedimiento administrativo para entender la naturaleza jurídica de una medida, el obligatorio e irrestricto deber de cumplimiento de los requisitos para su adopción, la falta de operatividad para ejercer la potestad revocatoria en base de la temporalidad de las medidas, la necesidad de instaurar un procedimiento para su adopción, reforma o revocatoria, y la necesidad de un control de constitucionalidad como un mecanismo idóneo para otorgar una tutela efectiva a favor del administrado en la redacción de un código a favor del Estado.

Propuesta

Con esta investigación se puede comprobar la necesidad de un control de constitucionalidad a las medidas provisionales y cautelares establecidas en el Código Orgánico Administrativo, como un mecanismo de verificación de tutela efectiva.

Además, se debe normatizar a dichas medidas para cambiar su fin de ser exorbitantes a favor del Estado con naturaleza coercitiva que garantiza la ejecutividad de la resolución final para que se constituyan en medidas de protección para los ciudadanos.

Discusión

De acuerdo a la normativa analizada y la problemática expuesta al momento de aplicar las medidas provisionales y/o cautelares, se evidencia que son las mismas, que su naturaleza jurídica es coercitiva, que no existe un plazo razonable para su revisión y/o revocatoria, lo cual constituye una franca violación al debido proceso en la garantía de la tutela efectiva y por tanto es contrario al Estado constitucional de derechos.

Conclusiones

De la investigación se puede determinar que las medidas provisionales de protección y medidas cautelares previstas en el Código Orgánico Administrativo, son medidas de coacción establecidas a favor de la administración pública para precautelar la ejecutividad de la resolución final, lo cual es contrario a un Estado Constitucional de derechos y justicia afectando la garantía del debido proceso en la tutela efectiva de los administrados.

El Código Orgánico Administrativo, obliga para la adopción de medidas de protección o cautelares, verificar los requisitos de buena apariencia del derecho y peligro en la demora, que sean oportunas, proporcionales y motivadas, no obstante, de las entrevistas objeto de esta investigación el actuar administrativo no cumple ni respeta estos requisitos para la adopción de estas medidas.

Como resultado de esta investigación surge la necesidad de un control de constitucionalidad de las medidas provisionales o cautelares previstas en el Código Orgánico Administrativo, sea mediante una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional o por cualquier otro mecanismo de constitucionalidad.

No existe tutela efectiva a favor del administrado en la aplicación de las medidas provisionales o cautelares previstas en el COA por ser potestades exorbitantes redactadas a favor del Estado.

Referencias

1. Calamandrei, P. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Santiago de Chile: ARA Editores.
2. Cassagne, J. C. (2011). La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA. In *La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA*. Retrieved from http://www.cassagne.com/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo,_Director_Juan_Carlos_Cassagne,.pdf
3. Código Orgánico Administrativo. Artículo 181- Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio 2017. , (2017).
4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 25. , Pub. L. No. 25 (2013).
5. Corte Constitucional. Corte Constitucional. , (2013).
6. Corte Constitucional. Corte Constitucional. , (2019).
7. Cueva Carrión, L. (2012). Medidas Cautelares Constitucionales. In *Medidas Cautelares Constitucionales* (pp. 55-56-57). Quito.
8. Ecuador, C. de la R. (2008). CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial 449 de 20 Oct. 2008, 1-136. Retrieved from www.lexis.com.ec
9. Folguezas, P. (2016). La entrevista.
10. Huerta Ochoa, C. (2003). La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 26. Retrieved from <file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/3773-4687-1-PB.pdf>
11. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 71. , (2009).
12. Madrigal, A. (2019). Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador Comité De Investigaciones. *Contratos de Adhesión y Mecanismos de Protección Al Consumidor*, 136. Retrieved from <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4057/1/PI-2008-08-Velásquez-ConceptosJurídicos.pdf>
13. Masapanta Gallegos, C. (2004). *Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
14. Méndez, Á., & Mejía, A. (2019). *Importancia de implementar un proceso administrativo único para la administración pública*. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador Área de Derecho, Quito.

15. Obando, V. (2010). Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. In Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
16. Sánchez, M., Chamba, D., Mocayo, R., & Sarmiento, J. (2019). El acto administrativo en el Código Orgánico Administrativo. *Revista de Derecho Público*, 6(40), 66–75.
17. Simón Padros, R. (2006). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. In Nexis Lexis (Ed.), *La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa* (Primera, p. 46). Buenos Aires.
18. UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR. (2008).
19. Zavala Egas, J. (2011). Teoría y práctica procesal constitucional. In *Teoría y práctica procesal constitucional* (pp. 133–134). Guayaquil: EDILEX S.A.

References

1. Calamandrei, P. (2005). Introduction to the systematic study of precautionary measures. Santiago de Chile: ARA Editores.
2. Cassagne, J. C. (2011). The transformation of the administrative procedure and the LNPA. In *The transformation of the administrative procedure and the LNPA*. Retrieved from http://www.cassagne.com/publicaciones/ Las_medidas_cautelares_contra_la_Admisnitracion,_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo,_Director_Juan_Carlos_Cassagne_.pdf
3. Administrative Organic Code. Article 181- Official Registry Supplement 31 of July 7, 2017., (2017).
4. Inter-American Commission on Human Rights. Article 25., Pub. L. No. 25 (2013).
5. Constitutional court. Constitutional court. , (2013).
6. Constitutional court. Constitutional court. , (2019).
7. Cueva Carrión, L. (2012). Constitutional Precautionary Measures. In *Constitutional Precautionary Measures* (pp. 55-56-57). Quito.
8. Ecuador, C. de la R. (2008). CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF ECUADOR. Official Register 449 of 20 Oct. 2008, 1–136. Retrieved from www.lexis.com.ec
9. Folgueiras, P. (2016). The interview.
10. Huerta Ochoa, C. (2003). The unconstitutionality action as abstract control of normative conflicts. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 26. Retrieved from file: </// C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/3773-4687-1-PB.pdf>
11. Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control. Article 71., (2009).

12. Madrigal, A. (2019). Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador Headquarters Research Committee. Adhesion Contracts and Consumer Protection Mechanisms, 136. Retrieved from <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4057/1/PI-2008-08-Velásquez-Conceptos Jurídicas.pdf>
13. Masapanta Gallegos, C. (2004). The precautionary measures in the Ecuadorian constitutional reality. Pontifical Catholic University of Ecuador.
14. Méndez, Á., & Mejía, A. (2019). Importance of implementing a single administrative process for the public administration. Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador Headquarters Area of Law, Quito.
15. Obando, V. (2010). Civil process and the fundamental right to effective judicial protection. In Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
16. Sánchez, M., Chamba, D., Mocayo, R., & Sarmiento, J. (2019). The administrative act in the Administrative Organic Code. *Journal of Public Law*, 6 (40), 66–75.
17. Simón Padros, R. (2006). The precautionary protection in the administrative jurisdiction. In Nexis Lexis (Ed.), *The precautionary guardianship in administrative jurisdiction* (First, p. 46). Buenos Aires.
18. ANDINA SIMÓN BOLÍVAR UNIVERSITY. (2008).
19. Zavala Egas, J. (2011). Constitutional procedural theory and practice. In *Constitutional procedural theory and practice* (pp. 133–134). Guayaquil: EDILEX S.A.

©2020 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).