

DOI: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v7i4>

Eficacia de las medidas cautelares como instrumento de protección de los derechos constitucionales

Effectiveness of precautionary measures as an instrument for the protection of constitutional rights

Eficácia das medidas cautelares como instrumento de proteção dos direitos constitucionais

Jamileth Lisbeth Alarcón-Zamora ^I

Jamileth_1810@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-9520-9450>

Patricio Jaime Vargas-Rodríguez ^{II}

pajavarro1970@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-4250-1925>

Correspondencia: Jamileth_1810@hotmail.com

* **Recepción:** 22/10/2022 * **Aceptación:** 10/11/2022 * **Publicación:** 09/12/2022

1. Estudiante de la Facultad de Derecho, Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Manta, Ecuador.
2. Magíster en Derecho Constitucional Político Y Administrativo, Licenciado En Ciencias de la Educación Especialización Pedagogía, Abogado de los Juzgados y Tribunales de la Republica, Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas, Profesor de Segunda Enseñanza Especialidad Pedagogía, Docente Investigador de la Facultad de Jurisprudencia Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Ecuador.

Resumen

El presente trabajo se orienta en realizar un análisis de los aspectos centrales de las medidas cautelares de índole constitucional, como instrumentos que favorecen y facilitan el acceso a la tutela judicial efectiva, que tienen como objeto prevenir las lesiones de los derechos fundamentales o cesar la violación en curso, en el primer caso, se solicitaran de forma autónoma y en el segundo caso necesariamente deben solicitarse junto a una garantía jurisdiccional. Estas garantías jurisdiccionales son fruto del desarrollo del Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano, en donde se enuncian derechos y como si fuera poco se han convertido en instrumentos de inmediata y directa aplicación. Esta investigación se orienta desde una perspectiva metodología analítica y documental, con un enfoque cualitativo lo que ha permitido realizar un estudio, jurídico, constitucional e histórico en la investigación, se logró determinar que las medidas cautelares constituyen por su naturaleza un instrumento relevante y permite la protección de los derechos que se encuentran reconocidos en la constitución de la República del Ecuador (2008).

Palabras claves: medidas cautelares constitucionales; derechos fundamentales; tutela judicial efectiva; garantías jurisdiccionales; instrumento.

Abstract

This paper focuses on an analysis of the central aspects of precautionary measures of a constitutional nature, as instruments that favor and facilitate access to effective judicial protection, which are intended to prevent injury to fundamental rights or cease the violation in progress, the first case, they will be requested autonomously and in the second case they must necessarily be requested together with a jurisdictional guarantee.

The jurisdictional guarantess are the resultado f the development of Ecuadorian Constitutional Procedural Law, where rights are enunciated and as if that were not enough, they jave become instruments of immediate and direct application. This research is oriented from an analytical and documentary perspective, which has allowed a legal, constitutional and historical study in the investigation it was determined that the precautionary measures are by their nature a relevant

instrument and allows the protection of the rights that are recognized in the constitution of the Republic of Ecuador (2008).

Keywords: constitutional precautionary measures; fundamental rights; effective judicial protection; jurisdictional guarantees; instrument.

Resumo

O presente trabalho está orientado para a realização de uma análise dos aspectos centrais das medidas cautelares de natureza constitucional, como instrumentos que favorecem e facilitam o acesso à tutela jurisdiccional efetiva, cujo objetivo é prevenir violações de direitos fundamentais ou estancar a violação. andamento, no primeiro caso, eles serão solicitados de forma independente e no segundo caso eles devem necessariamente ser solicitados acompanhados de uma garantia jurisdiccional. Essas garantias jurisdicionais são o resultado do desenvolvimento do Direito Processual Constitucional equatoriano, onde os direitos são enunciados e como se isso não bastasse, eles se tornaram instrumentos de aplicação imediata e direta. Esta investigação é orientada numa perspectiva de metodologia analítica e documental, com uma abordagem qualitativa que permitiu realizar um estudo jurídico, constitucional e histórico na investigação, foi possível determinar que as medidas cautelares constituem pela sua natureza um instrumento relevante e permite a proteção dos direitos que são reconhecidos na constituição da República do Equador (2008).

Palavras-chave: medidas cautelares constitucionais; direitos fundamentais; proteção judicial efetiva; garantias jurisdicionais; instrumento.

Introducción

A lo largo de la historia, el ser humano ha sufrido diversas violaciones, abusos de sus derechos que son provocados tanto por personas naturales como jurídicas (Vernaza, 2020). Además de ello, en múltiples ocasiones el Estado ha permanecido inmóvil frente a esas agresiones. Históricamente a mediados del siglo XX, los Derechos Humanos se han ido desarrollando y así se han ido añadiendo instrumentos legales y constitucionales para su protección (Cueva y Saqui, 2022). Bajo ese contexto, el Derecho ha ido evolucionando y también la protección a bienes jurídicos, siendo las medidas cautelares un instrumento idóneo para su protección.



La idea de dotar a los ciudadanos de mecanismos o instrumentos mediante los cuales se pueden hacer efectivos los derechos se encuentran establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, en donde el artículo 8 manifiesta: “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”.

Si bien, el Derecho constitucional tiene como objetivo principal el estudio de la constitución y de la relación de las personas con los diferentes órganos gubernamentales, es decir, se puede establecer que el Derecho Constitucional es el encargado de estudiar los derechos humanos, tomando en cuenta que la constitución es la norma suprema y que tiene autonomía sobre todas las demás leyes. En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador del 2008, en adelante (CRE) trajo consigo principales aportes para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, estas herramientas propenden garantizar y proteger el ejercicio de los derechos consagrados en la constitución y en los instrumentos internacionales, de tal manera que, la constitución regula las medidas cautelares, siendo el Ecuador un país que garantiza los derechos y así como lo establece el artículo 1 de la norma suprema su aplicación es inmediata y directa, siendo el Ecuador un estado constitucional de derechos, en donde el más alto deber, consiste en respetar y hacer respetar los derechos de las personas, por lo tanto son vistas como una garantía que se encuentra reconocida en la norma suprema, que precisamente permite acceder a la tutela judicial efectiva de los derechos (Art. 75 CRE), y esta es la razón de ser de las medidas cautelares, posibilitando esta acción para lograr la tutela judicial efectiva, de tal manera que constituyen un mecanismo sustancial dentro de la justicia constitucional.

Por lo tanto, es sumamente relevante conocer esta figura, regulada también en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) en adelante (LOGJCC), en donde manifiesta que estas medidas están basadas en la consecución del derecho, en tanto que todos los individuos tienen derecho a ejercer este tipo de garantías constitucionales, si bien es cierto estas medidas cautelares no crean derechos, sino más bien se encargan de proteger los mismos, por lo que actúan cuando existe la amenaza de vulneración de los derechos.

Ante lo expuesto, el objetivo de la presente investigación es analizar las medidas cautelares constitucionales como instrumentos de protección inmediato y eficaz de los derechos reconocidos en la constitución, basado en los parámetros fundamentales para el otorgamiento de las medidas cautelares como el *fumus boni iuris* (apariencia del buen derecho), adecuación y el *periculum in mora* (peligro en la demora), esto como principales elementos para un manejo correcto en el principio constitucional que es la celeridad que se debe otorgar en los procesos por parte de los juzgadores competentes.

Aproximación histórica de las medidas cautelares

Las medidas cautelares se remontan en la época del Derecho Romano aproximadamente en el año 753 a.C. cuya época se hacía mención a la interdicción, la cual es similar a la que hoy conocemos como medidas cautelares, la figura de la interdicción tenía como objeto alejar a las personas para que no produzca daño a un bien patrimonial (Vaca, 2017).

Pérez Ragone cita a Vittorio Scialoja estableciendo que la figura del interdictum (interdicción) se deriva del imperium del Petror la cual se manifestaba como una prohibición o como una orden (Rodríguez, 2017). La principal característica del interdictum era la de establecer apariencias o aspectos junto con situaciones existentes de la forma más rápida, pero sin perjuicio de que las partes que intervienen puedan manifestar sus derechos de fondo en un juicio de conocimiento.

En la historia ecuatoriana del constitucionalismo, el antecedente de estas medidas es la denominada acción de amparo constitucional de la Constitución Política de 1998, que en el artículo 95 regulaba esta figura como preferente y sumaria, ya que “la acogida de las medidas estaban destinadas a evitar, cesar la comisión o remediar de forma inmediata las consecuencias de algún acto u omisión ilegítimos que provenga de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquiera de los derechos reconocidos en la constitución o en un convenio o tratado internacional vigente, de manera que amenace con causar un daño grave de forma inminente”.

Por otro lado, es cierto, que la acción de amparo aparece por primera vez en el Ecuador en la constitución de 1967, regulada en el artículo 28.15, sin embargo, este artículo no especificaba alguna regulación procesal para hacerla efectiva, solo se limitaba a indicar que las personas tenían “derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales”. Es así que la actual constitución de la República del 2008, recoge estos

antecedentes históricos regulando las medidas cautelares como una garantía jurisdiccional en su cuerpo normativo, específicamente en el artículo 87 capítulo tercero, sección primera, del título tercero (garantías constitucionales) de la norma fundamental.

Aproximación dogmática de las medidas cautelares

Mera Casas (2018) citando a Almagro Noseth, destaca de forma general las medidas cautelares, indicando que son aquellas que se adoptan judicialmente tras un juicio de oportunidad y de procedencia, ya sea en el transcurso del proceso o antes, y así mismo indica que estas medidas tienen la finalidad de evitar que el estado de cualquier situación jurídica o de las cosas se modifique o altere la efectividad de la sentencia, que debe recaer en relación a la situación provisional sub iudice.

Por lo tanto, por su naturaleza las medidas cautelares tienen como objeto cesar o evitar la vulneración de un derecho, debido a que permiten amparar a las personas de actos u omisiones en aquellos casos en donde se viole o exista una amenaza de modo inminente y grave un derecho. Así mismo tiene su regulación en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en donde señala que es competencia de cualquier juez que tenga conocimiento otorgarla de manera inmediata tan solo con la verificación de los hechos, sin necesidad de pruebas, es decir es un proceso informal que el juez no puede pasar por alto ni tampoco debe tomarse la molestia de indicar cuando la medida cautelar sea revocada cuyo efecto dispositivo o restrictivo pueda causar algún perjuicio a quienes lo deban soportar. En cuanto a la revocatoria en la ley no existe regulación suficiente sobre las revocatoria de alguna medida cautelar, las cuales se puede decir que se mantienen vigentes, hasta que: 1. Se demuestre que en su solicitud no tenía fundamentos; 2. Que se haya evitado la amenazada de la violación de derechos, estos son aspectos que, deben hallarse de forma clara, expresa y determinados en la ley de tal forma que pueda ser aplicada por la autoridad competente.

Las medidas cautelares en materia constitucional, son una especie de garantías jurisdiccionales o procesos constitucionales que tienen como fin evitar que se produzca una vulneración de derechos constitucionales o humanos, o detener o cesar dichas vulneraciones, estas medidas pueden ser solicitadas de forma independiente, cuando pretenden evitar la vulneración de

derechos, o se pueden solicitar de manera conjunta con alguna otra demanda de garantías como la acción de protección, hábeas data, etc, cuando el fin sea hacer cesar el daño o vulneración. Con base a lo sustentado anteriormente, el rol que deben tener las juezas y jueces frente a una medida cautelar y que las mismas deben estar sujetas en base a la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional su finalidad debe ser siempre defender los derechos de las personas. (Crespo, 2020)

Por consiguiente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, reconoce que las medidas cautelares proceden referente a derechos fundamentales, es decir, tanto en los derechos consagrados en la Constitución como en los consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos. Así pues, las medidas cautelares siempre tienen un fin preventivo, pero nunca reparador y su proceso es más bien sumario y no de conocimiento (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párrs. 19-20).

Derechos fundamentales amenazados o violados

Los derechos Constitucionales, son aquellos que se encuentran protegidos en la constitución, como el derecho a la defensa, derecho al trabajo, derecho a la salud, derecho al debido proceso, derecho a la seguridad humana, entre otros, todos estos derechos se encuentran a partir del artículo 10 hasta el artículo 82 de la CRE, haciendo énfasis que, los principios para la aplicación de estos derechos están en el artículo 11 de la CRE.

Por otro lado, la Constitución del Ecuador faculta al accionante a solicitar las medidas cautelares cuando un derecho se encuentre amenazado o para cesar la lesión actual (Art. 87 CRE). Esa disposición también está contemplada en los artículos 424 y 426 de la constitución en donde hace mención a los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que en aquellos casos en los que un tratado reconozca “derechos que sean más favorables a los que se encuentran consagrados en la constitución, predominarán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Dicho de otra manera, en el caso de que en la Constitución no reconozca un derecho en particular, pero sin embargo ese derecho sí se encuentra previsto en algún tratado internacional de derechos humanos ratificados por el Ecuador, ese derecho tiene que ser aplicado directamente por los juzgadores sin que sea necesario el desarrollo legislativo. Tomando en cuenta el párrafo anterior en cuanto a la aplicación de los derechos, el artículo 11.5 de la constitución, en el mismo



sentido prevé que la interpretación que se aplica tanto a los derechos y a las garantías jurisdiccionales, va hacer la que más favorezca a su vigencia efectiva.

Por lo que significa que los jueces deben directamente aplicar la interpretación que más le favorezca a los derechos que provienen de la jurisprudencia para así interpretar los tratados internacionales de derechos humanos, así por ejemplo, el Ecuador es uno de los países que está sujeto a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a pesar de que la interpretación que configura los alcances y contenidos de esos derechos a nivel nacional sean más restrictivos, todo se debe a que en el artículo 11 de la constitución establece que los derechos reconocidos en su norma no son excluyentes ni exclusivos, sino más bien su contenido se desarrolla de manera progresiva a través de la jurisprudencia.

Por lo cual, las medidas cautelares pueden ser solicitadas en casos de lesión o de peligro de un derecho constitucional o de un derecho humano, es decir, en los casos de lo que comúnmente se los conoce como los derechos fundamentales.

Características de las medidas cautelares

Carnelutti (2018) sostiene que las medidas cautelares constitucionales tienen como características esenciales ser provisionales, urgentes, necesarias, inmediatas e instrumentales.

Así mismo, la Corte Constitucional (2013) se pronunció en cuanto a estas características, determinando que son, provisionales de manera que tienen vigencia en el tiempo que dure la amenaza o la vulneración de un derecho ya que no tendría sentido solicitarlas una vez que se haya dictado sentencia. Por tal razón son provisionales, por lo que, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 33, le solicita al juez a individualizar y especificar tanto las obligaciones positivas como negativas a cargo del destinatario de la medida cautelar, así mismo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, pues así se mantiene su carácter de provisionales y no definitivas (Sentencia No. 61-12-IS/19). Urgentes de modo que la inminencia o la gravedad de un hecho requiera la concesión inmediata de una medida que elimine o disminuya efectos; necesarias por cuanto se aplican a un caso en concreto y la misma debe ser adecuada con la violación; inmediatas porque el juzgador debe ordenarlas en la

brevidad posible desde que recibe la petición; e instrumentales en razón de que establecen acciones que tienden a cesar o evitar una vulneración.

Presupuestos de admisibilidad

Para que una medida cautelar proceda deben concurrir los siguientes presupuestos

1. Periculum in mora (Peligro en la demora)

Este presupuesto, no es otra cosa que las tardanzas de los procesos judiciales, corresponde al peligro que está expuesto el solicitante en la tardanza sobre la respuesta de la petición (Rueda, 2017).

Una de las necesidades para la creación de las medidas cautelares se debe a una realidad en específico que ha venido desde otras épocas y es el tiempo de duración del proceso, y es que cuando se inicia un proceso pueden pasar semanas, meses o incluso hasta años para que se emita el fallo final , y es ahí cuando el tiempo se convierte en nuestro peor enemigo, pues en ese lapso pueden transcurrir una serie de situaciones que pueden poner en peligro en la víctima , o puede ocurrir cualquier situación que haga impracticable el pronunciamiento definitivo. Por lo que en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina el *periculum in mora*, al mencionar que las medidas cautelares proceden cuando los jueces tienen conocimiento de un hecho grave e inminente, que viole un derecho o amenace con violar un derecho, así pues por la urgencia de lo ocurrido , provocada por la violación o amenaza inminente de un derecho, hace que cualquier demora resulte peligrosa, en tal sentido la medida debe dictarse de forma inmediata.

Se ha reconocido universalmente que las medidas cautelares tienen relación con la tutela judicial efectiva debido a que es una forma de justicia provisional ya que permite evitar que el derecho que se alega resulte lesionado por el tiempo que transcurre desde la presentación de la demanda hasta la sentencia (Sierra, 2021)

2. fumus bonis iuris (apariencia de buen derecho)

El artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, indica: *“una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes(...)”*. Por lo tanto, esto significa que la

ley recoge este presupuesto, que hace referencia al conocimiento profundo, o no exhaustivo que debe tener el juez al momento de otorgar las medidas, para lo cual el juzgador no debe exigir la certeza de la vulneración del derecho constitucional, sino únicamente bases razonables o indicios de manera que puedan presumir la violación del derecho o la amenaza del mismo.

3. Adecuación

Este presupuesto está regulado en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual establece: “Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad.”

Con base a lo anterior, nos podemos dar cuenta, que la ley no enumera taxativamente las medidas cautelares que se deben ordenar para detener o evitar la violación de un derecho, ya que la norma antes descrita establece únicamente ciertos ejemplos que sirven como pautas, así pues es el juez quién de manera eficaz debe tomar la decisión para evitar o detener la afcción del derecho con relación al caso en concreto.

Por consiguiente, es oportuno destacar que en ningún caso se podrá ordenar medidas privativas de libertad, esto debido a que el procedimiento de las medidas cautelares es informal, rápido y sencillo partiendo de la verosimilitud del derecho y así al ordenar una medida cautelar privativa de libertad estaría afectando los derechos fundamentales del sujeto pasivo como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, derecho a la libertad, entre otros, cuyos efectos serían de difícil reparación es decir irreversibles, violando así el principio de proporcionalidad que debe prevalecer entre la medida cautelar y el derecho que se quiera proteger.

En definitiva, el presupuesto de la adecuación está encadenado con la proporcionalidad, ya que su aplicación evitará que tengan efectos irreversibles para el sujeto pasivo, porque no se puede proteger un derecho, violando a otro.

Tipos de medidas cautelares

El artículo 87 de la Constitución de la República manifiesta que “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos (...)”. Por lo tanto, se puede distinguir dos tipos de medidas cautelares.

1.- Medidas cautelares autónomas: Este tipo de medida opera bajo el supuesto de la amenaza, es decir cuando el bien jurídico no es necesariamente lesionado o afectado, pero si se encuentra propenso a ocasionar grave daño y su finalidad es prevenir el daño que se pueda ocasionar.

2.- Medidas cautelares conjuntas con otra garantía: Puede suceder que durante la vulneración de un derecho constitucional se requiera implantar medidas destinadas a cesar la vulneración de un derecho, mientras existe algún pronunciamiento de fondo, de manera que puede solicitarse una garantía jurisdiccional (acción de protección, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública) con una medida cautelar. Es así que, este tipo de medidas se presentan cuando el bien jurídico ya ha sido o es lesionado, por lo que en este caso se solicitan necesariamente en conjunto con una garantía jurisdiccional. Las medidas cautelares que se solicitan conjuntamente con otra garantía jurisdiccional, tienen carácter tutelar y cautelar a la vez, tutelar en relación al ejercicio de los derechos, porque tiene como objetivo impedir su vulneración o de ser el caso suspenderla si ya está ocurriendo y cautelar por cuanto preserva provisionalmente una situación jurídica. (sentencia No. 16-16-JC/20), este tipo de medidas se debe de resolver el fondo del asunto porque se basan en una razonable presunción de que existe una vulneración de derechos que tiene que ser interrumpida.

Otro aspecto de estas medidas es que cuando las medidas cautelares se presentan en conjunto con otra garantía, los jueces tienen la obligación de evacuar las medidas cautelares en la primera providencia, esto es porque su finalidad es la de cesar o interrumpir la vulneración de los derechos constitucionales (Sentencia No. 1214-18-EP/22).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que las medidas cautelares según lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no proceden solicitarlas en la acción extraordinaria de protección, y esto es debido a que la acción extraordinaria de protección tiene como objeto la protección de los derechos constitucionales en autos definitivos, sentencias, resoluciones con fuerza de sentencia, y que se pruebe que el juzgamiento se ha violado por acción u omisión al debido proceso u otros derechos consagrados



en la constitución (Art. 94 CRE), por lo que esta acción no trata tema sobre el fondo de la acción original, pero sí involucra la violación de derechos en la sustanciación de un proceso con sentencia, por tal razón no proceden las medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección ya que en esta acción el juez ya presentó su pronunciamiento de lo alegado, mientras que en las medidas cautelares se presentan cuando el derecho se encuentre amenazado o violado siempre que sea antes de la decisión en firme.

Para resumir en ambos casos se tiene el mismo objetivo, que es el de evitar la vulneración de los derechos constitucionales, lo que conlleva a identificar a las medidas cautelares como una garantía más para la protección de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la constitución. Es por esto que las medidas cautelares son las más efectivas para evitar o cesar la vulneración de los derechos fundamentales, esto significa que los jueces pueden adoptar una serie de medidas como la suspensión temporal o definitiva de actos administrativos, asignación de recursos para compras de medicamentos, adopción de medidas alternativas al desalojo, adopción de medidas de protección personal, entre otros.

Efecto jurídico

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 28 menciona que, las medidas cautelares no constituyen prejuzgamiento, sobre la declaración de un derecho y tampoco tendrán valor probatorio en caso de existir alguna violación de derechos. Como sabemos la función que tienen las medidas cautelares no es la declarar en sí el derecho, sino únicamente protegerlo de forma preventiva. La protección o tutela que concede, no es definitiva porque no se declara el derecho y tampoco se resuelve de fondo el asunto, es un instrumento de protección preventivo que como su nombre lo indica busca prevenir la violación de un derecho fundamental o también de la misma manera evitar que se continúe con la violación.

Como ya se manifestó en líneas anteriores, para que se pueda otorgar las medidas cautelares, se requiere de apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), es decir la verosimilitud del derecho, pero no una demostración de lo señalado en la petición verbal de la medida cautelar, de modo que como se manifestó anteriormente no va a resolver a el fondo del asunto, tampoco prejuzga acerca

de la declaración de la violación de derechos a través de una medida cautelar lo que se hace es tomar medidas urgentes de seguridad dirigidas a proteger el ¿con qué efecto?, únicamente provisorio.

En este sentido, el efecto que tienen las medidas cautelares es lo provisional, ya que su duración en el tiempo depende de la duración de las medidas cautelares, por lo cual lo provisional no quiere decir que son cortas en el tiempo, debido a que se mantienen mientras existan las condiciones de gravedad e inminencia, por lo que su duración puede ser tanto de días, meses o incluso hasta años todo dependerá de las de las condiciones de los hechos y de su estancia en el tiempo.

Procedimiento

Con respecto al procedimiento, se desarrolla desde el artículo 31 al artículo 38 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en donde se destacan ciertos elementos para que se pueda cumplir el otorgamiento de dichas medidas, así por ejemplo la informalidad, la rapidez y eficacia en todo el procedimiento, así mismo destaca la obligación que tiene el juez para buscar los medios sencillos que estén en sus manos para proteger el derecho amenazado o el que está siendo vulnerado, y que simultáneamente esos medios, a más de ser sencillos, tienen que ser proporcionales a la amenaza o vulneración.

Por otro lado, en el artículo 32 de la misma ley determina sobre la legitimidad activa y sobre la competencia. Acerca de la legitimidad activa, menciona que “cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares”. Tal como lo indica Cervantes (2020), cualquier persona, sin ser un afectado directo, puede solicitar las medidas cautelares, siendo un claro ejemplo, la potestad que se le confiere al Defensor del Pueblo para proponer las medidas cautelares a favor de terceros (artículo 9, LOGJCC). Lo que significa que independientemente de que el legitimado activo sea una persona natural por sus intereses o un ya sea un servidor público en representación institucional y en el ejercicio de sus funciones, podrá interponer las medidas cautelares porque lo importante es que se cumpla con el fin de las medidas cautelares que es el de detener o prevenir una violación de derechos. Sin embargo, para evitar desnaturalizaciones por parte de los servidores públicos en el uso de una medida cautelar la Corte constitucional mediante sentencia No.66-15-.JC/19, establece excepciones para que no se alteren

el uso de estas medidas por parte del Estado o de sus servidores, por lo que la Corte manifiesta que podrán presentar medidas para: “LA SIMPLE EJECUCIÓN DE SUS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES O LEGALES, PARA DESLINDARSE DE LAS OBLIGACIONES LEGALES QUE LES CORRESPONDAN EN VIRTUD DE SUS COMPETENCIAS, O PARA LEGITIMAR MEDIDAS O ACTOR ARBITRARIOS QUE PUEDAN VIOLAR, LIMITAR O RESTRINGIR EL DEBIDO PROCESO O DERECHOS”

Como parte de la informalidad del proceso, la petición de las medidas cautelares puede ser tanto verbal como escrita, en el primer caso se debe de realizar un sorteo de juzgadores únicamente con la identificación del peticionario, en relación a la competencia le corresponde a cualquier juez de primer nivel, y en el caso de que haya más de un juez se debe de realizar un sorteo para determinar su competencia. Por último, en el artículo 32, mencionar la obligación del peticionario el de declarar si ha interpuesto otra medida cautelar por el mismo hecho, con la finalidad de evitar duplicidades.

Como fase final del procedimiento, en relación a la resolución determina en el artículo 33 que no se necesita la presentación de pruebas, basta con describir los hechos al juzgador, siempre y cuando se verifica que, si reúnen los requisitos previstos en la ley, por ejemplo, la verosimilitud de la petición, el daño irreversible, y la ausencia de las causales de improcedencia. Luego de que se constate los presupuestos mencionados, el juez ordenará las medidas, sin la necesidad de notificar formalmente a los involucrados. La resolución es el medio por el cual se niegan o se admiten las medidas que no son susceptibles de recurso de apelación. En el caso que se admitan las medidas cautelares el juez debe especificar las obligaciones tanto positivas como negativas, indicando quién es el destinatario de las medidas cautelares, así también las determinaciones de tiempo modo y lugar.

La particularidad que ofrecen las garantías jurisdiccionales es que su procedimiento es eficaz y sencillo , y al no ser un proceso de conocimiento no se necesitan pruebas para demostrar la autenticidad de lo descrito al momento de presentar la acción, basta con la “apariencia del buen derecho” que se relaciona con hechos creíbles este es un requisito básico para presentar las medidas cautelares, porque le va a permitir al juez aceptar o negar la petición, sin embargo, al no requerir de pruebas de cierta manera en este tipo de acciones el juez no conoce la realidad de lo que pasa, por lo que pueden existir ocasiones en donde los abogados o los peticionarios actúan en

franco, es decir en “abuso del derecho”, esto ocurre cuando se presentan medidas cautelares de mala fe con el ánimo de causar daño, por lo que en estos casos la ley faculta a los juzgadores interponer a los abogados multas de hasta 3 salarios básicos unificados, que si no cumplen se podrá suspender temporalmente el ejercicio profesional (Art. 336 Código Orgánico de la Función Judicial), y a su vez, la ley no descartará la responsabilidad penal.

En el caso de que se otorguen las medidas cautelares el ejercicio de su cumplimiento está en manos del juez o jueza que las ordena , es por ello que en el artículo 34 establece que los jueces pueden delegar a la Defensoría del Pueblo o a cualquier institución encargada de la protección de los derechos la supervisión de las medidas, y en el caso de incumplimiento el artículo 22 de la misma ley establece sanciones por el incumplimiento de las medidas , sin embargo, cabe señalar que la Corte Constitucional no permite garantizar la ejecución de las medidas cautelares mediante la acción de incumplimiento es decir las prohíbe.

Como ya se ha manifestado, el procedimiento de las medidas cautelares es sencillo y rápido, pero tal y como menciona el artículo 36 de LOGJCC se puede dar una audiencia de manera excepcional (en el caso de las medidas cautelares autónomas), y esto es porque la institución o persona accionada está en todo su derecho de pedir la revocatoria de las medidas, pudiendo demostrar que no existió y no existe violación o amenaza de derechos constitucionales, es así que de creerlo conveniente el juez podrá convoca a una audiencia en donde podrá revocar o modificar las medidas.

Por último, el artículo 38 establece que el juez que tuvo conocimiento de las medidas cautelares, tiene que remitir a la Core Constitucional la admisión o la negativa de las medidas, con la finalidad de que este organismo ejerza sus facultades de revisión y selección. Es así que se contempla, la eficacia de las medidas cautelares en la legislación constitucional.

Materiales y métodos

En base a los objetivos planteados en este artículo, la metodología utilizada responde al material documental, bibliográfico y de las normas plasmadas en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, realizando un enfoque descriptivo con un estudio cualitativo. Los métodos que se emplearon fueron el analítico, deductivo, sintético e inductivo, los mismos permitieron emplear el estudio desde el Derecho Constitucional, la

aplicación y efectividad de las medidas cautelares, tomando como referencia las características, requisitos, efectos procedimientos.

La finalidad de esta investigación en sí, es la de establecer pautas que ayuden al conocimiento, comprensión, entendimiento y determinar la efectividad de las medidas cautelares, con el fin de ilustrar los preceptos constitucionales, en aquellos elementos precisos que son sometidos a resoluciones (Peñañiel, Erazo, Pozo y Narváez, 2020).

Resultados y discusión

Se ha podido determinar a lo largo de la investigación que, en efecto las medidas cautelares constitucionales constituyen un verdadero instrumento de protección de los derechos constitucionales, que son de inmediata y directa aplicación para el servicio de la justicia. El punto de partida de las medidas cautelares surge a partir de la demora de los procedimientos judiciales que generan retrasos para dictar sentencias, inclusive los errores judiciales, de modo que la consecuencia es el riesgo de que el resultado de los procesos que son motivos del conflicto resulte tardío.

Sin lugar a dudas, son garantías producto del desarrollo del Derecho Procesal Constitucional reflejado en el hecho, de que los enunciados de derechos constitucional han dejado de ser simples textos en donde solo se enunciaría los derechos, al contrario se han convertido en instrumentos de inmediata y de directa aplicación, y al ser consideradas garantías constitucionales estas medidas se proponen y se ejercen ante los órganos de la Función Judicial, de esta manera se mantiene activa la participación de los que administran justicia, que son los jueces quienes actúan como garantes de los derechos de los ciudadanos. Por ende, las medidas cautelares conceden el principio de celeridad lo cual permite que el de la ponderación constitucional cumpla su proceso hasta que se puedan hacer efectivos los derechos y de esta manera también poder garantizar la eficacia del mismo. (Suárez, 2020). Las medidas cautelares al ser un instrumento de protección no requieren de un análisis profundo para el otorgamiento de estas, sino más bien para su concesión se requiere la existencia de un peligro que es causado por la lentitud o demora del proceso. De esta forma, las medidas cautelares en materia constitucional, constituye un

importante instrumento de protección de los derechos que se aplica con la finalidad de evitar su vulneración.

Es así que, tanto la constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) son las dos normas que regulan las medidas cautelares en materia constitucional, y al referirnos a la Ley en cuestión establece el procedimiento para pedir las, resolverlas y analizarlas, que deben de ser la base para la actuación de los jueces en las garantías constitucionales, los jueces tienen la obligación de enfocarse en salvaguardar los derechos que se encuentran amenazados disponiendo de las medidas necesarias para así evitar que se produzcan violaciones.

Además de lo expuesto, se ha podido determinar con base a la revisión bibliográfica efectuada que, las medidas cautelares por su naturaleza constituyen gran importancia de los derechos que amparan, así mismo no son definitivas, estas pueden ser modificadas ya sea total o parcialmente mientras no sea necesaria su permanencia y duren sus efectos, por lo que esta realidad implica que pueden revocarse solamente cuando hayan desaparecido las causas que la originaron. Adicional a ello, se ha podido constatar que, las medidas cautelares constitucionales pueden ser presentadas conjuntamente con otra garantía constitucional, es decir en un proceso en donde se esté analizando la posible o efectiva vulneración de un derecho de esa naturaleza, o de forma autónoma previo a presentar un proceso en materia constitucional. De esta forma se da la amplitud en garantizar de acuerdo a las necesidades y circunstancias variables de cada situación lo que posibilita la protección de los derechos consagrados en la constitución en cualquier circunstancia.

Conclusiones

La eficacia de las medidas cautelares constitucionales son consideradas como una de las garantías primarias, para la protección de los derechos de las personas y que actualmente se ve garantizada y establecidas en los artículos 87 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 26 y posteriores de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de manera que, ejerce un control sobre los administradores de justicia para así poder precaver los derechos que se estén vulnerando o que se encuentran en riesgo al momento de solicitar las medidas cautelares.

De la misma forma, dentro del sistema de protección de los derechos constitucionales, las medidas cautelares constan de una doble dimensionalidad, solicitándolas de forma autónoma o en conjunto con otra garantía jurisdiccional, tomando en cuenta que para otorgar las medidas cautelares de forma conjunta se deben de observar las características que tienen las demás garantías jurisdiccionales excepcionando la acción extraordinaria de protección.

Como condiciones para el otorgamiento de estas medidas es importante observar siempre la verosimilitud del derecho y la gravedad del daño, en lo que respecta a la verosimilitud, los jueces no deben comprobar la vulneración del derecho o la amenaza, sino que se deben regir que los fundamentos de quien las solicite sean razonables de que el acto puede llegar a ocasionar una vulneración de un derecho o un daño es decir se puede generar efectos nocivos, en lo que respecta a la gravedad del daño esta debe ser siempre adecuada y proporcional con el daño que se pretende evitar.

Finalmente, es importante recalcar que, las medidas cautelares en materia constitucional son verdaderas garantías, ya que ciertamente estas no se pronuncian acerca del fondo de la controversia, son un instrumento de protección que evita la vulneración de los derechos constitucionales, de ahí que permiten que el estado cuente con mecanismos o recursos justos e idóneos para cesar o evitar la violación de los derechos constitucionales, y así implantar los fundamentos de un Estado Constitucional de derechos y justicia.

Referencias

1. Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (217 [III] A). Paris.
2. Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (1967). *Constitución Ecuatoriana*
3. Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (1998). *Constitución Política del Ecuador*.
4. Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales.
5. Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Ediciones Legales.

6. Carnelutti, F. (2018). *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
7. Cervantes, A. (2020). *Las Medidas Cautelares constitucionales y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. *Revista Ruptura*, (02), 171-210. <https://doi.org/10.26807/rr.vi02.23>
8. Corte Constitucional del Ecuador. (2013). Resolución Nro. 034-13 SCN CC, caso Nro. 0561-12-CN. Disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=034-13-SCN-CC>
9. Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia No. 66-15-JC/19. Disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=66-15-JC/19#:~:text=Sentencia%3A%20No.,66%2D15%2DJC%2F19&text=MOTIVO%3A>,
10. Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia No. 61-12-IS/19. Disponible en
11. <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=61-12-IS/19>
12. Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia No. 16-16-JC/20. Disponible en <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=16-16-JC/20>
13. Corte Constitucional del Ecuador. (2022). Sentencia No. 1214-18-EP/22. Disponible en https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/121418EP22.pdf
14. Crespo, L. (2020). *La Acción Nuclear del Delito Informático en la Novísima Reforma Parcial del Código Orgánico Integral Penal*. *Revista Docente* 2.0, 8(1), 1-11. Disponible en <https://doi.org/10.37843/rted.v9i1.89>
15. Cueva, Bolaños, M. A. y Saqui, Romero, G.Y (2022). *Análisis del uso de la medida cautelar constitucional durante la pandemia de covid-19. Caso Ciudad Machala 2020-2021*: *Revista Polo del Conocimiento*, 7(5), 959-983. Disponible en
16. Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, en Registro Oficial, Suplemento No. 544 (10 de marzo de 2009)

17. Mera Casas, L. (2018). *La medida cautelar innecesaria o maliciosa*. Tesis de Máster, Universidad Nacional Federico Villareal. Disponible en: <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/2052>
18. Peñafiel Sacoto, J. M., Erazo Álvarez, J. C., Pozo Cabrera, E. E., & Narváez Zurita, C. I. (2020). *La fundamentación y la motivación como habilitantes de la prisión preventiva*. Iustitia Socialis, 485.
19. Pérez Ragone, Á. (2017). *Algunas reflexiones sobre Chiovenda y su legado para América Latina*: Laudatio
20. 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.
21. Rueda, M. D. S. (2017). *Aproximación a la medida cautelar innominada en el contexto colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
22. Sierra Barrera, G. R. (2021). *Efectividad de las medidas cautelares: Colombia, Ley 1437 de 2011*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.
23. Suárez, R. (2020). *Las medidas cautelares constitucionales en Ecuador. Crítica y Derecho*. Revista Jurídica., 1(2), 1-13. Disponible en <https://doi.org/10.29166/cyd.v1i2.2807>
24. Vaca, R. (2017). *Medidas Cautelares Constitucionales*. Recuperado de: <https://www.derechoecuador.com/medidas-cautelares-constitucionales>
25. Vernaza-Arroyo, G. (2020). “Análisis de las Medidas Cautelares frente a la jurisdicción constitucional en el Ecuador”. Revista Internacional Tecnológica-Educativa Docentes 2.0, vol. 9, núm. 2, pp. 1-7. Disponible en <https://doi.org/10.37843/rted.v9i2.139>