



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

TESIS FINAL

Previa la obtención del grado de Magíster en  
Derecho Administrativo

EL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO FRENTE A  
LAS NUEVAS TENDENCIAS  
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Autora: Dra. Monserrat María Barreno Bravo

Tutor: Dr. Edgar Neira Orellana

Guayaquil, septiembre de 2013

|

***Agradezco***

*a mis familiares*

*A mis padres Ángel y María Luisa que me enseñaron valores de honestidad y perseverancia.*

*A mi hermano Estuardo y cuñada Angelita que me motivaron intensamente al demostrar que el amor todo lo puede.*

***Dedicado***

*con todo mi amor a*

*Álvaro, mi cariñoso esposo  
y mis preciosas hijas Nicole y Melanie*





UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Sistema de Postgrado**

**Facultad de Jurisprudencia**

Tesis

***MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO***

***I PROMOCIÓN***

**TEMA:** “LA GARANTÍA DE TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRENTE A LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO”

**ALUMNA**

Dra. Monserrat Barreno Bravo

**Noviembre 2010**

LA GARANTÍA DE TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRENTE A LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I-----	1
1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN-----	1
1.1. ANTECEDENTES -----	1
1.2. DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN -----	3
1.3. JUSTIFICACIÓN-----	4
1.4. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN -----	5
1.5. OBJETIVOS -----	6
1.5.1. Objetivo General -----	6
1.5.2. Específicos -----	6

1.6.	MARCO TEÓRICO-----	7
1.7.	METODOLOGÍA-----	8
1.7.1.	MÉTODOS GENERALES-----	8
1.7.1.1.	Método Inductivo-----	8
1.7.1.2.	Método Deductivo-----	9
1.7.2.	MÉTODOS PARTICULARES-----	9
1.7.2.1.	Método Analítico-----	9
1.7.2.2.	Método Sintético-----	10
1.7.2.3.	Método Exegético-----	10
1.8.	TÉCNICAS-----	11
1.8.1.	Técnicas de Gabinete-----	11
1.8.1.1.	Fichas Bibliográficas-----	11
1.8.1.2.	Ficha Hemerográfica-----	12
1.8.1.3.	Ficha de Nematécnicas-----	12
	CAPÍTULO II-----	13
2.	DE LA TUTELA JUDICIAL-----	13
2.1.	EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA-----	13
2.2.	DERECHO DE ACCESO AL PODER JUDICIAL-----	15
2.3.	PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN-----	19
2.3.1.	Concepto-----	19
2.3.2.	La Indefensión en la Constitución-----	20
2.4.	EL DERECHO A LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL---	23
2.5.	EL DERECHO AL PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS--	25
2.6.	EL DERECHO A UNA RESOLUCIÓN MOTIVADA-----	28
2.7.	EL DERECHO A RECURRIR DE LAS RESOLUCIONES-----	30

2.8. EL DERECHO A QUE SE EJECUTE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

33

CAPÍTULO 3-----	36
3. DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-----	36
3.1. CONCEPTO-----	36
3.2. NATURALEZA JURÍDICA-----	39
3.3. CARACTERÍSTICAS-----	41
3.3.1. Jurisdiccionalidad-----	42
3.3.2. Instrumentalidad-----	43
3.3.3. Provisionalidad-----	43
3.3.4. Sumariedad-----	44
3.3.5. Urgencia-----	45
3.3.6. Mutabilidad-----	45
3.3.7. Preventividad-----	46
3.4. TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO COMPARADO-----	46
3.4.1. Argentina-----	47
3.4.2. Chile-----	49
3.4.2.1. Finalidad Conservativa-----	51
3.4.2.2. Finalidad Anticipativa-----	52
3.4.3. Perú-----	53
3.5. DE LAS CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS-----	55
3.5.1. Suspensión del Acto Administrativo-----	57
3.5.2. Medidas Cautelares Innominadas-----	58
3.5.3. Medidas Cautelares Positivas-----	60

CAPÍTULO 4-----	62
4. DEL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR	62
4.1. LEYES QUE REGULAN A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -----	62
4.2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA SOBRE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA -----	64
4.3. DEL LETARGO, EMBOTAMIENTO Y DEPAUPERACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEVIENEN LOS SIGUIENTES INCONVENIENTES -----	92
4.3.1. El Dogma de la Ejecutividad de los Actos Administrativos -----	92
4.3.1.1. Ausencia de un Régimen de Medidas Cautelares -----	94
4.3.1.2. Desborde de la Acción de Amparo -----	95
4.3.1.3. Criminalización de la Relación Jurídico Administrativa -----	96
4.3.1.4. Desconfianza del Sistema Judicial -----	98
4.3.1.5. Prácticas Violatorias de la Ética Pública -----	100
4.3.2. La Discrecionalidad sin Límites ni Control -----	102
4.3.3. La Acción de Lesividad -----	104
CAPÍTULO 5-----	107
5. DE LA EJECUTIVIDAD Y DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA FRENTE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA-----	107
5.1. PREVISIÓN GENERAL-----	107
5.1.1. De la Presunción de Legalidad y el Principio de Ejecutividad	108
5.2. DE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA -----	111
5.2.1. De las Clases de Medidas Suspensivas de Actos Administrativos -----	114



5.2.2. Suspensión Automática de la Eficacia de los Actos Administrativos por Mandato Legal-----	117
5.2.3. Suspensión de la Eficacia en Vía Administrativa-----	119
5.2.4. Suspensión en Sede Jurisdiccional-----	121
5.3. DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES -----	122
5.4. DE LOS REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES -----	124
5.5. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES -----	127
CAPÍTULO 6-----	129
6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES -----	129
6.1. CONCLUSIONES -----	129
6.2. RECOMENDACIONES -----	133
BIBLIOGRAFÍA -----	136

# **CAPÍTULO I**

## **1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.1. ANTECEDENTES**

Desde los inicios del ser humano como sujeto racional y pensante se ha configurado una necesidad propia de este por encontrar protección y amparo al interior de un grupo de personas, lo cual ha generado inevitablemente a lo largo de la historia, la implementación de directrices y parámetros conducentes a estructurar la organización política y jurídica a la que hoy en día se la conoce como Estado.

Partiendo de esta premisa, es imperativo hacer referencia al ordenamiento que sustenta su estructura y a los alcances proteccionistas que emanan del sistema legal que lo rige.

A tal efecto, se han instaurado ámbitos estatales que de acuerdo con sus características buscan brindar una tutela a todos y cada uno de los miembros que componen la sociedad que da origen al referido Estado, es entonces, que de la conjunción de los poderes fiscales surge la Función Jurisdiccional, constituyéndose para muchos tratadistas en un factor imprescindible y de incalculable valía en la vida de un Estado y principalmente en un pilar de sustento para la organización social.

De manera específica a lo referido en el párrafo que antecede, se debe manifestar que la Función Jurisdiccional se constituye como el medio a través del cual el Estado provee la certeza y definición sobre los

conflictos, las situaciones de incertidumbre o inseguridad y los problemas jurídicos que se producen en la sociedad.

Es pues esta la única forma que tiene el Estado para exigir el fiel cumplimiento del ordenamiento jurídico y desterrar la justicia privada o dada por mano propia.

En los países que se ha logrado obtener una administración de justicia organizada eficientemente, ha sido posible recorrer un sendero que guía inequívocamente a la equidad social y bienestar material de los ciudadanos que lo conforman, por lo tanto, es posible colegir en base a este tipo de experiencias prácticas que cuando la mencionada administración de justicia fracasa independientemente de las circunstancias que conduzcan a tal hecho, la tan ansiada seguridad jurídica es reemplazada por la irracionalidad, por la imprevisibilidad y desconfianza, colocando a la sociedad y al Estado en una situación de indefensión e inconsistencia de la estructura fiscal.

Consecuentemente, el Estado de Derecho únicamente puede establecerse sobre la sustentación de la armonía que sirve como base para la libertad y la subordinación al poder estatal, en donde, el orden constitucional que somete el poder a los límites estrictos de la legalidad, infundida en los principios de libertad, instituye el entorno oportuno para su progreso económico y el bienestar de los ciudadanos.

Con la finalidad de configurar un antecedente claro respecto de la temática abordada en el estudio a desarrollarse, es preciso señalar lo que manifiesta el tratadista Carré de Malberg en su obra Teoría General del Estado, quien respecto de la Función Jurisdiccional manifiesta en términos generales que la misma no entraña más potestad que la de aplicar las leyes, por lo que su ejercicio presupone la existencia de la ley y solo se produce a fin de preparar su ejecución, mediante mecanismos que

no son otros que las medidas cautelares, como dispositivos o fórmulas establecidas por el ordenamiento jurídico para prevenir las afectaciones al bien controvertido o al derecho controvertido.

Tales medidas entonces, son adoptadas judicialmente con el fin de evitar que la decisión judicial resulte estéril, de esta forma, la tutela cautelar ha sido integrada y actualmente constituye una parte integrante del contenido de tratados internacionales y en la mayoría de casos el derecho a acceder a la justicia se encuentra constitucionalmente protegido como en el caso del Ecuador.

## **1.2. DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN**

El objetivo del presente análisis e investigación es determinar las deficiencias que caracterizan al sistema contencioso administrativo ecuatoriano en materia de cumplimiento respecto de la tutela cautelar efectiva, con la finalidad de identificar los planteamientos efectuados desde la jurisprudencia nacional y extranjera sobre la tutela cautelar judicial, a la luz de las categorías analíticas que de la misma han ocupado la atención de la doctrina, y a partir de aquellos, formular reflexiones críticas sobre lo que podría hacerse en el Ecuador para aplicar el principio de la tutela cautelar judicial, en función de la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva.

Adicionalmente a los planteamientos contenidos en el párrafo precedente, se procura definir de manera objetiva y clara el camino para la evolución y los retos a los que está sometida la jurisdicción contenciosa administrativa en el Ecuador, a partir de las nuevas tendencias del Derecho Administrativo.

### **1.3. JUSTIFICACIÓN**

La necesidad de que el Estado ecuatoriano garantice integralmente el irrestricto cumplimiento de los derechos y potestades que se encuentran consagradas no solo en la Constitución, sino también el marco legal ordinario vigente, da lugar para que se busquen alternativas viables en su aplicación y eficientes en sus resultados, en este sentido, la presente investigación constituye una alternativa coherente con las necesidades que le son consustanciales a la sociedad ecuatoriana y sobre todo al ámbito institucional del Estado, ya que busca desarrollar un estudio analítico y crítico de la situación actual con la finalidad de proponer acciones que remedien como ya se ha manifestado, las falencias del sistema contencioso administrativo.

Desde una perspectiva u óptica general, esta investigación y análisis se explica en la necesidad de desarrollar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano, esto, en la realización del cumplimiento del acceso al derecho de tutela judicial efectiva y la prohibición de que una persona sea objeto de indefensión ya sea que se origine en el ámbito constitucional, legal o doctrinario, de manera que el respeto a la garantía de tutela cautelar efectiva de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, sea ejecutada en la labor contencioso administrativa en sede judicial, pues es de destacar que las acciones de amparo promovidas con apego a la Constitución de 1998, causaron una fuerte crisis en el Tribunal Constitucional ya que se fundamentaron en el abuso del derecho a la tutela judicial efectiva.

Tal factor devino en la negativa de las acciones propuestas en su mayoría y en la negativa de la suspensión del acto administrativo en la primera providencia.

El criterio de la autora de que la tutela cautelar constituye en el proceso contencioso administrativo el eje que habilita el cumplimiento y eficacia de la sentencia judicial.

#### **1.4. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN**

Las variables e indicadores que determinan la direccionalidad en la cual se encuentra sustentada esta investigación, constituyen uno de los factores o ámbitos más importantes en la estructura de la misma, por lo que se torna fundamental hacer un planteamiento esquemático de estas y fijar los parámetros en los cuales se va a desarrollar.

A tal efecto, las preguntas de la investigación son las que se determinan a continuación:

- ¿Qué es la tutela efectiva?
- ¿Qué es la tutela cautelar efectiva?
- ¿Cuáles son las debilidades y deficiencias del sistema contencioso administrativo?
- ¿Qué problemas han provocado la disfuncionalidad?
- ¿Qué problemas han ocasionado la ausencia de un régimen de medidas cautelares?
- ¿Desde cuándo se constitucionalizó la tutela judicial de derechos?
- ¿Cuál es el tratamiento de la tutela cautelar en el derecho comparado?

- ¿Cuándo y cómo debe aplicarse la tutela cautelar?

## **1.5. OBJETIVOS**

Con el objeto de estructurar una investigación adecuada a los requerimientos que se desprenden de la necesidad por implementar acciones y medidas conducentes a remediar mediante el aporte de soluciones la problemática del sistema contencioso administrativo en el Ecuador, es necesario plantear objetivos tanto de corte general como específicos que guíen el desarrollo del estudio propuesto, a tal efecto, los objetivos referidos anteriormente se establecen a continuación:

### **1.5.1. Objetivo General**

Estructurar un marco propositivo emanado del desarrollo integral de la investigación, en virtud del cual se torne factible la configuración de un proyecto de ley que faculte la instauración en el marco administrativo ecuatoriano, de directrices y parámetros jurídicos tendientes a solucionar la problemática que vicia el normal desenvolvimiento de las actividades estatales y consecuentemente el progreso de la sociedad.

### **1.5.2. Específicos**

Plantear el marco doctrinario que sustenta las directrices teóricas relativas a las actividades y estructuración del sistema contencioso administrativo, así como al ámbito de tutela cautelar en el Derecho Administrativo en base a las nuevas tendencias que se están presentando en la actualidad.

Efectuar una investigación de campo que permita establecer desde un ámbito práctico, las falencias inherentes al sistema contencioso administrativo ecuatoriano, mediante la aplicación de un estudio a los sectores más relacionados con la materia en cuestión.

Desarrollar un estudio comparado con las legislaciones administrativas más relevantes en Latinoamérica, pues en este sentido, se establece un estudio objetivo ya que es de aplicación directa a culturas muy semejantes y por tanto, que están viciadas por problemas similares a los que se afrontan en el Ecuador.

Realizar un estudio sobre la ejecutividad y la suspensión de los actos administrativos en la legislación ecuatoriana frente a la tutela judicial efectiva.

## **1.6. MARCO TEÓRICO**

La jurisdicción contencioso administrativa en el Estado de Derecho es el eje irrefutable que vertebra su existencia con el cumplimiento de su obligación máxima de equilibrar libertad y el poder dentro del marco de la legalidad, articulando el convivir social y proveyendo un ambiente adecuado para el progreso económico, social y el desarrollo de la creatividad de la agrupación humana.

Es necesario destacar el importante rol político del contencioso administrativo, concebido ello, desde su aporte de imperio en el sistema político y social en la medida que es capaz de modificar decisiones de los poderes Ejecutivo y Legislativo y con ello actuar sobre la sociedad, desde la perspectiva de los frenos y contrapesos o desde la doctrina de Montesquieu, con la división de poderes, lo cual legítimo en un Estado de Derecho.



Es preciso detenerse a pensar si el sistema contencioso administrativo ecuatoriano es el eje que enarbola e insufla las arterias de la sociedad, los principios de un estado de derecho y en esa perspectiva, si ha habilitado jurisdiccionalmente y por medio de la jurisprudencia el ejercicio de uno de los derechos fundamentales de las personas, como es la tutela cautelar efectiva o si por el contrario su concepción arcaica y anacrónica y la petrificación jurisdiccional ha puesto en disparadero la quiebra de los principios del derecho, angustiendo el ejercicio de los derechos constitucionales creando inseguridad jurídica e injusticia.

En esta investigación se explorarán algunos desajustes y debilidades del contencioso administrativo, sobre su origen y las posibles soluciones para su transformación, y evolución hacia las nuevas tendencias del derecho administrativo en materia de tutela cautelar, tales cambios reclaman no solo una reforma legal, sino de la actividad jurisprudencial y la participación de los abogados.

## **1.7. METODOLOGÍA**

Considerando la forma y naturaleza jurídica sometida a investigación se utilizará los siguientes métodos:

### **1.7.1. MÉTODOS GENERALES**

#### **1.7.1.1. Método Inductivo**

“Es un proceso de análisis de aspectos, situaciones, ideas, hechos particulares, para llegar al principio o ley general que lo determina; se toman los casos particulares para arribar a conclusiones generales.

Tenemos que colegir que, para ello, ha existido un contacto directo del investigador con esos hechos particulares a través de la experiencia, la observación, la experimentación, la comprobación en base de lo cual, le será posible llevar determinados aspectos específicos del conocimiento a unificarlos en conceptos y categorías generales; en un proceso similar al que realiza con los métodos analítico-sintético; de la parte al todo, de los hechos a leyes, en un proceso de generalización a la abstracción”.<sup>1</sup>

#### **1.7.1.2. Método Deductivo**

“Es el proceso de análisis contrario al inductivo, se parte de los aspectos o principios generales conocidos, aspectos como válidos por la ciencia, los que por medio del razonamiento lógico, la síntesis, se pueden deducir suposiciones o explicar los hechos particulares; significa que sacamos determinadas consecuencias de algo generalmente aceptado, por medio de la comparación y demostración en un proceso sintético-analítico del todo a la parte”.<sup>2</sup>

### **1.7.2. MÉTODOS PARTICULARES**

#### **1.7.2.1. Método Analítico**

“Este método se utiliza para descomponer o desintegrar el hecho que se investiga, un problema, una entidad jurídica, una norma vigente; en sus diferentes elementos, partes que hacen el todo, explicando sus implicaciones con ese todo, sin perder la visión que la hace parte del todo, pues cada parte tiene sus propias características y estructura, dentro de la estructura que hace parte del todo.

---

<sup>1</sup> YEPEZ TAPIA, Armando.- La Investigación Científica en Derecho, Pág. 90.

<sup>2</sup> Ibídem, p. 91

El método se concreta por medio del siguiente proceso; observación de la problemática, descripción, crítica; se descompone en partes, se enumera, ordenan y clasifican; acciones éstas que permiten un proceso de conocimiento claro y profundo, después de lo cual se pasa al siguiente método”.<sup>3</sup>

#### **1.7.2.2. Método Sintético**

“Este método complementa los procesos del método anterior, es decir, del método analítico, a pesar de que en este se realiza un proceso contrario, al reconstruir y reintegrar los elementos y las partes, que en el anterior se desintegraron, que habían sido separadas para analizarlos, reconstrucción similar a la que haríamos con un rompecabezas, pero fundamentalmente realizando un proceso de síntesis, la elaboración de un todo diferente al anterior, nuevo, es decir, un proceso sintético superior, relacionándolo a la totalidad, al contenido del todo.

Así, puede apreciarse que la síntesis es un complemento del análisis, nos permite comprender el todo, la idea, el hecho, la entidad jurídica, la norma en sus diferentes elementos y sus mutuas vinculaciones. Este es el proceso indisoluble, la correlación entre análisis y síntesis, el proceso analítico-sintético”.<sup>4</sup>

#### **1.7.2.3. Método Exegético**

“Consiste en la interpretación y explicación literal de la norma; se explica el contenido, se expone el sentido y se determina el alcance de la letra de la Ley y las expresiones que la originaron en la forma como el legislador la elaboró, tratando de desentrañar la intención y voluntad del

---

<sup>3</sup> YEPEZ Armando, La investigación Científica en Derecho, p. 91 - 92

<sup>4</sup> Ibídem, 92

autor, su autenticidad e intencionalidad, para su aplicación por parte del juez o la administración de las entidades y el Estado”.<sup>5</sup>

## **1.8. TÉCNICAS**

### **1.8.1. Técnicas de Gabinete**

“Se la designa así, porque la información que se recoge de las fuentes como: libros, folletos, periódicos, revistas, películas, videos, bibliografías, bio bibliografías, antologías, estadísticas, cassettes, discos, etc.; se realiza en gabinetes como bibliotecas, hemerotecas, cinematecas, etc.

Esta información es recogida en instrumentos como:

#### **1.8.1.1. Fichas Bibliográficas**

La ficha bibliográfica es una ficha pequeña, destinada a anotar meramente los datos de un libro o artículo. Estas fichas se hacen para todos los libros o artículos que eventualmente pueden ser útiles a nuestra investigación, no solo para los que se han encontrado físicamente o leído. En ellas se registran las fuentes encontradas, por ejemplo, en el catalogo de una biblioteca, en una bibliografía, en índices de publicaciones, etc.

---

<sup>5</sup> Ibídem, p. 92

### **1.8.1.2. Ficha Hemerográfica**

Esta ficha la usamos cuando deseamos guardar información ó datos de alguna revista o periódico, las medidas que tiene esta ficha son iguales a la ficha bibliográfica.

Los datos que debe obtener una ficha Hemerográfica, los podemos obtener del encabezado de una revista ó periódico los datos de esta ficha son: título de la publicación (subrayado), Nombre del Director o Editor, Periodicidad, Lugar de edición.

### **1.8.1.3. Ficha de Nematécnicas**

Son aquellas que sirven para anexar los aspectos más importantes del contenido de un libro, de una revista o de un artículo periodístico tales como: conceptos, definiciones, comentarios estas fichas deben tener los siguientes datos: Un encabezado que señale el tema al que se refiere el contenido de la tarjeta, Nombre del autor (los apellidos en mayúsculas y los nombres en minúsculas), El título abreviado del libro o artículo y la página, El contenido del tema del que se ficha, Lugar donde se halla el documento y número de catálogo (solo cuando el libro no es nuestro).

## **CAPÍTULO II**

### **2. DE LA TUTELA JUDICIAL**

#### **2.1. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Con la finalidad de estructurar un estudio claro y objetivo respecto de la temática propuesta, es preciso definir los facultativos que configuran el acceso o el derecho ciudadano a una tutela judicial efectiva y oportuna en el ámbito ecuatoriano.

A tal efecto, desde la perspectiva personal se considera como tal a aquellas garantías inherentes a cada persona y que en virtud de las mismas es posible y factible acudir a los organismos jurisdiccionales, con la finalidad de que estos por medio del cumplimiento irrestricto de los procedimientos previamente establecidos, decidan de manera fundamentada sobre el hecho controversial surgido de las pretensiones propuestas por parte de los actores.

En cuanto se refiere al ámbito doctrinario, el derecho a la tutela judicial efectiva es considerada como "...un derecho de prestación, por cuanto a través de él se pueden obtener del Estado beneficios, bien porque impone la actuación de la jurisdicción en el caso concreto, bien porque exige que el Estado cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la justicia prestada".<sup>6</sup>

También se considera este instituto o principio jurídico como "...el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda

---

<sup>6</sup> BENALCAZAR Carlos, Revista Judicial, El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva

algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”.<sup>7</sup>

Por su parte, el tratadista Pedro Landeta manifiesta que “...el derecho a la tutela judicial efectiva es la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley”.<sup>8</sup>

Una vez que se han planteado las diversas y más relevantes conceptualizaciones en el espectro nacional sobre las implicaciones de la tutela judicial efectiva y su respectivo acceso, es importante manifestar que la conjunción de sus factores constitutivos, implican de manera vinculante a su naturaleza el hecho de garantizar la posibilidad de todos y cada uno de los miembros de la sociedad al acceso jurisdiccional conjuntamente con el derecho de acción.

En razón de lo expuesto en el párrafo precedente, es necesario determinar que el perfeccionamiento de la directriz legal en análisis se encuentra íntimamente relacionada y sujeta al desempeño de las funciones estatales respectivas, esto es, al cumplimiento fiscal de ciertas características o garantías mínimas como la eficacia, la eficiencia, la celeridad, la imparcialidad, la oportunidad y otras de similar naturaleza, que en su conjunto permiten el acceso ciudadano a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, la normativa legal vigente en el Ecuador contempla una serie muy extensa de preceptos que van desde el orden constitucional hasta el reglamentario, en razón de los cuales se determina

---

<sup>7</sup> GONZÁLEZ Jesús, El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, 3ª edición, Editorial Civitas, p. 33

<sup>8</sup> LANDETA Pedro, Las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador, 1ª edición, Editorial Pedagógica Freire, p. 76 - 77

independientemente del acceso a la tutela judicial otros factores como la imparcialidad y objetividad de las autoridades judiciales, celeridad en la sustanciación de procesos y en general de la realización de cualquier trámite en el sector público, además se busca erradicar y sancionar la indefensión de las personas, dejando en claro que para tal efecto no existe justificativo alguno, de manera adicional se le otorga a los fallos judiciales el carácter de vinculantes para las partes relacionadas con el mismo, con lo cual se posibilita ampliamente el cumplimiento de estos y la efectivización o perfeccionamiento de los derechos y facultades personales correspondientes.

Respecto de lo señalado anteriormente, es preciso manifestar que la ausencia de uno o varios de los factores descritos trae como consecuencia la imposibilidad de configurar la efectividad jurisdiccional que se persigue alcanzar en la administración de justicia, sin embargo de lo cual, dichos contenidos no implican de forma necesaria que el derecho a la tutela judicial efectiva acarree una imposición exclusiva o única a las autoridades judiciales, puesto que su ámbito o alcance genera también obligaciones de carácter legislativo, esto es, que el legislador tenga la capacidad y obligación de crear normas legales que favorezcan el pleno ejercicio de los derechos tutelares del área judicial y administrativa, a fin de que se impida el retardo o entorpecimiento de su integral ejecución.

## **2.2. DERECHO DE ACCESO AL PODER JUDICIAL**

De manera independiente a los resultados obtenidos en el desempeño de las actividades relativas a la Función Judicial a lo largo de las últimas décadas, es necesario determinar que el legislador ha buscado por lo menos en teoría, estructurar un esquema jurídico en virtud del cual se consagren los derechos fundamentales que le son consustanciales a cada ciudadano en el país y de la misma forma, ha buscado prever a partir de la implementación de una extensa gama de garantías el



aseguramiento o cumplimiento efectivo de los derechos referidos anteriormente.

En este mismo sentido, el ordenamiento constitucional ha establecido una estructuración estatal que se basa en un esquema de división de poderes en razón del cual, se le atribuye o le corresponde la administración de justicia a la Función Judicial.

Con la finalidad de determinar adecuadamente las directrices y parámetros que sustentan el acceso a la justicia por medio del Poder Judicial en el Ecuador, se torna imprescindible formular como interrogante ¿si los facultativos o garantías ciudadanas que se encuentran estipulados en el Derecho Positivo del país para la protección de los derechos fundamentales, acarrearán una efectividad integral ante el actual sistema judicial?

En base a los resultados de la referida formulación que parten de un análisis objetivo e imparcial de la situación judicial en el Ecuador actualmente, vale citar en primer lugar lo expresado por la doctora María Mercedes Sosa, quien al efecto señala que "...la efectividad del sistema implica que éste logre satisfacer las pretensiones de las partes, es decir, dar una respuesta a las cuestiones que se plantean ante un órgano jurisdiccional. Para que un sistema pueda lograr este cometido, es necesario poder acceder a él, debe estar previsto y más importante aún, garantizado el acceso a la justicia".<sup>9</sup>

En base a esta posición, se configura notoriamente el hecho de que en la práctica el acceso a la justicia y la consecuente efectivización de los derechos de cada persona, se derivan de un orden jurídico natural que tutela los mismos en base a la aplicación y cumplimiento de

---

<sup>9</sup> SOSA Mercedes, El Poder Judicial y la Garantía del Acceso a la Justicia, 1ª edición, Editorial Jims, p. 47

procedimientos establecidos con preeminencia en el marco legal vigente, de donde se desprende por lo tanto, que una de las directrices básicas en la tutela judicial se remite a la correcta e integral observancia del principio de legalidad, en razón del que deben estar previstas con anterioridad al cometimiento de un acto, la tipificación del delito de ser el caso, la sanción respectiva al mismo y los medios de sustanciación que sustentan la actividad del Poder Judicial.

Siguiendo con esta línea de análisis, cabe remitirse a los parámetros que delimitan la tutela judicial efectiva por los cuales se advierten ciertos factores determinantes y facultativos que dan paso a una potestad en variadas etapas de la administración de justicia, así por ejemplo pueden mencionarse las siguientes:

- Derecho a acceder al órgano jurisdiccional correspondiente.
- Deducir pretensiones.
- Producir pruebas.
- Obtener un pronunciamiento judicial basado en la justicia y celeridad.
- Recurrir de un fallo cuando se consideren perjudicados los derechos propios.
- Entre otros.

Del mismo modo que para el caso del principio de legalidad, es preciso perfeccionar la vigencia del principio legal que afianza la aplicación de justicia, puesto que en virtud del mismo se le atribuyen a las prácticas judiciales sobre todo las de mandato, la calidad de vinculantes

respecto de la obligación que tienen las partes de cumplir con lo prescrito u ordenado.<sup>10</sup>

De lo planteado anteriormente, es posible deducir que las alternativas o instrumentos para garantizar de manera efectiva el acceso a los órganos jurisdiccionales, la aplicación adecuada de los procedimientos y una correcta administración de justicia, solo pueden ser conseguidos de forma integral mediante la posibilidad cierta de sin excepción de ninguna clase las personas cuenten con la facultad de acceder eficazmente al amparo del Poder Judicial en todas sus instancias y obtener así, una efectivización definitiva de sus derechos que se derive de una resolución o sentencia, sea esta de carácter judicial o administrativo.

Sin embargo de lo manifestado, se debe señalar que en el caso ecuatoriano independientemente de lo que se estipula en la ley, que para el ámbito relativo a la presente investigación constituye un cúmulo muy extenso de enunciados caracterizados por las buenas intenciones del legislador, se configuran en la práctica una serie muy extensa de circunstancias que dan paso a una imposibilidad en la gran mayoría de los procesos que persiguen hacer valer o respetar sus derechos.

Entre las circunstancias que se hacen referencia en el párrafo que antecede, se pueden mencionar las siguientes:

- Costas judiciales.
- El letargo procesal que ha sido propio de la administración de justicia en el Ecuador.

---

<sup>10</sup> GARCÍA Napoleón, La Obligación Tutelar del Estado, 3ª edición, Editorial Galaxia, p. 127 - 128

- El nivel económico de las partes o sujetos procesales, que en un amplio margen está constituido por personas de condiciones muy limitadas.
- Desconocimiento del Derecho, esto en el caso de las personas que por ignorancia respecto de la ley, no hacen efectivo el cumplimiento de sus derechos.
- Entre otros.

### **2.3. PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN**

#### **2.3.1. Concepto**

Con el efecto de estructurar una comprensión más factible respecto de la temática propuesta en este numeral, cabe hacer referencia a ciertas determinaciones conceptuales emanadas no solo desde el ámbito doctrinario, sino también desde la misma práctica judicial, en consecuencia, se proponen los siguientes conceptos que se han dado al término indefensión:

“...entiende que se produce indefensión constitucionalmente relevante cuando con infracción de una norma penal, el órgano judicial en el caso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, produciendo un efectivo y real menoscabo del derecho a la defensa, por tal razón, solo cabe otorgar relevancia constitucional a aquella que resulta efectiva, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos

jurisdiccionales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso”.<sup>11</sup>

- *“...la indefensión se produce únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses legítimos o cuando la vulneración de las normas procesales, lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado”*.<sup>12</sup>

La enciclopedia electrónica Wikipedia sostiene que la indefensión constituye un “...concepto jurídico indeterminado referido a aquella situación procesal en la que la parte se ve limitada o despojada por el órgano jurisdiccional de los medios de defensa que le corresponden en el desarrollo del proceso”.<sup>13</sup>

### **2.3.2. La Indefensión en la Constitución**

De los conceptos planteados anteriormente se puede colegir que la indefensión no solo en el espectro judicial sino también en el caso del ámbito administrativo configura de forma inevitable, un conjunto de acciones tendientes a quebrantar el ordenamiento jurídico vigente y limitar de manera peligrosa el perfeccionamiento de los derechos ciudadanos en ciertos casos.

En este sentido, el ordenamiento constitucional ecuatoriano vigente hoy en día, estipula y detalla una serie de derechos inherentes a la

---

<sup>11</sup> URIARTE Luis, FARTO Tomás, El Proceso Penal Español: Jurisprudencia Sistematizada, 1ª edición, Editorial La Ley, p. 469

<sup>12</sup> VALENZUELA Bernardo, Documentación Jurídica, 1ª edición, Editor Ministerio de Justicia, p. 37

<sup>13</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Indefensi%C3%B3n>, Consultado el 21 de octubre de 2010

condición de persona entre los que se destacan el derecho ciudadano a no caer en la indefensión, para tal efecto, el artículo 75 se expresa en los siguientes términos:

*“...toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.<sup>14</sup>*

Es preciso señalar entonces, que la indefensión para el Derecho Positivo nacional mantiene una enorme relevancia respecto de la obligación estatal e incluso social de erradicarla, razón por la cual se le atribuye a la intencionalidad referida la calidad de norma constitucional, esto es a nivel jurídico, una disposición de carácter jerárquico superior y concluyentemente de obligación en el cumplimiento y efectivización de los derechos tutelares.

Con la finalidad de reforzar la protección de todos y cada uno de los miembros de la sociedad ecuatoriana, el asambleísta constituyente de manera acertada ha incluido además la Acción de Protección, en virtud de la cual también es posible combatir la indefensión y cualquier circunstancia que emane de su naturaleza.

En cuanto al recurso señalado, el artículo 88 de la Constitución manifiesta lo siguiente:

*“...La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una*

---

<sup>14</sup> Constitución del Ecuador, Derechos de Protección, artículo 75

*vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.*<sup>15</sup>

Otro de los rasgos importantes e interesantes que el marco constitucional actual contempla respecto de la Constitución anterior, se remite al hecho de que se refuerza jurídicamente la institucionalidad de la Defensoría Pública, órgano que por sus características mantiene en el desarrollo de sus actividades un objeto de índole sociológico que da como resultado principal, la defensa y protección de las personas que indistintamente de su condición y de los actos que cometan o hayan cometido, se encuentren en condiciones de indefensión, o que por su condición económica, de cultura, intelectual, situación social, etcétera, no tengan la capacidad de acceder por sus propios medios a una defensa judicial adecuada.<sup>16</sup>

Para el efecto, la Defensoría Pública tiene la obligación de prestar un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias.

En cuanto a los casos de indefensión que se configuran en el desarrollo o ejercicio de la práctica del Derecho, esto es, en la sustanciación de procesos legales independientes de la instancia en la

---

<sup>15</sup> Constitución del Ecuador, Acción de Protección, artículo 88

<sup>16</sup> *Ibíd*em, Defensoría Pública, artículo 191

que se encuentren, es preciso tener en cuenta finalmente, que la misma es producida no solo por el desconocimiento de las pretensiones acusadoras formuladas, sino también por la imposibilidad de objetarlas, rebatirlas o impugnarlas, como ya se mencionó en párrafos precedentes, gracias a la falta de recursos económicos, ignorancia o desconocimiento de la ley y otras causas de similar naturaleza.

#### **2.4. EL DERECHO A LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL**

Frente a la temática planteada, el tratadista ibérico Alfonso Ortega de la Cruz manifiesta en su obra *La Tutela Judicial en España*, que una de las características principales en el ejercicio de la tutela judicial se encuentra determinada desde un punto de vista global, por la efectividad del accionar estatal y desde una óptica individualista o particular, por el desarrollo adecuado de las funciones correspondientes al ámbito administrativo y al Poder Judicial propio de cada institución que conforma un Estado.<sup>17</sup>

Frente a la intencionalidad del precepto doctrinario señalado en el párrafo que antecede, cabe complementarla manifestando que la efectividad de la tutela judicial no está basada únicamente en la implementación legal de procesos que rijan el desarrollo de las actividades propias del Poder Judicial, sino que también debe estar sustentado en la vigencia de principios generales que beneficien principalmente a los intereses sociales.

En este sentido, la normativa fija por ejemplo la gratuidad en la administración de justicia, lo cual en definitiva implica que no existan

---

<sup>17</sup> ORTEGA Alfonso, *La Tutela Judicial en España*, 6ª edición, Ediciones Barcelona, p. 215 - 217



costas procesales que se deriven del arancel judicial, además, se busca adecuar por lo menos en teoría, una reestructuración judicial que establezca nuevos parámetros de concepción de la sustanciación del proceso tradicional, esto mediante la implementación de prácticas que se basen en la inmediatez, la celeridad, la imparcialidad, inmediatez, economía y otros, a fin de lograr una administración de justicia más eficiente y oportuna.

La conjunción integral de las directrices señaladas anteriormente, determina de manera inequívoca la ejecución y cumplimiento efectivo de las funciones y objetivos que la ley ha conferido a los organismos jurisdiccionales para garantizar el cumplimiento de los derechos inherentes a cada ciudadano en el Ecuador.

Entonces, es preciso manifestar que la efectividad de la tutela judicial al atribuírsele el carácter de derecho, configura para el Estado ecuatoriano en el sentido social, político y sobre todo en el ordenamiento jurídico, una determinación vinculante e irrenunciable por medio de la cual se ve obligado de forma inevitable, a plantear los mecanismos óptimos y adecuados para que desde la perspectiva administrativa puedan ser cumplidas las disposiciones, programas, planes o mandatos que se contemplan en las leyes vigentes respecto del perfeccionamiento de los derechos de las personas.

La facultad de concretar dicho presupuesto, enmarca dentro de sus requerimientos más relevantes e indispensables, ciertos factores que por sus componentes estructurales hacen factible la realización de los mismos, entre estos pueden mencionarse los siguientes:<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> SALDARRIAGA Francisco, El Estado y las Necesidades Sociales: Cumplimiento, Medios y Estrategias, 1ª edición, Editoriales Casablanca, p. 212 - 217

Asignaciones presupuestarias basadas en estudios técnicos, en virtud de las cuales se torne factible cubrir completamente las necesidades y requerimientos que exige el sistema fiscal en general.

Capacitación humana en los diferentes ámbitos de la administración estatal, con la finalidad de establecer parámetros operativos fundamentados en la técnica, en la tecnología y de manera preeminente en la cultura y el buen trato.

Cultura social frente a la exigencia en el cumplimiento de los derechos.

A tal efecto, es importante destacar que la efectividad del accionar estatal no solo en cuanto se refiere a la tutela judicial, sino en general a todos los ámbitos que se relacionan con la actividad fiscal, se ven hoy en día seriamente obstaculizados por interferencias generadas desde la sociedad que no permiten garantizar el cumplimiento de los derechos ciudadanos y que cabe señalar, no constituye en gran medida una responsabilidad del Estado, entre dichas interferencias pueden mencionarse el desconocimiento social de la ley, desconocimiento de los procesos administrativos exigidos para efectivizar un derecho, peticiones no fundamentadas que en última instancia solo distraen los recursos estatales, conflictos de intereses entre diversos grupos sociales, incapacidad económica, entre otros.

## **2.5. EL DERECHO AL PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS**

Como punto introductorio al presente tema, es preciso hacer referencia en primer lugar a ciertos planteamientos conceptuales que se han dado tanto en el ámbito académico como en el aspecto legal, tal es el caso del diccionario electrónico [Definiciónlegal.com](http://Definiciónlegal.com), el mismo que al

respecto manifiesta que "...la noción constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto ha de ser alcanzado mediante la aplicación a las circunstancias del caso de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico".<sup>19</sup>

Por otra parte, el tratadista venezolano Fernando Castillo conceptualiza las dilaciones indebidas como "...los factores procesales de índole circunstancial que retardan la resolución de una contienda judicial y que por lo tanto, pueden ser empleados como argucia jurídica o presentarse inesperadamente como consecuencia de un hecho determinado".

Finalmente, en un sentido jurisprudencial de factible aplicación práctica para la normativa ecuatoriana, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas "...constituye la última garantía de todas las garantías de todos los derechos. La vulneración de ese derecho genera sin duda alguna perjuicios que tienen sus efectos directos en las personas y consecuentemente en la sociedad".<sup>20</sup>

Una vez que han sido planteados los parámetros conceptuales sobre las dilaciones indebidas, vale decir que el derecho de cualquier ciudadano o habitante en el Ecuador a gozar del acceso a un proceso judicial para reivindicar sus intereses que no esté viciado por demoras o dilaciones, ya sea que emanen directamente de la autoridad, o en su defecto, de los procedimientos instaurados para la sustanciación de los mismos, constituye en última instancia un derecho procesal de amplia relevancia y notoriedad para la efectivización de la tutela judicial y que a

---

<sup>19</sup> <http://www.definicionlegal.com/definicionde/Dilacionesindebidas.htm>, consultado el 25 de octubre de 2010

<sup>20</sup> ORTÍZ Luis, Dilaciones Indebidas en el Proceso Civil: Experiencia y Propuestas desde el Defensor del Pueblo, Ediciones Catalanas, p. 5326 - 5327

la vez, por su alcance ha sido preservado por la mayoría de los sistemas constitucionales vigentes actualmente en el mundo.

A este respecto, cabe señalar que su connotación jurídica e incluso doctrinaria se encuentra marcada frente a la protección de los derechos ciudadanos que ordena la Constitución y la legislación en general, porque la instauración de cualquier otro derecho está vinculada de manera directa a la vigencia del derecho a un proceso legal sin dilaciones, factor por el cual se le otorga un nivel de prioridad máximo al aspecto de la temporalidad procesal.

La inobservancia de este derecho acarrea una serie de efectos negativos no solo para cada individuo que mira violentada la posibilidad de acceder a un tutelaje judicial de sus derechos, sino también que socaba las bases jurídicas de una organización tan compleja como el Estado y en consecuencia, también de la sociedad a la cual se pertenece dicho sujeto, a tal efecto, cabe señalar que entre los perjuicios que más se destacan por el impacto negativo que causan, son los detallados a continuación:

Perjuicio para las dos partes que litigan y en especial para la parte más débil, ya que cuanto más largo es un pleito más difícil es mantenerlo, sobre todo para quien tiene pocos recursos económicos.

La dilación encarece los pleitos, para los litigantes y también para el Estado que ha de sufragar el gasto del servicio público de la justicia.

La dilación afecta a la seguridad jurídica, ya que al no respetarse los plazos legales, nadie puede realmente saber cuánto va a tardar en obtener la respuesta judicial pedida.

La dilación impide el esclarecimiento de la verdad procesal, pues el transcurso del tiempo dificulta su recuerdo y hace difícil su reconstrucción.

## **2.6. EL DERECHO A UNA RESOLUCIÓN MOTIVADA**

El derecho a una resolución que verse sobre el fondo de los factores que dieron lugar a la estructuración de una contienda judicial, se encuentra estrechamente ligada con la motivación que tal resolución debe tener como parte de su legalidad, razón por la cual es preciso mencionar que factores como el objeto sobre el cual se resuelve y las circunstancias justificativas tienen necesariamente que estar ligadas integralmente con la finalidad de otorgarle visos de legalidad y sobre todo la capacidad de configurar la justicia para las partes intervinientes como fin último del Derecho.

En este sentido, los estudios jurídicos determinan que “...la obligación de dictar una resolución motivada y fundada en el derecho que es exigido, no se cumple con una mera declaración de voluntad del órgano judicial, sino que se exige una argumentación que fundamente la sentencia. Junto a esa mera declaración de voluntad alguna otra sentencia, posterior en el tiempo, añade declaración de conocimiento que tampoco basta por sí sola para entender que la resolución está fundada en derecho”.<sup>21</sup>

En cuanto se refiere al tutelaje judicial y en general a cualquier tipo de actuación administrativa que derive en la efectivización o cumplimiento de un derecho correspondiente al o los miembros de una sociedad, debe manifestarse que se configura como un deber del órgano jurisdiccional así

---

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ Sonia, La Justificación de las Decisiones Judiciales: El Artículo 102.3 de la Constitución Española, 1ª edición ilustrada, Editorial de la Universidad Santiago de Compostela, p. 232 - 233

como también en un requisito imperativo de carácter jurídico para perfeccionar la legalidad de un acto resolutorio, el hecho de motivar sucintamente en base a una referencia de los hechos y con apego a los fundamentos de derecho.

En este sentido, la obligación de motivación inherente a la autoridad de que se trate, se torna en una circunstancia fundamental para que la ciudadanía perciba y desarrolle sus actividades en un marco de confianza determinado por la idea de que la administración de justicia se encuentra sometida de forma integral al principio de legalidad y a las exigencias propias que emanan de un Estado de Derecho como es el caso del Ecuador.

Sin embargo de lo manifestado, es preciso hacer mención de que la obligación de motivación a la cual se hace referencia en el párrafo que antecede, resulta en la práctica procesal de un medio como el que se ha estructurado en el país, uno de los argumentos impugnatorios de la resolución judicial más frecuentes, recurrentes e incluso en ocasiones de carácter abusivo, ya que implica una alegación formal que precede al examen de fondo del asunto litigioso en el marco de la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo determinan la tratadista Beatriz Tomás en su obra *El Derecho Fundamental a una Buena Administración de Justicia*.<sup>22</sup>

Respecto de lo manifestado, la autora citada manifiesta que "...como antídoto frente a recursos abusivos e inmorales por parte de los particulares, se ha llegado a sostener la tesis según la cual la trascendencia de la falta de motivación no debe acarrear la validez del acto resolutorio. La falta de motivación es un vicio de forma y como tal, solo debe provocar aquella cuando su ausencia encubra realmente la

---

<sup>22</sup> TOMÁS Beatriz, *El Derecho Fundamental a una Buena Administración de Justicia*, 2º edición, Editoriales Inap, p. 156

propia falta de causa del acto correspondiente o la concurrencia de otra causa ilegítima no develada”.

## **2.7. EL DERECHO A RECURRIR DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

El derecho a recurrir respecto de una resolución judicial o el acceso a medios de orden impugnatorio, se constituye como un factor potestativo de configuración legal y consecuentemente, conlleva que al encontrarse estipulado en la legislación vigente como un instrumento destinado para repeler o atacar una resolución de trámite o definitiva, debe en forma necesaria ser susceptible de empleo por parte de cualquiera de los sujetos procesales que intervienen en una contienda judicial mediante un acceso efectivo del recurso correspondiente.

La naturaleza legal de un recurso o instrumento de impugnación es de carácter irrenunciable para las partes, esto es, que bajo ningún concepto puede ser sustraído de la esfera legal de todo miembro de la sociedad ecuatoriana, ya sea entonces, por documento público, auténtico o privado, ni por la convención de voluntades entre personas particulares, aunque su pleno ejercicio se encuentre remitido a las formalidades establecidas en el marco jurídico.

Cabe señalar que el derecho a recurrir frente a una resolución o acto judicial que se considera perjudicial o atentatorio de los derechos de una persona, no se encuentra establecido de manera expresa en el nuevo marco constitucional vigente en el país desde el año 2008 como un derecho de índole subjetiva, sin embargo de lo cual, se constituye como una categoría jurídica práctica protegible por medio del amparo, tal como lo expresa el catedrático Rafael Quinteros en el análisis de las nuevas tendencias procesales que se han dado en el Ecuador.

En este sentido, determina que la facultad de recurrir no pierde la sustantividad propia que lo caracteriza, ya que este se conjuga estricto sensu con el requerimiento de que exista una sustanciación estructurada en base a la Constitución.

Contrariamente a lo manifestado en el párrafo precedente, es preciso señalar que si un recurso o medio impugnativo se halla consagrado únicamente en el ámbito de una ley, configura una vulneración porque no cuenta con el sustento adecuado para inferir la capacidad de recurrir ante una medida judicial, debido principalmente a que en determinadas ocasiones la sola ley se encuentre ubicada jerárquicamente por debajo del acto que se pretende impugnar, dando como resultado que el justificativo constitucional se torne en un factor prioritario para la capacidad de recurrir a las resoluciones judiciales que se den en un caso.

Vale decir en un sentido particular o independiente a lo expuesto en los comentarios anteriores, que el derecho a la impugnación no garantiza directamente la utilización de otro tipo de recurso que los contenidos de manera expresa en el ordenamiento legal respectivo, esto, previo al cumplimiento de ciertos requisitos y presupuestos que en este se determinen, además de que para el efecto, la pretensión de una persona para impugnar debe ser compatible con el fondo y naturaleza del recurso que se prevé emplear.

En virtud de lo expuesto es posible concluir que si la legislación configura un procedimiento como la única instancia, la inexistencia legal de recurrir bajo cualquier forma o vía, tiende a vulnerar preceptos constitucionales e incluso aquellos conferidos mediante el acuerdo de tratados internacionales como los derivados de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos, lo cual da paso a un error legislativo que



atenta directamente contra los derechos personales de los ciudadanos que conforman una sociedad.

A tal efecto, se ha establecido que "...con independencia del juicio crítico de que puede ser tachada la labor legislativa, no puede por lo mismo estimarse como inconstitucional por se cualquier limitación objetiva, razonable y proporcional, que al respecto se haga.

Ahora bien, una vez que el legislador ha establecido un medio para la impugnación de las resoluciones recaídas en un concreto proceso o procedimiento, o para una específica clase de resoluciones, el derecho de acceso al medio impugnativo adquiere connotación constitucional, y su negación basada en la imposición expresa o tácita de condiciones o consecuencias limitativas o disuasorias del ejercicio de los medios impugnativos legalmente establecidos deviene en violatoria de la normativa constitucional y específicamente del derecho a recurrir.

Ahora bien, una vez que el legislador ha establecido un medio para la impugnación de las resoluciones recaídas en un concreto proceso o procedimiento, o para una específica clase de resoluciones, el derecho de acceso al medio impugnativo adquiere connotación constitucional, y su negación basada en la imposición expresa o tácita de condiciones o consecuencias limitativas o disuasorias del ejercicio de los medios impugnativos legalmente establecidos deviene en violatoria de la normativa constitucional y específicamente del derecho a recurrir.

En resumen, el derecho a los medios impugnativos o derecho a recurrir es un derecho de naturaleza constitucional procesal, que si bien esencialmente dimana de la ley, también se ve constitucionalmente protegido en cuanto constituye una facultad de los gobernados que ofrece la posibilidad que efectivamente se alcance una real protección jurisdiccional.

En definitiva, si bien la interpretación y aplicación de las disposiciones que regulan los presupuestos y requisitos establecidos por el legislador para la válida promoción de los medios impugnativos corresponde a la jurisdicción ordinaria, ello no obsta para que dicha concreción se realice de conformidad a la ley y a la Constitución, esto es, en la forma más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales”.<sup>23</sup>

## **2.8. EL DERECHO A QUE SE EJECUTE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL**

Conceptualmente se han establecido una serie de propuestas muy interesantes y adecuadas a los requerimientos de la presente investigación respecto de lo que se refiere a la ejecución de las resoluciones judiciales, sin embargo, por su importancia y determinaciones es preciso hacer referencia a lo que manifiesta el tratadista colombiano Ramón Facci, quien al efecto se expresa en los siguientes términos: “...la ejecución judicial está constituida por los actos y facultades atribuidas a los órganos jurisdiccionales autorizados legalmente para tal circunstancia, mediante el empleo de los medios institucionales que el Estado provea y que se limiten estrictamente a los parámetros establecidos en la ley y los reglamentos correspondientes, a las resoluciones que se encuentren contenidas en un fallo judicial o parte dispositiva de las resoluciones adoptadas por autoridad competente y que sean de carácter ejecutable”.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> <http://www.csj.gob.sv/LINEAS%20JURISPRUDENCIALES.nsf/0/2faf02b9d330fe5d0625698f005ec11c?OpenDocument>, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Derecho a Recurrir y Acceso a los Medios Impugnativos, Consultado el 25 de septiembre de 2010

<sup>24</sup> FACCI Ramón, Tratado de Derecho Procesal Civil, 1° edición, Editorial Universitaria, p. 137 - 138

En este sentido, cabe señalar que el cumplimiento o ejecución de las resoluciones judiciales se constituye como un complemento imperativo e indispensable para el perfeccionamiento de la justicia, ya que por medio de este es posible configurar lo que se dicte en una sentencia o acto judicial para remediar el daño o desmedro de los derechos propios de una persona o grupo de estas.

Con la finalidad de formular un esquema doctrinario que facilite la comprensión de la temática actual, se propone a continuación las siguientes directrices:

El procedimiento empleado por el sistema judicial para hacer efectivas las resoluciones dictadas por este es diferente, según se trate del tipo de dictamen que se haga. Este precepto incluye las resoluciones judiciales de tribunales extranjeros que por sus características y con apego a la ley, tengan vigencia en el territorio ecuatoriano.

Para que una sentencia o resolución judicial pueda ser ejecutada o cumplida, tiene que existir de por medio la característica de condenatoria y que contenga la prestación de hacer o no hacer una cosa.

Las resoluciones judiciales susceptibles de ejecución corresponden ser ejecutadas en el caso ecuatoriano por las autoridades que las hayan dictado según su competencia.

Cabe manifestar por lo tanto, que el cumplimiento de las resoluciones y sentencias judiciales se encuentran ligadas íntimamente con el beneficio y desarrollo social, en virtud de que mediante su cumplimiento es factible garantizar el hegemónico e integral respeto a los derechos ciudadanos y consecuentemente el fortalecimiento del sistema jurídico del país, gracias a que prioriza la administración de justicia en una forma eficiente. Sin embargo de lo manifestado, es importante recordar

que en el caso ecuatoriano todavía es posible encontrar falencias en el campo judicial que no permiten concretar efectivamente el cumplimiento de las resoluciones emanadas de jueces o tribunales, esto, como derivación directa de la falta de recursos económicos, logísticos e incluso una carencia muy notoria de recursos humanos y tecnológicos.

## **CAPÍTULO 3**

### **3. DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **3.1. CONCEPTO**

La determinación conceptual de lo que se considera como tutela cautelar se configura como un factor de gran importancia para el desarrollo de la presente investigación, razón por la cual es imperativo remitirse a su definición, partiendo de lo expresado por los tratadistas con mayor connotación en la temática planteada, a tal efecto, el catedrático y jurista Manuel Restrepo Medina considera la tutela cautelar como el conjunto de acciones fiscales que en términos generales, constituyen una manifestación del derecho de acceso público a la justicia y en ese orden de ideas hace parte de uno de los derechos fundamentales de las personas, en tal virtud, la determinación de su alcance corresponde al máximo juez de la jurisdicción respectiva.<sup>25</sup>

En este mismo sentido, es preciso señalar desde un enfoque más particular respecto de la tutela cautelar como idea que se busca establecer, que la palabra cautela involucra varias acepciones que de manera común expresan, precaución e incluso seguridad del bien que se trata de proteger o se trata de ampararlo mediante el poder jurídico que la ley otorga, de tal modo, que cautelar se constituye como "...lo que se

---

<sup>25</sup> RESTREPO Manuel, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales, Perspectiva Constitucional sobre la Tutela Cautelar Judicial, Editorial Saberes, p. 7

predica de una regla o medida destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo<sup>26</sup>.

Por otra parte, se define a las medidas cautelares como "...las que se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir a favor del actor la eficacia final de la sentencia".<sup>27</sup>

Para López Peñaranda la medida cautelar es la "...acción del juez mediante una providencia tendiente a asegurar el cabal cumplimiento de las normas y a garantizar los resultados de una decisión tomada en un proceso".<sup>28</sup>

Finalmente, Fábrega Ponce cita la definición contenida o emanada de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, la cual en su artículo primero estipula que las expresiones medida cautelar, medidas de seguridad o medidas de garantía son consideradas equivalentes cuando su empleo tiene el objeto de señalar todo procedimiento o vía conducente a garantizar los resultados o efectos de un proceso.

En conclusión, la naturaleza de la tutela cautelar determina que esta se constituya como un instrumento jurídico en virtud del cual sea factible, asegurar la efectividad de una sentencia o resolución judicial que pueda emanarse de la sustanciación de un juicio o procedimiento legal, en cuyo caso, es la autoridad jurisdiccional quien cuenta con la capacidad para adoptar y ordenar a instancia del demandante y bajo su estricta responsabilidad, las medidas que en base a las circunstancias, fuesen

---

<sup>26</sup> RESTREPO Manuel, Perspectiva Constitucional sobre la Tutela Cautelar Judicial, 1º edición, Editor Universidad del Rosario, p. 25

<sup>27</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta

<sup>28</sup> LÓPEZ Gerardo, Extinción del Dominio, Alternatividad y Medidas Cautelares en el Proceso Penal, 1º edición, Librería Jurídica Radar Ediciones, p. 7 - 8

requeridas para asegurar como ya se manifestó anteriormente, la efectividad de la sentencia que recayere o se determinara del juicio de que se trate.

Por su parte, en lo que respecta al ámbito contencioso administrativo debe manifestarse que este se instaura como el orden jurisdiccional que se encarga de controlar la correcta actuación de la Administración, con pleno sometimiento a la ley y al derecho, así como de la resolución de los posibles conflictos entre la Administración y los ciudadanos, mediante la interposición de los correspondientes recursos contenciosos administrativos por cualquier persona en defensa de su derechos e intereses, cuando estos se hayan visto lesionados por la actuación o la falta de ella, de la Administración.<sup>29</sup>

Siguiendo la misma línea conceptual, es posible sostener que a la vista del Derecho Positivo ecuatoriano que se halla vigente hoy en día, se puede definir a la jurisdicción contenciosa administrativa como una jurisdicción focalizada en el desarrollo de ciertas actividades, lo cual en definitiva le confiere un carácter de especialización en hechos como el "...conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación".<sup>30</sup>

De la conjunción de los conceptos señalados anteriormente, se puede deducir que la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo ha sido configurada como la garantía que se perfecciona

---

<sup>29</sup> [http://www.derecho.com/c/Contencioso\\_administrativo](http://www.derecho.com/c/Contencioso_administrativo), Consultado el 27 de octubre de 2010

<sup>30</sup> Personal Laboral de la Xunta de Galicia, Grupos I y II, Temario General Común Ebook, 1ª edición, Editorial Mad-eduforma, p. 233

para efectivizar el cumplimiento de una sentencia o resolución que emana de la sustanciación correspondiente al litigio generado por las actuaciones de la administración pública o cuando la misma, ha fraccionado o irrespetado los derechos inherentes a los ciudadanos en las relaciones mutuas que existen entre estos.

### **3.2. NATURALEZA JURÍDICA**

Frente a la naturaleza jurídica de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, es importante destacar que la misma tiene su origen a partir de la violación o inobservancia de los derechos de las personas en relación con los vínculos existentes entre el Estado y sus actividades.

Partiendo de esta premisa, vale decir que factores como la demora en la tramitación de los procesos judiciales determina inevitablemente que la decisión adoptada por la autoridad jurisdiccional para resolver el caso de que se trate, puede a fin de cuentas resultar ilusoria y carente de cualquier rastro de efectividad, razón por la cual puede perfeccionarse de manera contraria a los anhelos sociales, un marco caracterizado por la injusticia y la impunidad en donde el afectado queda imposibilitado de poner a buen recaudo sus bienes.

En razón de lo manifestado, la estructura fiscal ha buscado mediante los órganos correspondientes establecer los mecanismos necesarios para que se garantice efectivamente el cumplimiento de las decisiones judiciales adoptadas que en el caso de la presente investigación, se circunscriben a la sustanciación de procesos contenciosos administrativos.

Los mecanismos a los que se hace referencia en el párrafo precedente no son otros que las medidas cautelares, las mismas que han



sido o serán adoptadas como dispositivos o instrumentos contenidos en el ordenamiento jurídico vigente con la finalidad de prevenir afecciones o quebrantamientos a la integridad de los bienes involucrados en un proceso judicial y más aún al derecho de cada persona que independientemente de las circunstancias, se halla en controversia.

De manera complementaria a las directrices establecidas anteriormente respecto de la tutela cautelar y su naturaleza jurídica, es importante manifestar que desde una perspectiva doctrinaria se ha ubicado a este instrumento legal como un proceso cautelar en sí, cuya naturaleza como tal se encuentra circunscrita a la de un proceso o sustanciación paralela al proceso principal, esto en virtud de que se conjugan los siguientes factores:<sup>31</sup>

- Implica una pretensión garantista.
- Se adopta decisiones sobre ella.
- Se otorga contra la misma el derecho de contradicción.
- Está dotado de un procedimiento que aunque invertido en su secuencia, no se desnaturaliza.

En este sentido, el tratadista Manuel Restrepo determina que la tutela cautelar constituye "...un proceso de facilitación de efectos, porque tiende a remover los obstáculos que se oponen a la eficacia de la sentencia que se producirá en el proceso principal y, en esa medida, es también un proceso que si bien desde el punto de vista del procedimiento es independiente del proceso principal, toda vez que hasta antes de la

---

<sup>31</sup> RESTREPO Manuel, *Perspectiva Constitucional sobre la Tutela Cautelar Judicial*, 1º edición, Editor Universidad del Rosario, p. 33

sentencia sigue un trámite diferente sin importar el estado en que se encuentre, en todo caso va unido al proceso principal, pues parte de un mismo título y converge con él en la sentencia cuya eficacia pretende asegurar”.<sup>32</sup>

Sin embargo de lo manifestado, es preciso remitirse a lo señalado por Héctor Carrera, quien propugna que si bien las medidas cautelares adoptadas por una autoridad jurisdiccional no configuran un nuevo tipo de acción pues les otorga a estas el carácter de simple procedimiento, conllevan una serie de características peculiares que les dan una naturaleza jurídica propia, en base a que a través de las mismas se perfecciona un derecho autónomo que es independiente al de aquel que procura tutelar y que implica consecuentemente una vía para respetar la vigencia de un beneficio legal.<sup>33</sup>

### **3.3. CARACTERÍSTICAS**

Particularmente de la naturaleza jurídica que se le confiera u otorgue a la tutela cautelar judicial, desde el ámbito doctrinario se han establecido casi de manera unánime una serie bastante amplia de características en razón de cuya conjunción es posible determinar su perfeccionamiento o existencia legal, debiendo manifestarse además que si una o varias de estas características no concurren, la figura jurídica garantista que se analiza dejaría de ser un procedimiento cautelar o incluso una medida cautelar.

Las características que configuran la tutela cautelar se detallan en el siguiente esquema:

---

<sup>32</sup> QUIROGA Enrique, Procesos y Medidas Cautelares, 2º edición, Okey Impresiones, p. 10 - 11

<sup>33</sup> Carrera Héctor, El Tutelaje Judicial, 3ª edición, Ediciones Carpenter, p. 97 - 99

- Jurisdiccionalidad.
- Instrumentalidad.
- Provisionalidad.
- Sumariedad.
- Urgencia.
- Mutabilidad.
- Preventividad.
- Accesoriedad.
- Taxatividad.

### **3.3.1. Jurisdiccionalidad**

En virtud de esta característica, es preciso señalar que la facultad de configurar en la práctica el perfeccionamiento del tutelaje cautelar con el fin de brindar protección a los derechos de determinada persona en la sustanciación de un proceso judicial, le corresponde de manera vinculante a las autoridades jurisdiccionales ya que estas según mandato establecido en el orden constitucional y en otros cuerpos legales de menor jerarquía gozan de tal atribución, lo cual se constituye en una circunstancia que no permite delegar dicha responsabilidad a terceras personas como secretario u oficial mayor de un juzgado, ya que estos a pesar de ser considerados como servidores públicos y aunque son

funcionarios judiciales, no se encuentran investidos de jurisdicción en este sentido.

Como dato adicional a lo expuesto en la parte final del párrafo que antecede, se debe aclarar que los funcionarios referidos no tienen la capacidad legal para captar la jurisdicción correspondiente ni siquiera en forma temporal o excepcional, en virtud de que estos no ostentan la calidad de funcionarios administrativos.

### **3.3.2. Instrumentalidad**

A partir de la Instrumentalidad como característica fundamental de la tutela cautelar judicial, se configura el hecho de que esta goza de la capacidad para alcanzar una meta propuesta o en el caso de la sustanciación de un proceso legal, para hacer cumplir con la resolución o sentencia de una autoridad jurisdiccional a fin de que se respeten los derechos generalmente de la sujeto procesal que impulsa el juicio.

En conclusión, la Instrumentalidad referida anteriormente da cuenta de la vía o método que constituye en sí para auxiliar y garantizar el cumplimiento de disposiciones judiciales y perfeccionar en este sentido la aplicación de la justicia.

### **3.3.3. Provisionalidad**

Para la Corte Constitucional colombiana en base a la cita hecha por el jurista Manuel Restrepo, "...las medidas cautelares son provisionales o contingentes, en la medida de que son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de una contragarantía por el sujeto afectado y, desde luego, cuando el derecho en discusión no se materializa; como consecuencia,

ellas se mantienen mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición.

La transitoriedad de la medida es admitida por la Corte Constitucional en relación con el cumplimiento de los acuerdos de cooperación judicial y asistencia mutua en materia penal, en tanto en cuanto uno de los Estados parte puede limitar la duración de la medida solicitada por otro, en cuyo evento debe notificar a la autoridad competente de la parte requirente, explicando su motivación”.<sup>34</sup>

#### **3.3.4. Sumariedad**

La Sumariedad del procedimiento inherente al perfeccionamiento práctico del tutelaje cautelar judicial, está determinada según el tratadista Andrés de la Oliva como la “...condición de los proceso que sirven para decidir sobre ciertos asuntos con limitación de los medios de alegación y prueba, por lo que el tribunal obtiene un conocimiento restringido sobre el mismo y dicta una resolución no dotada del efecto de cosa juzgada material. Tras los procesos sumarios es posible a las partes abrir otro proceso sobre el mismo asunto en los aspectos que no hayan sido ya enjuiciados en el proceso anterior”.<sup>35</sup>

Respecto de lo planteado, es importante destacar que la aplicación de medidas cautelares no se contraponen a lo dispuesto en las reglas generales del debido proceso, aunque su ejecución sea realizada con anterioridad a la ejecución del auto que las ordena, puesto que el fin e intencionalidad del poder judicial es brindar protección a los derechos de cada miembro de la sociedad.

---

<sup>34</sup> RESTREPO Manuel, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales, Perspectiva Constitucional sobre la Tutela Cautelar Judicial, Editorial Saberes, p. 9

<sup>35</sup> DE LA OLIVA Andrés, Garantías Fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo, 1ª edición, Colex Editorial, p. 29

### **3.3.5. Urgencia**

La urgencia del tutelaje cautelar judicial constituye una de las principales características de esta figura, puesto que en base a la misma es factible asegurar de mejor manera el cumplimiento de una garantía o un derecho.

En este sentido, ciertas determinaciones jurídicas manifiestan que los ordenamientos legales existen en gran parte como consecuencia y reconocimiento del comportamiento impredecible e imperfecto del ser humano, factor que hace necesario el hecho de imponer directrices coercitivas de ciertos comportamientos para el cumplimiento de obligaciones, esto porque es coherente deducir que algunos individuos no están dispuestos a respetar el ordenamiento vigente, dando como consecuencia la violación de derechos ajenos, circunstancia que a fin de cuentas es la que tiene que ser protegida de manera urgente.

### **3.3.6. Mutabilidad**

La mutabilidad como característica de tutela cautelar judicial le confiere al beneficiario de la misma, la capacidad de variar su ámbito de aplicación y los efectos que esta causa sobre el derecho protegido, en base a la supresión o modificación de las medidas que sean adoptadas para tal efecto.

En este sentido, es preciso manifestar que las referidas variaciones están sujetas inevitablemente a la voluntad del beneficiario, la cual depende de circunstancias exógenas a su persona, como el caso de la prestación de contragarantías por parte del agresor.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> JARAMILLO Lorenza, Las Garantías Jurisdiccionales como Arte del Debido Proceso, 1ª edición, Editorial Jims, p. 137

### **3.3.7. Preventividad**

En cuanto se refiere a esta característica, la Corte Constitucional colombiana ha dicho que "...las medidas cautelares se encaminan a asegurar que los bienes que van a ser objeto del proceso no vayan a ser ocultados, destruidos o enajenados por los afectados, haciendo nugatorio el fallo.

Esta característica de la preventividad es realizada por esa corporación en el derecho internacional de los derechos humanos, al sostener que las medidas cautelares tienen mayor significado en el derecho internacional de los Derechos Humanos, pues en esta materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares, en particular los de carácter regional, se consumen de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos".<sup>37</sup>

## **3.4. TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO COMPARADO**

Con la finalidad de estructurar un estudio integral respecto de la tutela cautelar como medida para garantizar el cumplimiento de un derecho, es preciso llevar a cabo un estudio comparativo sobre la temática en mención aplicada en legislaciones de otros países ubicados sobre todo en los de la región sudamericana, puesto que su injerencia se configura en sociedades muy parecidas a la ecuatoriana, tanto en aspectos de índole humano, como políticos, tecnológicos y de orden cultural.

---

<sup>37</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-558-03 de julio 10 de 2003

En tal virtud, se propone a continuación el siguiente estudio comparado:

#### **3.4.1. Argentina**

Doctrinariamente la tutela cautelar en el Derecho argentino se encuentra basada en la concepción práctica de que ésta, determina o configura su estructura a partir de una derivación directa de la tutela judicial efectiva, tal como sucede en el caso ecuatoriano, puesto que a partir de esta se busca otorgar una protección jurídica eficiente y capaz de cubrir con las necesidades personales o sociales que se presenten como controversia en un litigio legal.

Sin embargo de lo manifestado y la intencionalidad que se pretende conferir al instrumento en análisis, es importante precisar que la legislación de este país no prevé en términos de alcance general una organización o parámetros de índole reglamentario y mucho menos de leyes capaces de establecer una regularización y estandarización de la misma a nivel nacional, lo cual conlleva necesariamente a que cada jurisdicción administrativa o en este caso Estado que compone la República de Argentina, que para el efecto cuenta con una estructuración fiscal de carácter federal, tenga que implementar sus propias normas para regular los principios y formas de aplicación que se debe seguir para perfeccionar la tutela cautelar.

Este hecho contrario a la realidad jurídica del Ecuador en virtud de que a nivel local si se cuenta con un sistema cautelar generalizado y de aplicación integral en todo el territorio nacional, da como resultado que puedan presentarse circunstancias o casos análogos en los que una determinada medida cautelar conlleve diferentes efectos jurídicos para una persona u otra en el desarrollo de un proceso judicial, lo cual evidentemente da paso a prácticas que aunque de carácter involuntario,



conducen a actos de injusticia por parte de la administración y del poder estatal sobre los ciudadanos involucrados y sobre la sociedad en general y además, afectan severamente la obligación irrenunciable del Estado por configurar una tutela judicial efectiva.

En relación a lo expuesto de manera precedente, el analista jurídico Pedro Campos manifiesta que el legislador argentino ha pretendido en estos últimos años de algún modo subsanar las falencias legales en el Derecho Positivo vigente de ese país, que tienen su origen como consecuencia de vacíos normativos, para el efecto, sus acciones han girado en torno a la expedición de ciertas normas que procuren fijar directrices más o menos generales de la aplicación de la tutela cautelar a nivel nacional, las cuales se encuentran contenidas para el caso del ámbito administrativo, en el Código Procesal Civil y Comercial.<sup>38</sup>

Según el referido cuerpo legal, una persona en Argentina cuenta con la posibilidad de recurrir legalmente a ocho tipos diferentes de medidas cautelares para proteger sus derechos, los cuales se detallan a continuación:<sup>39</sup>

- Embargo preventivo.
- Secuestro.
- Intervención judicial.
- Inhibición general de bienes.
- La anotación de litis.

---

<sup>38</sup> CAMPOS Pedro, Introducción al Derecho Administrativo, 3ª edición, Ediciones Dike, p. 73

<sup>39</sup> Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, artículos 195 a 237

- La prohibición de innovar.
- La prohibición de contratar.
- La guarda de personas.

De forma adicional a las medidas señaladas en el esquema anterior, es necesario hacer referencia también a las medidas cautelares genéricas que consisten en los instrumentos jurídicos que sirven para garantizar y asegurar el efectivo cumplimiento de una sentencia o resolución de autoridad competente.

Como puede deducirse comparativamente del tema analizado y aunque como ya se manifestó, la aplicación de medidas cautelares en el caso argentino es mucho más ambiguo frente al caso ecuatoriano, mantiene cierta superioridad conceptual, por lo que es necesario plantear ciertas reformas legales en el país que permitan adoptar los aspectos más positivos y relevantes de la legislación extranjera con la finalidad de garantizar de mejor manera el aseguramiento de los derechos ciudadanos y consecuentemente la integridad de la sociedad.

### **3.4.2. Chile**

En cuanto al análisis de los instrumentos legales utilizados en Chile para ejercer una tutela cautelar, es preciso manifestar que mantiene avances más notorios que en el caso argentino e incluso se puede decir que en el caso ecuatoriano, puesto que a través de una serie de reformas legales que se han venido dando en estos últimos tres años, se ha logrado tecnificar y acelerar el proceso de aplicación de las medidas respectivas, con la finalidad de que las pretensiones inherentes a los particulares respecto de las reclamaciones judiciales que estos plantean en contra de las presuntas actuaciones ilegales o inconstitucionales de la

administración, no queden insubsistentes y por tanto se perfeccione la justicia, tal como lo manifiesta Federico Ríos en su obra Chile: Administración Estatal Eficiente, de lo Tradicional a lo Metódico.<sup>40</sup>

En este sentido, Carlos Marín manifiesta que la concepción de las medidas cautelares está cambiando en Chile, "...Esta concepción se construyó en base a la regulación contenida en el título V, del libro II, del Código de Procedimiento Civil, de donde se desprende que dos son las ideas matrices que destacan de esta construcción, por una parte, las medidas cautelares sirven para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor, y por otra, las medidas cautelares son esencialmente patrimoniales, esto es, que pretenden asegurar uno o más bienes en pos de una futura ejecución forzosa.

A tal efecto, manifiesta que en los últimos años, diversas tendencias jurídicas se han apartado de esta tradicional visión, que por su naturaleza no constituye un fenómeno particular al caso chileno, sino que se erige como una tendencia muy generalizada y uniforme a nivel mundial en donde también se encuentra incluida la legislación ecuatoriana y que además puede ser fácilmente apreciable en base al estudio del Derecho Comparado.

"...Es cierto que un buen sistema de medidas cautelares constituye un instrumento valioso del cual hoy en día los ordenamientos jurídicos no pueden prescindir, pero de allí a creer que estamos frente a una fórmula

---

<sup>40</sup> RÍOS Federico, Chile: Administración Estatal Eficiente, de lo Tradicional a lo Metódico, 1ª edición, Ediciones Calmei, p. 139 - 141

mágica que va a finalizar los múltiples problemas que aquejan a los procedimientos judiciales, hay largo trecho que recorrer”.<sup>41</sup>

El Derecho Positivo vigente en Chile, mantiene en cuanto se refiere a la normativa más importante de la tutela cautelar, disposiciones en el título quinto del segundo libro del Código de procedimiento Civil y mantienen por sus características una similitud muy notoria con la legislación ecuatoriana.

De manera particular a lo manifestado, es preciso señalar que la legislación chilena mantiene en cuanto a la aplicación de medidas cautelares para garantizar el tutelaje de los derechos de los ciudadanos, dos directrices básicas en las cuales se sustenta todo el sistema, estas son:

- Una finalidad conservativa.
- Una finalidad innovativa.

#### **3.4.2.1. Finalidad Conservativa**

La finalidad conservativa faculta o le confiere a la medida que se adopte, un carácter facilitador en cuanto se refiere al cumplimiento del resultado práctico de una ejecución forzada que emane de una sentencia o resolución judicial propia de la sustanciación de un proceso legal, impidiendo en este caso, la dispersión de los bienes que constituyen el objeto del mismo, esto es, del juicio.

---

<sup>41</sup> MARÍN Carlos, Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico Chileno, Su Tratamiento y algunas Leyes Especiales, Revista de Estudios de Justicia, N° 8, año 2006, p. 37

### 3.4.2.2. Finalidad Anticipativa

“...Esta finalidad ha sido la que más problema ha generado en la doctrina comparada. Así en el derecho español, a propósito de la regulación realizada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se había observado que: «Como antes se adelantó, la que se adopte como medida cautelar debe ser *semejante* (“parecida” u “homogénea”, si se quiere) a la medida ejecutiva que en su día deba acordarse para la efectividad de la sentencia.

De esta semejanza dependen por igual su utilidad y su licitud.

El legislador, cuando regula una medida cautelar o el Juez cuando la ordena apoyándose en una autorización genérica, deben intentar siempre obtener, para el caso concreto, este difícil equilibrio: adelantar, de un lado, el mayor número posible de actuaciones ejecutivas (para asegurar su eficacia), y poner extremo cuidado, de otro, *en que tales medidas no produzcan los perjuicios irreparables que causaría la ejecución de la sentencia, pues se estaría, entonces, adelantando la ejecución sin que exista título ejecutivo (o lo que es igual, sin que el demandante haya acreditado su derecho a la tutela, y sin que el juez esté facultado para penetrar en el patrimonio del deudor)*”.<sup>42</sup>

Adicionalmente, la tutela cautelar también se encuentra prevista en leyes especiales y ámbitos muy importantes para el desarrollo de la sociedad, con lo cual se busca garantizar un cumplimiento integral de los derechos de cada ciudadano en Chile, entre estos campos y leyes pueden mencionarse el derecho de familia, el derecho laboral el de propiedad industrial, entre otros.

---

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ Ramiro, Derecho Procesal Civil, tomo III, 3° edición, Ediciones Catalanas, p. 338 - 339

### **3.4.3. Perú**

La tutela cautelar en el Perú mantiene rasgos muy parecidos a los que son empleados por la administración de justicia en el Ecuador para garantizar los derechos de los ciudadanos, los cuales se encuentran contenidos en el Código Procesal Civil de ese país y que en términos generales buscan agilizar la efectivización de las garantías que se establecen en la Constitución, puesto que en este sentido, cabe señalar que las medidas cautelares se encuentran aseguradas jurídicamente en el marco constitucional, con la finalidad de proveer mayor eficacia a la hora de su aplicación.

Respecto de lo manifestado, es preciso recurrir a lo expuesto por Fernando de la Fuente, quien en su obra *La Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, determina que la constitucionalización de medidas cautelares configura un esquema de jerarquías en cuanto se refiere al accionar de la administración frente a la impugnación de sus decisiones, por el cual se le está otorgando a los particulares de manera tácita, una protección mucho más efectiva que la sustentada por una ley o peor aún por un simple reglamento.

En el desarrollo mismo de la actividad administrativa peruana y el tutelaje cautelar de los derechos correspondientes, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo determina con apego al Código Procesal Civil, que los facultativos de su ejercicio se encuentran sustentados en cuatro pilares básicos, estos son:

- Tiene al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como el eje central de su contenido.
- Propicia un Proceso Contencioso Administrativo a favor de los particulares.

- Establece un Proceso Contencioso Administrativo de “plena jurisdicción” o “subjetivo”; pues predica un control jurisdiccional plena de los actos administrativos que no se restringe a su solo control de legalidad, sino a un control que se supone brindar una efectiva tutela a los derechos e intereses de los administrados.
- Concibe al Proceso Contencioso Administrativo como un proceso distinto y autónomo respecto del proceso civil, pues la naturaleza de los conflictos que está llamado a resolver es absolutamente distinta a la naturaleza de los conflictos que está llamado a resolver el proceso civil.

Como ya se manifestó anteriormente, la regulación de las medidas cautelares se encuentra sujeta a la regulación establecida en el Código Procesal Civil, tanto es así que la Ley 27584 tiene una remisión expresa al referido cuerpo normativo.

“...Sin embargo, tiene algunas particularidades que vale la pena destacar:

- La primera de ellas es establecer que si bien es cierto que se requiere de la verosimilitud del derecho para que se conceda la medida cautelar, se dispone el principio de presunción de legalidad de un acto administrativo, lo cual no puede ser un obstáculo para la concesión de una medida cautelar.

Al respecto, es necesario puntualizar que iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera

posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.

Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados”.<sup>43</sup>

### **3.5. DE LAS CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS**

A lo largo del tiempo en la doctrina se han establecido una extensa serie de postulados, en virtud de los cuales se ha pretendido determinar un estándar de aplicación en cuanto se refiere a medidas cautelares frente a la actividad de la administración estatal, razón por la cual no ha sido posible llegar a un acuerdo frente a qué tipo de medidas constituyen o no instrumentos de tutelaje en este ámbito.

---

<sup>43</sup> <http://www.americareporte.com/noticias/sociedad/1611291.php>, consultado el 6 de noviembre de 2010



Sin embargo de lo manifestado, existen posiciones con mayor relevancia que otras por lo que es preciso hacer referencia de estas, tal es el caso de Francisco González quien propugna que las medidas cautelares deben estar caracterizadas por el efecto de la universalidad respecto de su aplicación ya que en base a esta, los poderes públicos cuentan con la capacidad de adoptar cualquier tipo de medida sea esta, nominada o innominada, que faculte el perfeccionamiento de la resolución o sentencia que emane de autoridad competente y que recaiga a futuro, sobre el fondo para poner fin a la cuestión litigiosa.<sup>44</sup>

Al hablarse de universalidad por parte del autor citado, se lo está haciendo en dos sentidos, el primero que se refiere a la afirmación de potestad propia que emana de los órganos jurisdiccionales y de las autoridades competentes en la resolución de un litigio judicial como ente encargado por mandato de ley para ejecutar la función de tutelaje cautelar.

El segundo sentido se encuentra directamente relacionado con la naturaleza de la potestad señalada en el párrafo precedente, esto es, al alcance y los efectos que esta debe tener.

Por otra parte, se ha establecido una posición doctrinaria diferente a la señalada, frente a la clasificación de las medidas cautelares en el ámbito administrativo, que a diferencia de la anterior que se encuentra enfocada o regentada en términos demasiado generales, basa su estructura en determinaciones mucho más específicas y que garantizan ciertamente una comprensión y aplicación mucho más eficiente de la temática en análisis.

---

<sup>44</sup> GONZÁLEZ Francisco, Cincuenta Años de Procedimiento Administrativo en un Mundo Cambiante, 1ª edición, Editorial Iustel, p. 279 - 280

En este sentido, debido a relevancia y compatibilidad que dicha clasificación mantiene con el desarrollo de la presente investigación, se establecen los siguientes parámetros conceptuales respecto de las medidas cautelares administrativas.

### **3.5.1. Suspensión del Acto Administrativo**

La suspensión del acto administrativo conlleva una paralización temporal o transitoria de la eficacia de un acto de naturaleza puramente fiscal, sin embargo, la simple enunciación de suspensión debe estar complementada obligatoriamente para perfeccionarse a nivel legal, por la invocación y configuración de un acto que por sus características quebrante de manera ostensible una norma vigente en el Derecho Positivo de la legislación que se trate y que además, sea susceptible de comprobación mediante las reglas comúnmente aceptadas para tal efecto por el régimen jurídico.

En cuanto se refiere a la comprobación hecha referencia, cabe señalar que se circunscribe según doctrina e incluso según jurisprudencia tal como lo manifiesta el tratadista venezolano Martín Salvador, ésta en el modo que sea fundamentado por la parte demandante se constituye como un factor suficiente para dar por cumplido dicho requisito por parte de la sala o autoridad competente que conozca de la causa respectiva, debido a que se tornan sumamente evidentes las implicaciones legales y de carácter económico que el acto en cuestión tiende a causar o causaría a la parte actora.<sup>45</sup>

Desde una perspectiva más técnica, es preciso señalar que la suspensión del acto administrativo como medida cautelar, procura

---

<sup>45</sup> SALVADOR Martín, El Acto Administrativo en el Nuevo Ordenamiento Legal de Venezuela, 2ª edición, Editorial Bolivariana, p. 127 - 128

estructurar una garantía integral respecto del cumplimiento de un posible pronunciamiento estimatorio de la pretensión que se halla contenida en la demanda, lo cual como ya fue determinado anteriormente, le confiere la naturaleza cautelar.

En este sentido, dicho carácter establece inequívocamente la configuración de factores basados en hechos reales que dan como resultado consecuentemente, una limitación que se basa en la existencia de perjuicios de imposible o por lo menos de difícil resarcimiento.

Frente a lo manifestado, Pedro Mendieta en sus comentarios monográficos titulado “La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales”, se expresa en los siguientes términos: “...Este límite estructural a la operatividad de la suspensión no es habitualmente señalado por los estudiosos del tema, que critican, en base a esta omisión, el uso restrictivo por los Tribunales de la medida.

Además, la eficacia de la suspensión viene lastrada por un amplio conjunto de causas que, en ocasiones, son intrínsecas a la propia figura y, en otras, consecuencia del momento procesal en que se suele solicitar su adopción”.

### **3.5.2. Medidas Cautelares Innominadas**

Las medidas cautelares innominadas constituyen aquel tipo de acción dictado por el legislador con la finalidad de que la parte vencedora en una contienda judicial, quede protegida y garantizada en cuanto se refiere al cumplimiento efectivo de los derechos que motivaron la contienda.

A tal efecto, debido a la enorme relevancia que mantiene este tipo de medidas en torno a la administración de justicia y por la suma importancia para el desarrollo de esta investigación, cabe destacar el origen de estas en el ámbito jurídico, esencialmente en lo que se relaciona con la actividad administrativa.

En este sentido, debe destacarse que el perfeccionamiento práctico y concreción de los objetivos por los cuales han sido creadas estas medidas, se remite de modo imperativo al cumplimiento de los requisitos que en tal virtud se han establecido en la normativa legal vigente de un país, de tal modo, es posible destacar que la adopción de estos instrumentos o acciones se erigen como medios importantes para el aseguramiento de ciertos derechos, esto por considerarse como un hecho efectivo en el caso de un juicio o sustanciación de un proceso en el que se reconozca su existencia.

Siguiendo este mismo razonamiento, se torna factible la posibilidad de recurrir a las mismas pese a que el ordenamiento jurídico referido anteriormente no contemple disposiciones o directrices expresas conducentes a la protección de un derecho, ya que en sí mismas, su naturaleza se remite a la obligación legal del Estado por brindar un tutelaje efectivo a los ciudadanos que lo componen, frente a hechos derivados de sus actividades.

Entonces, pese a que una acción atentatoria no encuadre dentro de los tipos establecidos en la legislación correspondiente, pueden ser ordenados y solicitados como consecuencia de su naturaleza, la cual se enfoca directamente en asegurar de manera provisional la efectividad de un derecho.

En la doctrina se ha establecido que se pueden destacar la existencia de los extremos legales exigidos, "...donde puede decretarse la

medida, previa constitución de una garantía para responder de los daños y perjuicios que ésta pueda producir a la parte contra quien obre la medida, como una consecuencia del libre ejercicio de las partes en un proceso de acuerdo al debido proceso; y ello implica una serie de derechos semejantes a lo que existe en las constituciones del mundo y que son efecto de la época en que el absolutismo privaba de toda garantía de defensa en relación con los derechos fundamentales especialmente con el derecho a la tutela efectiva constitucional, consolidándose para un estudio exhaustivo para facilitar la obtención de una visión amplia de la institución, con el propósito de utilizarla debidamente y lograr los beneficios que de ella se generan; a favor de una administración de justicia transparente, humana y justa”.<sup>46</sup>

### **3.5.3. Medidas Cautelares Positivas**

Frente a la determinación de los parámetros referentes a las medidas cautelares positivas, cabe señalar que estas se encuentran establecidas expresamente en el ordenamiento jurídico de un Estado, lo cual implica de manera necesaria que se contraponen en forma muy notoria a las medidas cautelares innominadas, aunque su finalidad sea la misma, esto es, garantizar el eficaz y efectivo cumplimiento de los derechos de un ciudadano en base a las garantías estipuladas en la ley respectiva.

En base a la aplicación de este tipo de medidas, las autoridades competentes buscan perfeccionar la intencionalidad legislativa de proteger a las personas de un modo integral y con respaldo de los facultativos que permite aplicar en la práctica la denominada tutela judicial efectiva con la finalidad de impedir que se torne inviable ejercitar el interés

---

<sup>46</sup> <http://www.buenastareas.com/ensayos/Medidas-Innominadas/248588.html>, consultado el 7 de noviembre de 2010

y más propiamente dicho, el derecho legítimo por el cual se impulsa o excita el desarrollo de un procedimiento judicial.

En este sentido, los criterios a ser tomados en cuenta para la adopción de medidas cautelares son los detallados en el siguiente esquema:

- La existencia de periculum in mora como presupuesto esencial básico, esto es, que la ejecución del acto ocasione al administrado, daños o perjuicios de difícil o imposible reparación.<sup>47</sup>
- La ponderación circunstanciada de todos los intereses enfrentados en el proceso.
- El juicio cautelar es un juicio ponderativo que está llamado a alcanzar un difícil equilibrio entre los intereses en conflicto, por una parte, la producción con la ejecución de daños o perjuicios de reparación imposible o difícil y, por otra, y ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud según el grado en que ese interés se encuentre en juego.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Periculum in Mora.- Esto **significa** que debe alegarse el temor de un daño jurídico posible, inmediato o inminente.

<sup>48</sup> TRINIDAD Luisa, MARTÍN Jaime, Una Forma Nueva de Ordenar la Inmigración en España: Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su Reglamento de Desarrollo, 1ª edición, Editorial Lex Nova, p. 280

## **CAPÍTULO 4**

### **4. DEL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR**

#### **4.1. LEYES QUE REGULAN A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

La jurisdicción contenciosa administrativa constituye un instrumento de accionar fiscal que guarda una importancia capital en el desarrollo de las actividades personales, sociales y del Estado en general, ya que está estructurada en base a principios de índole técnica y operativa que buscan en última instancia concretar una excelencia y eficiencia como características de la administración de justicia en el Ecuador.

Es importante acotar que sobre todo durante las últimas tres décadas de vida republicana, en el país se ha venido reforzando un nexo o vínculo entre los administrados y los poderes estatales mediante la experimentación de muy consistentes transformaciones que han dado como resultado una actual relación sustentada por el desarrollo, la libertad, la pluralidad y el acceso más oportuno a las instancias respectivas por parte de los ciudadanos.

En virtud de las complejas relaciones que se han configurado en el entorno jurídico y en sí como emanación directa de la actividad administrativa, el legislador ha creído pertinente en conjunción con el Poder Ejecutivo establecer un marco normativo integral que procure regular adecuadamente la misma.

A tal efecto, cabe señalar que los cuerpos legales más importantes en torno a la temática analizada en el presente capítulo son los detallados a continuación:

- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Tribunales de lo contencioso y actos del consejo de la judicatura.
- Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal.
- Forma de contar los términos en juicios de procedimiento contencioso.
- Competencia de Tribunales Contencioso en asuntos de art 217 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- Competencia territorial del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.
- Abandono de la instancia en juicios contenciosos.
- Ley de Régimen Administrativo.
- Reclamo administrativo previo.
- Recursos respecto a un acto administrativo de carácter general.

Como puede apreciarse de lo señalado en el esquema referencial planteado anteriormente, tanto la actividad estatal como los administrados, cuentan con una extensa gama de normativas de varias naturalezas, esto es, reglamentaria, legal, acuerdos, decretos, entre otros.



## 4.2. CASO PRÁCTICO

**INFORME N° 62/04**  
PETICIÓN 167/03  
ADMISIBILIDAD  
PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU Y SUS MIEMBROS  
ECUADOR  
13 de octubre de 2004

1. El 19 de diciembre de 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Comisión Interamericana”, la “Comisión” o la “CIDH”) recibió una petición presentada por la Asociación de Pueblos Kichwa de Sarayaku, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, (CEJIL) y el Centro de Derechos Económicos y Sociales, (CDES) (en adelante los “peticionarios”) en la cual se alega la responsabilidad de la República de Ecuador (en adelante, el “Estado” o el “Estado ecuatoriano”) en perjuicio del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros, (en adelante el “pueblo kichwa de Sarayaku” o el “pueblo de Sarayaku”).

2. Los peticionarios alegan que el Estado es responsable de una serie de actos y omisiones en perjuicio del pueblo kichwa de Sarayaku porque ha permitido que una empresa petrolera realice actividades en el territorio ancestral del pueblo Sarayaku, sin su consentimiento, ha perseguido a sus dirigentes y ha negado la protección judicial y el debido proceso al pueblo de Sarayaku, además, el Estado ha permitido la violación sistemática de los derechos del pueblo Sarayaku por parte de terceros. Por lo anterior, alegan que el Estado es responsable por la violación de los derechos fundamentales, individuales y colectivos, del pueblo de Sarayaku y sus miembros, que constituyen violación al derecho a la propiedad (artículo 21), a la protección judicial (artículo 25), al debido proceso (artículo 8), a la libre circulación (artículo 22), a la integridad personal (artículo 5), a la libertad y seguridad personal (artículo 7), a la vida (artículo 4), a la asociación (artículo 16), a la participación política (artículo 23), a la libre expresión (artículo 13), a la personalidad jurídica

(artículo 3), a la libertad de religión y creencias (artículo 12), a los derechos del niño (artículo 19), a la igualdad (artículo 24), a la salud y a la cultura (artículo 26, en concordancia con los artículos XI y XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención Americana” o la “Convención”). Además, alegan que el Estado ha violado sus obligaciones generales de respetar y garantizar los anteriores derechos (artículo 1(1) y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacerlos efectivos (artículo 2), ambos de la Convención Americana.

3. Por su parte, el Estado manifiesta que la petición es inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna en atención a que los peticionarios habrían interpuesto un recurso de amparo constitucional que no es el adecuado ni eficaz para solucionar la situación supuestamente infringida, debiendo haber interpuesto un recurso contencioso administrativo.

4. La Comisión concluye en el presente informe, sin prejuzgar sobre el fondo de la cuestión, que la petición es admisible de conformidad con lo establecido por los artículos 46 y 47 de la Convención, y que continuará con el análisis respecto a las presuntas violaciones de los artículos 4, 5, 7, 8, 12, 13, 16, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26 en concordancia con los artículos 1(1) y 2 del mismo instrumento. Además, decide notificar la decisión a las partes y publicarlo en su Informe Anual.

## **II. TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN**

### **A. Petición**

5. La petición fue presentada ante la Comisión Interamericana el 19 de diciembre de 2003 y registrada bajo el número P167/03. El 18 de

febrero de 2004 la Comisión procedió a transmitir al Estado copias de las partes pertinentes de la denuncia para que presentara sus observaciones dentro de un plazo de 60 días, de conformidad con el artículo 30(2) del Reglamento de la CIDH. El 30 de abril de 2004 la Comisión otorgó al Estado una prórroga de un mes para la presentación de las observaciones

6. El 2 de junio de 2004 el Estado presentó sus observaciones las que fueron transmitidas a los peticionarios el 7 de junio de 2004, con un plazo de 30 días para que presentaran sus consideraciones. El 2 de julio de 2004 los peticionarios presentaron sus observaciones, dándose traslado al Estado el 8 de julio de 2004 para que aportara sus observaciones dentro de un término de 30 días.

#### **B. Medidas Cautelares**

7. El 3 de marzo de 2003, Franco Viteri, Presidente de la Comunidad Indígena de Sarayaku y la Comisión Interinstitucional Ecuatoriana, solicitaron a la Comisión la adopción de medidas cautelares para proteger el derecho a la vida, a la integridad personal, al debido proceso y a la propiedad privada de la comunidad indígena de Sarayaku y específicamente la vida e integridad personal de los dirigentes Franco Viteri, José Gualinga, Francisco Santi y Cristina Gualinga.

8. El 7 de marzo de 2003 la Comisión solicitó al Estado ecuatoriano información respecto a la petición de medidas cautelares. En nota recibida el 13 de marzo de 2003, la Comisión Interamericana fue informada que los representantes de los peticionarios a partir de la fecha mencionada serían el Centro de Derechos Económicos y Sociales, (CDES) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, (CEJIL). El 23 de abril de 2003 el Estado solicitó la ampliación del plazo para presentar información. El 24 de abril del 2003 los peticionarios reiteraron la solicitud de medidas

cautelares, acompañaron información adicional e informaron la situación de peligro inminente de daño irreparable que vivía el pueblo de Sarayaku y la situación de amenazas continua en contra de los dirigentes Franco Viteri, José Gualinga, Francisco Santi y Cristina Gualinga. Dicha información fue transmitida al Estado el 25 de abril de 2003, otorgándosele un plazo de 5 días para que presentara sus observaciones. El Estado no contestó.

9. El 5 de mayo de 2003 la CIDH solicitó al Estado ecuatoriano la adopción de las siguientes medidas cautelares:

- Adoptar todas las medidas que considere necesarias para asegurar la vida y la integridad física, psíquica y moral de los miembros de la comunidad indígena de Sarayaku, en especial a Franco Viteri, José Gualinga, Francisco Santi, Cristina Gualinga, Reinaldo Alejandro Gualinga y las niñas que podrían estar siendo objeto de amenazas o amedrentamiento por parte de personal del ejército o de civiles ajenos a la comunidad.
- Investigar los hechos ocurridos el 26 de enero de 2003 en el campo de paz y vida Tiutilhualli de la Comunidad de Sarayaku y sus consecuencias. Juzgar y sancionar a los responsables.
- Adoptar las medidas necesarias para proteger la especial relación de la Comunidad Sarayaku con su territorio.
- Acordar las medidas cautelares en consulta con la comunidad y sus representantes ante el sistema interamericano de derechos humanos.

10. La Comisión otorgó al Estado un plazo de 15 días para que informara sobre la adopción de las medidas dictadas.

11. El 2 de junio de 2003 los peticionarios presentaron información adicional la cual fue trasladada al Estado el 5 de junio de 2003. El 13 de junio de 2003 el Estado solicitó ampliación del plazo para presentar sus observaciones a la información presentada por los peticionarios, la cual fue otorgada. El 17 de junio de 2003 el Estado presentó sus observaciones trasladándose a los peticionarios el 18 de junio del 2003. El 26 de junio de 2003 el Estado presentó a la Comisión información adicional. El 18 de julio de 2003 los peticionarios presentaron información adicional, la que fue transmitida al Estado el 6 de agosto del 2003. El 24 y 30 de septiembre de 2003 el Estado presentó información adicional sobre la adopción de las medidas cautelares la cual fue transmitida a los peticionarios el 7 y 8 de octubre del 2003, respectivamente.

12. En el marco del 118º período ordinario de sesiones de la CIDH, el 16 de octubre de 2003 se realizó una audiencia donde asistieron las partes, ocasión en la cual los peticionarios solicitaron la extensión de las medidas cautelares.

13. El 17 de diciembre del 2003 la Comisión informó al Estado sobre la extensión de las medidas cautelares por 6 meses y le solicitó la presentación de información sobre su implementación en un plazo de 15 días. El 12 de enero 2003 el Estado solicitó a la Comisión ampliación del plazo para presentar la información solicitada, la cual fue concedida por un período de 15 días.

14. El 3 de marzo de 2003, en el marco de 119º período ordinario de sesiones, se celebró una reunión de trabajo a la cual no asistió el Estado, a pesar de haber sido debidamente notificado.

### **C. Medidas Provisionales**

15. El 8 de abril de 2004 los peticionarios presentaron información adicional y pidieron a la Comisión que solicitara a la Corte Interamericana de Derechos Humanos medidas provisionales. En la misma fecha la Comisión remitió las partes pertinentes de la solicitud al Estado y le pidió que presentara información dentro de un plazo de 5 días. El 23 de abril 2004 el Estado solicitó una prórroga de un mes la que fue concedida.

16. El 29 de abril de 2004 los peticionarios reiteraron la solicitud de medidas provisionales a favor del pueblo indígena de Sarayaku y la adopción de las medidas cautelares a favor de José Serrano Salgado, representante legal del pueblo de Sarayaku. El 30 de abril de 2004 la Comisión solicitó al Estado la ampliación de las medidas cautelares para José Serrano Salgado y para los miembros de la organización Centro de Derechos Económicos y Sociales, (CDES) y le pidió que informara, en el plazo de 15 días, sobre su implementación. El Estado presentó su respuesta el 28 de mayo del 2004 la cual fue transmitida a los peticionarios el 8 de junio de 2004. Los peticionarios presentaron sus observaciones a la respuesta del Estado el 9 de junio de 2004.

17. El 15 de junio de 2004 la CIDH sometió a la consideración de la Corte Interamericana, de acuerdo con los artículos 63(2) de la Convención y 25 del Reglamento de la Corte, una solicitud de adopción de medidas provisionales a favor del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y sus miembros.

18. El 6 de julio de 2004 la Corte Interamericana ordenó medidas provisionales y resolvió requerir al Estado ecuatoriano para que adoptara, sin dilación, las medidas que fueran necesarias para proteger la vida e integridad personal de los miembros del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y de quienes ejercen su defensa en los procedimientos

requeridos ante las autoridades; garantizara el derecho de libre circulación de los miembros de Sarayaku e investigara los hechos que motivaron la adopción de medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes.

### **III. POSICIÓN DE LAS PARTES**

#### **A. Posición de los peticionarios**

19. Los peticionarios sostienen que el Estado ecuatoriano ha vulnerado los derechos fundamentales, individuales y colectivos de los miembros del pueblo indígena Sarayaku por las acciones directas de agentes estatales destinadas a apoyar a una compañía petrolera para incursionar en el territorio ancestral de Sarayaku en forma inconsulta; perseguir a los dirigentes de Sarayaku y negar la protección judicial y el debido proceso legal al pueblo de Sarayaku. Asimismo, alegan que el Estado es responsable por omisión, al permitir, con su consentimiento, la violación sistemática de los derechos fundamentales del pueblo de Sarayaku por parte de una compañía petrolera y sus trabajadores.

20. Por lo anterior, denuncian los peticionarios que el Estado ecuatoriano ha violado en perjuicio del pueblo indígena de Sarayaku y sus miembros los siguientes derechos consagrados en la Convención Americana: a la propiedad privada, a la protección judicial, a las garantías judiciales, a la circulación, a la integridad personal, a la libertad personal, derecho a la vida, a la libertad de asociación, derecho a la participación política, derecho a la libre expresión, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la libertad de religión y creencias, derechos del niño, derecho a la igualdad ante la ley y derechos a la salud y a la cultura, éste último en concordancia con los artículos XI y XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Además, alegan que el Estado ha violado sus obligaciones generales de respetar y

garantizar los anteriores derechos (artículo 1(1) y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacerlos efectivos (artículo 2), ambos de la Convención Americana.

21. Los peticionarios señalan que el pueblo kichwa de Sarayaku está ubicado en la provincia amazónica de Pastaza, en el centro sur de la región amazónica de la República del Ecuador, constituye uno de los asentamientos históricos del pueblo indígena kichwa y tiene aproximadamente 1.200 miembros. Está organizado en la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku (Tayja Saruta) que comprende los centros poblacionales Shiguacoca, Chontayaku, Sarayakillo, Cali Cali, Teresa Mama, Llanchama y Sarayaku Centro y su territorio ancestral es de 135.000 hectáreas que son parte de las 254.625 hectáreas cohabitadas con el pueblo kichwa de Boberas, ocupando así cerca del 43% del área correspondiente a la cuenca del río Bobonaza. Este territorio fue reconocido por el Estado ecuatoriano legalmente en el año 1992 a través de la entrega de un título de dominio territorial.

22. En el año 1996, el Estado ecuatoriano firmó un contrato de participación con la empresa argentina llamada Compañía General de Combustible (en adelante la "CGC" o la "empresa petrolera"), para la exploración y explotación petrolera de 200.000 hectáreas en la provincia de Pastaza, en una área denominada "Bloque 23". El 65% de este bloque abarca el territorio ancestral y legal del pueblo indígena de Sarayaku. Alegan los peticionarios que el contrato de participación entre el Estado y la empresa petrolera, se realizó sin respetar los procedimientos reglamentarios, constitucionales y convencionales establecidos en el derecho nacional e internacional. Además no se consultó al pueblo indígena de Sarayaku ni se cumplió con el requisito de obtener su consentimiento libre e informado para la realización de actividades extractivas en su territorio.



23. Informan los peticionarios que, pese a que la fase de exploración debía empezar en 1997 según el contrato de concesión, la CGC no comenzó la fase de prospección sísmica hasta noviembre de 2002, cuatro años después de que entrase en vigor la nueva Constitución Política ecuatoriana y tres años después de la entrada en vigor del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante el “Convenio 169 de la OIT”). Afirman los peticionarios que, de conformidad con la nueva Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT, el Estado estaba obligado a tomar todas las medidas necesarias para respetar y garantizar los derechos del pueblo kichwa de Sarayaku a su territorio, incluidas las obligaciones de consultarlo, de facilitar su participación en todas las decisiones, y de buscar su consentimiento libre e informado, antes de comenzar la actividad de exploración.

24. Los peticionarios expresan que a partir del año 2002, momento en el cual la empresa petrolera comienza a realizar la fase de prospección sísmica en el territorio de Sarayaku, se intensifican una serie de violaciones a los derechos humanos fundamentales del pueblo de Sarayaku de magnitud tal que el 25 de noviembre del 2002, el Gobernador de la Provincia de Pastaza, la Comandancia de la Provincia de Pastaza, la Asociación de Sarayaku, la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana, (CONFENIAE) y la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza, OPIP, suscribieron un acuerdo por el cual la empresa CGC se comprometió a respetar los derechos del pueblo de Sarayaku.

25. El 27 de noviembre de 2002 el pueblo de Sarayaku fue declarado bajo protección de la Defensoría del Pueblo de Ecuador por medio de una resolución donde se expresa que “todas las autoridades, funcionarios públicos y personas naturales y jurídicas deberán observar, respetar, asistir y garantizar los derechos que le pertenecen a la mencionada

comunidad de Sarayaku y todos sus miembros; en particular mantener, desarrollar y fortalecer su identidad en el orden cultural y más elementos de su nacionalidad, como para la conservación de la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias de Sarayaku y al permanente uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales”.  
Agrega la resolución:

Ninguna persona ni autoridad o funcionario podrán impedir el libre tránsito, circulación, navegación e intercomunicación de los miembros pertenecientes a Sarayaku por todas las tierras, ríos, que ellos requieran y necesiten realizar en legítimo derecho. Quien obstruya, se oponga, impida o limite el derecho de libre tránsito y circulación los miembros de esta comunidad estarán sujetos a la imposición de las penas y sanciones que establece la ley del Ecuador.

26. A pesar de la resolución del Defensor del Pueblo, denuncian los peticionarios que entre noviembre del 2002 y febrero de 2003, trabajadores y guardias de la empresa petrolera, con la aquiescencia de miembros de las Fuerzas Armadas, incursionaron en el territorio de Sarayaku y destruyeron bosques, fuentes de alimentación, medicinas y legado cultural. Además, en este período hubo una serie de amenazas, agresiones, detenciones ilegales y abusos contra miembros del pueblo de Sarayaku que constituyen sistemáticas violaciones a los derechos fundamentales del pueblo indígena de Sarayaku y sus miembros.

27. Entre los hechos planteados se expresan los siguientes: El 13 de enero de 2003, trabajadores de la empresa petrolera, en el lugar llamado Jatún Molino, agredieron a miembros de Sarayaku que se trasladaban en canoas por el río Bobonaza disparándoles desde las orillas del río, posteriormente cerraron el paso del río, tumbando árboles e impidiendo el paso normal de Sarayaku. El 25 de enero del 2003, en el marco de la realización de un operativo militar en el territorio Sarayaku, fueron

detenidos y torturados los dirigentes indígenas de Sarayaku Elvis Gualinga, Marcelo Gualinga, Reinaldo Gualinga y Fabián Grefa por militares ecuatorianos, agentes de la policía y personas de seguridad contratadas por la CGC. El 26 de enero de 2003 miembros del Ejército ecuatoriano atacaron con armas de fuego el Campamento de Paz y Vida en Panduro, dentro del territorio de Sarayaku integrado por aproximadamente 60 indígenas, entre ellos mujeres, niños, ancianos y hombres, quienes vigilaban que los obreros de la empresa petrolera no ingresaran en su territorio. El 28 de enero de 2003 obreros de la empresa petrolera, acompañados por miembros del Ejército ecuatoriano, continuaron con actividades de prospección sísmica en el sector denominado Rotuno Yaku (Guayacán), considerada área sagrada por el pueblo de Sarayaku. El 29 de enero del 2003, dos niñas menores de edad fueron interceptadas por una patrulla del Ejército, acompañada de trabajadores de la empresa petrolera y fueron amenazadas por los trabajadores de la empresa, quienes habrían instado a miembros del Ejército a violarlas. Los peticionarios denuncian que antes de ser liberadas, las niñas fueron objeto de abusos deshonestos. El 4 de diciembre de 2003 aproximadamente 120 personas del pueblo Sarayaku, incluidas mujeres y niños, que se desplazaban sobre el río Bobonaza en dirección a la ciudad de Puyo para participar de una marcha para denunciar la política petrolera del Gobierno, fueron atacadas y agredidas por asalariados de la compañía CGC. En esta ocasión los indígenas fueron golpeados con palos, piedras y machetes y sus pertenencias fueron destruidas a machetazos. Como consecuencia muchos habitantes de Sarayaku sufrieron heridas de gravedad y cuatro personas, incluido un niño, habrían sido retenidas por los agresores y liberadas al día siguiente.

28. Agregan los peticionarios que el 1º de marzo del 2004 fue asaltado y agredido físicamente con puñetazos y patadas, Marlon Santi, Presidente de Sarayaku, quien se disponía a viajar a Washington D.C., a una reunión de trabajo convocada por la Comisión y el 23 de abril de 2004 José

Serrano Salgado, abogado y representante legal del pueblo de Sarayaku, fue agredido y asaltado por tres hombres armados y encapuchados quienes lo amenazaron con una pistola en la cabeza advirtiéndole que abandonara sus actividades en pro de los indígenas de Sarayaku.

29. Según los peticionarios, desde 1996 existe una política de hostigamiento y amedrentamiento, que se intensificó a partir del mes de noviembre de 2002, en contra de pueblo de Sarayaku y de las personas que apoyan la defensa de sus derechos, por su posición frente a la realización de actividades de exploración y explotación petrolera dentro del territorio ancestral del pueblo kichwa de Sarayaku. Expresan que las incursiones dentro del territorio de Sarayaku han causado graves daños a la vida de la comunidad, las detonaciones de explosivos han destruido importantes extensiones de bosques, fuentes de agua, cuevas, ríos subterráneos, sitios sagrados y han causado la migración de los animales a sitios más apartados. La siembra de explosivos en áreas tradicionales de caza han puesto en riesgo la vida de sus habitantes, han imposibilitado la búsqueda de alimentos, han alterado el ciclo de vida y ha privado a las familias de fuentes de alimentación. Además, expresan que el pueblo indígena de Sarayaku se ha visto afectado en el derecho de uso y goce de su tierra y en la relación especial que tiene con la misma, específicamente, afectándose su subsistencia como pueblo por verse impedido de procurarse alimentación básica, medicina tradicional, salud y transmitir el legado cultural a las nuevas generaciones.

30. Agregan los peticionarios que también se han vulnerado las estructuras políticas tradicionales del pueblo de Sarayaku, a través de las amenazas, persecuciones, torturas físicas, psíquicas y morales dirigidas en contra de sus miembros y especialmente de sus dirigentes por expresar su oposición a la política petrolera del Estado.

31. En relación con el agotamiento de recursos internos informan los peticionarios que el 28 de noviembre de 2002 la OPIP presentó un recurso de amparo constitucional ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza en contra de la empresa CGC en el que solicitaron se suspendieran las actividades hidrocarburíferas en el bloque 23 y basaron la solicitud en las normas de la Constitución de Ecuador. Señalan los peticionarios que el recurso de amparo se fundó en el ingreso de trabajadores de la empresa petrolera al territorio Sarayaku para iniciar actividades de exploración petrolera sin consultar previamente a las autoridades del pueblo indígena afectado. El juez como medida precautoria, ordenó el 29 de noviembre de 2002 suspender *“cualquier acción actual o inminente que afecte o amenace los derechos que son materia del reclamo”*. La medida precautoria a la fecha se encuentra vigente y el recurso de amparo pendiente de resolver.

32. Expresan los peticionarios que el recurso de amparo constitucional interpuesto ante la jurisdicción interna es el recurso adecuado y eficaz, en los términos de lo requerido por el artículo 46 de la Convención Americana.

33. Respecto de la afirmación del Estado ecuatoriano en el sentido de que el recurso de amparo constitucional no era el recurso adecuado para solucionar la situación jurídica supuestamente infringida, y sí lo era el recurso contencioso administrativo, los peticionarios manifiestan que el Estado ecuatoriano, con este argumento, no reconoce la inminencia y la gravedad del daño a los derechos humanos y constitucionales a que fueron expuestos los miembros del pueblo indígena de Sarayaku a causa de acciones y omisiones ilegítimas del Estado y las compañías petroleras que operaban en su territorio, es decir, los principales elementos que distinguen el amparo constitucional del recurso contencioso administrativo. Agregan además que el Estado no reconoce que el propósito central del pueblo indígena de Sarayaku en entablar una acción

de amparo constitucional no era solicitar la nulidad del contrato de concesión celebrado entre el Estado y la empresa petrolera, sino hacer cesar la intromisión inconsulta e inconstitucional en su territorio legal y ancestral, la que violó sus derechos consagrados en la Constitución ecuatoriana y en tratados internacionales, incluyendo la Convención Americana.

## **B. Posición del Estado**

34. El Estado por su parte, en nota recibida por la Comisión Interamericana el 2 de junio de 2004, manifiesta su posición en cuanto a aspectos procesales de la petición interponiendo la excepción de no agotamiento de recursos internos y señala la inexistencia de obligaciones del Estado ecuatoriano con respecto al Convenio 169 de la OIT, para finalmente solicitar se declare inadmisibile la petición y se proceda a su archivo.

35. En relación con aspectos procesales, el Estado interpuso la excepción de no agotamiento de recursos internos y señala cuáles son los recursos que debieron agotarse y cuál es su efectividad, en atención a lo sostenido por la Corte Interamericana en el sentido de que el Estado que alegue la falta de agotamiento de recursos internos tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad.

36. Sostiene el Estado que el recurso utilizado por los peticionarios no era el adecuado y eficaz para solucionar la situación jurídica supuestamente infringida porque el objetivo de la acción de amparo es cautelar y tiene por finalidad “hacer cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo” que viola un derecho garantizado por la Constitución o los tratados internacionales,

según lo que dispone el artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador, que establece lo siguiente en sus dos primeros incisos:

Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.

37. Agrega el Estado que la naturaleza cautelar de la acción de amparo implica que, de aceptarse el recurso de amparo, corregida la violación constitucional, la autoridad pública puede actuar nuevamente sobre el asunto, siempre que lo haga constitucionalmente. En consecuencia la acción de amparo constitucional está concebida para que el juez de primera instancia, de creerlo necesario, adopte medidas urgentes para evitar un daño y no como se pretende en esta petición, para impugnar un contrato de concesión petrolera que por su naturaleza jurídica, debe ser impugnado por otra vía judicial.

38. Formula el Estado que la concesión petrolera es una decisión estatal regida por el principio constitucional del dominio público de los recursos naturales del subsuelo y que el contrato legalmente celebrado con la empresa CGC constituye un acto de aquellos denominados por la doctrina como *actos administrativos de concesión*, por el cual el Estado autoriza a particulares la realización de ciertas actividades que, en principio, le corresponden a éste. Explica el Estado que el contrato de concesión petrolera es un acto administrativo de concesión que se concreta en un contrato administrativo.

39. Argumenta el Estado que si un acto de este tipo, eventualmente causa o podría causar un potencial daño a un particular, como por ejemplo daños ambientales, la legislación ecuatoriana prevé otro tipo de acción judicial que reúne las condiciones de eficacia e idoneidad requeridas por la Corte Interamericana, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, esto es, el recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción o subjetivo. La ley de la jurisdicción contencioso administrativa dispone en sus artículos primero y tercero lo siguiente:

Artículo 1. El recurso contencioso-administrativo puede interponerse por personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante

Artículo 3. El recurso contencioso administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara a un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativos de que se trata.



El recurso de anulación objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

40. Por lo tanto, expresa el Estado, al interponer la acción de amparo no se podría, bajo ninguna circunstancia, declarar la ilegalidad de la concesión petrolera otorgada a la empresa CGC, lo que sí podría intentarse a través de un recurso subjetivo o de plena jurisdicción ante el tribunal competente.

41. El Estado señala que otro recurso que resultaría efectivo, dentro del proceso contencioso administrativo, es el recurso de casación, que el peticionario podría interponer de la sentencia que dicte uno de los tribunales de distrito de lo contencioso administrativo. Agrega que este recurso sí podría resultar adecuado entendiendo por adecuado lo señalado por la Corte Interamericana, es decir, que la función de estos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida.<sup>[10]</sup> En el caso de que los jueces o tribunales hayan incurrido en errores *in iudicando* o *in procedendo*, este es el recurso adecuado para proteger la situación jurídica infringida, afirma el Estado.

42. Por lo expresado, el Estado da por probado la existencia de recursos de jurisdicción interna efectivos para solucionar la situación jurídica del peticionario e invoca lo sostenido por la Corte Interamericana en cuanto a que si un Estado “que alega el no agotamiento, prueba la existencia de determinados recursos internos que deberían haberse utilizado, corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46(2)”. Por lo que corresponde al peticionario probar ante la Comisión

Interamericana que ha agotado los recursos existentes en la legislación interna.

43. Continuando con sus observaciones y en relación con la alegación de los peticionarios en el sentido de que el Estado habría violado la Convención Americana en razón de haber incumplido con las obligaciones internacionales adquiridas mediante la ratificación del Convenio 169 de la OIT, expresa que el Estado ecuatoriano, cuando celebró el contrato de concesión petrolera con la empresa CGC en 1996, no había ratificado aún el Convenio 169 y, por tanto, no era parte integrante de su ordenamiento jurídico interno. Indica el Estado que la doctrina del derecho internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados parte de la premisa de que cada hecho internacionalmente ilícito de un Estado conlleva la responsabilidad internacional de ese Estado. Agrega que esta misma doctrina señala dos elementos claves para determinar la responsabilidad de los Estados, primero que exista una conducta consistente en una acción u omisión atribuible a un Estado y, segundo, que exista una conducta que constituya una violación de una obligación internacional de un Estado. Argumenta el Estado que en la petición *subjudice* no existía tal obligación internacional emanada del Convenio 169 porque dicho Convenio fue ratificado por Ecuador en 1999, con posterioridad a la celebración del contrato con la empresa CGC.

44. En lo referente al proceso de amparo constitucional instaurado por los peticionarios, el Estado expresa en cuanto a la razonabilidad del plazo que la jurisprudencia internacional no ha fijado un *quantum* preciso para la duración del proceso, sino que se ha establecido ciertos y determinados criterios para tener en cuenta en casos concretos. En este aspecto, el Estado ecuatoriano sostiene que en vista de que los plazos en los que el Estado actuó para resolver los procesos internos están dentro de los límites de la razonabilidad establecidos por la Corte y

la Comisión Interamericana, no se le puede atribuir que haya violado el artículo 8(1) de la Convención Americana.

45. Asimismo, el Estado en su argumentación expresa que el peticionario a nivel interno ha tenido a su disposición todos los recursos que la ley ecuatoriana prevé ante las supuestas violaciones y el tribunal competente resolvió el recurso de acuerdo a derecho y apegado a las normas del debido proceso. Además, manifiesta que el Estado ha observado las garantías judiciales que constituyen el llamado debido proceso, el cual siempre ha garantizado un proceso justo e imparcial.

46. Por lo expuesto, el Estado considera innecesario referirse al fondo de la petición, ya que la misma no puede ser admitida por la Comisión, y solicita se declare inadmisibile la petición y se proceda a su inmediato archivo.

#### **IV. ANÁLISIS SOBRE ADMISIBILIDAD**

##### **A. Competencia de la Comisión *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione loci***

47. Los peticionarios se encuentran facultados, en principio, por el artículo 44 de la Convención Americana para presentar denuncias ante la CIDH. La petición señala como presunta víctima al pueblo indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros, respecto a quienes el Estado se comprometió a respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana. En lo concerniente al Estado, la Comisión señala que Ecuador es un Estado parte en la Convención Americana desde el 28 de diciembre de 1977, fecha en que depositó su instrumento de ratificación. Por lo tanto la Comisión tiene competencia *ratione personae* para examinar la petición.

48. La Comisión tiene competencia *ratione loci* para conocer la petición, por cuanto en ella se alegan violaciones de derechos protegidos en la Convención Americana que habrían tenido lugar dentro del territorio de un Estado parte en dicho tratado. La CIDH tiene competencia *ratione temporis* por cuanto la obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana ya se encontraba en vigor para el Estado en la fecha en que habrían ocurrido los hechos alegados en la petición. Finalmente la Comisión tiene competencia *ratione materiae* porque en la petición se denuncian violaciones a derechos humanos protegidos por la Convención Americana.

49. Respecto de lo planteado por los peticionarios en la denuncia, sobre que se declare que el Estado ecuatoriano desconoció el Convenio 169 de la OIT, la Comisión carece de competencia al respecto. Sin perjuicio de lo cual puede y debe utilizar el citado Convenio 169 como pauta de interpretación de las obligaciones convencionales, a luz de lo establecido en el artículo 29 de la Convención Americana.

## **B. Requisitos de admisibilidad**

### **1. Agotamiento de los recursos internos y plazo de presentación de la petición**

50. El Estado alega que la petición no satisface el requisito sobre previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna previsto en el artículo 46(1)(a) de la Convención Americana porque el recurso de amparo constitucional interpuesto por los peticionarios no era el adecuado y eficaz para solucionar la situación jurídica supuestamente infringida e interpone la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos.

51. Al respecto agrega que, de acuerdo con lo expresado por la Corte Interamericana, le corresponde al Estado indicar los recursos internos que

debían agotarse, y señala como recursos idóneos y efectivos el recurso subjetivo o de plena jurisdicción y el recurso de casación, ambos dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa e interpone.

52. El Estado informa a la Comisión que la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa ecuatoriana dispone en su artículo primero que el recurso contencioso administrativo puede interponerse por personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado y vulneren un derecho o interés directo del demandante.<sup>[13]</sup> Este recurso puede ser de plena jurisdicción o subjetivo o de anulación u objetivo. Ahora bien, el recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

53. El recurso señalado por el Estado está dirigido contra los reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública o de las personas jurídicas semipúblicas. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva define un acto administrativo como toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa y un contrato administrativo como todo acto o declaración multilateral o de voluntad, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.

54. Los peticionarios, por su parte, alegan que el recurso de amparo constitucional es el adecuado para solucionar la particular situación jurídica infringida en este caso, es decir, la violación de los derechos fundamentales del pueblo indígena de Sarayaku. Expresan que lo que distingue entre la procedencia de la acción de amparo y el recurso contencioso administrativo no es la naturaleza de la materia en sí, sino

más bien la presencia simultánea de tres elementos que son; un acto u omisión ilegítimo; que cause o amenace causar un daño grave e inminente en perjuicio a las víctimas y; en violación a un derecho subjetivo consagrado en la Constitución o tratados internacionales vigentes.

55. Agregan los peticionarios que el recurso de amparo constitucional interpuesto el 28 de noviembre de 2002 tenía por objeto solicitar a la autoridad judicial competente que ordenara medidas urgentes para suspender las actividades hidrocarburíferas dentro del territorio ancestral del pueblo Kichwa de Sarayaku y hacer cesar actos cometidos a partir de noviembre de 2002 por personas que actuaban por delegación o concesión de la autoridad pública que estaban causando graves daños al pueblo indígena de Sarayaku y sus miembros. Los peticionarios han manifestado que los recursos internos intentados se fundan en normas constitucionales ecuatorianas y no tenían por intención dejar sin efecto el contrato de concesión petrolera celebrado entre el Estado ecuatoriano y una empresa privada, sino que se respetaran las normas nacionales e internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas, aprobadas por el propio Estado.

56. Corresponde aclarar cuáles son los recursos internos que deben ser agotados en el presente caso. La Corte Interamericana ha señalado que sólo deben ser agotados los recursos adecuados para subsanar las violaciones presuntamente cometidas. Que los recursos sean adecuados significa:

[Q]ue la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no

puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.

57. La Corte Interamericana ha sostenido que la institución procesal del amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

En el marco del examen de los recursos sencillos, rápidos y efectivos que contempla la disposición en estudio, esta Corte ha sostenido que la institución procesal del amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve.

58. El recurso de amparo en Ecuador se encuentra estipulado en el artículo 95 de su Constitución Política que en su inciso primero expresa lo siguiente:

Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

59. Agrega la Constitución ecuatoriana que:

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

60. De acuerdo a la información recibida por la Comisión, el objeto del recurso de jurisdicción interna interpuesto por los afectados era evitar, impedir y terminar con actividades o acciones que a partir del mes de noviembre del 2002 se estaban realizando en el territorio ancestral del pueblo de Sarayaku y, de acuerdo a los peticionarios, en contravención con normas internacionales y nacionales sobre derechos de los pueblos indígenas.

61. Por su parte, los recursos señalados por el Estado que en su opinión debían haber sido agotados por los peticionarios, emanaban del contrato de concesión petrolera celebrado en el año 1996, es decir, seis años antes de la realización de los hechos que provocaron la interposición del recurso de amparo.

62. La Comisión observa que el recurso adecuado según la legislación ecuatoriana aplicable al caso en concreto es el recurso de amparo. Lo anterior, en razón al momento en que comenzaron a ejecutarse los hechos o acciones que de acuerdo a los peticionarios, afectaron los derechos fundamentales del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y sus miembros.

63. Como se expresó, el recurso de amparo está destinado a hacer cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, sea que actúe directamente o a través de terceros por delegación o concesión y que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

64. De acuerdo a la legislación constitucional ecuatoriana, el recurso de amparo puede ser dirigido en contra de particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho



difuso. En el presente caso, el recurso de amparo se fundó en el derecho constitucional ecuatoriano y se dirigió contra la empresa petrolera CGC, quién en virtud de ser titular de un contrato de concesión actuaba por delegación del Estado.

65. Habiendo determinado que el recurso de amparo era el recurso adecuado para remediar la situación denunciada, corresponde analizar la excepción del cumplimiento con el requisito del agotamiento de los recursos internos interpuesta por los peticionarios, el artículo 46(2)(a) de la Convención establece que este requisito no resulta aplicable cuando:

a. no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

66. Los peticionarios interpusieron la acción de amparo el 28 de noviembre de 2002 y al día siguiente, esto es el 29 de noviembre de 2002, el Juez Primero de lo Civil de Pastaza resolvió dar trámite al recurso de amparo constitucional, citar a una audiencia pública para el día 7 de diciembre de 2002 y ordenar suspender “cualquier acción actual o inminente que afecte o amenace los derechos que son materia del reclamo vigente”.

67. De acuerdo a la normativa constitucional ecuatoriana, interpuesto el recurso de amparo, debe convocarse inmediatamente a una audiencia pública para oír a las partes.

El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

68. La audiencia fue convocada en la primera resolución que recayó sobre el recurso de amparo, esto es, el 29 de noviembre de 2002 para realizarse el 7 de diciembre de 2002. Sin embargo, de acuerdo a la información entregada por los peticionarios, la audiencia no se realizó en la fecha ordenada por el tribunal en razón de anomalías en la notificación, y está pendiente su realización hasta la fecha.

69. Además, la Constitución Política ecuatoriana establece que el recurso de amparo debe ser tramitado de forma sumaria y resuelto en un término de 72 horas.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.

70. No obstante, en el presente caso han transcurrido 23 meses desde la fecha de interposición de la acción de amparo sin que la autoridad competente resuelva el recurso. En los términos del artículo 46 de la Convención Americana esta situación constituye un retardo injustificado en la decisión del recurso.

71. Por lo tanto, dadas las características y el contexto del presente caso, la Comisión considera que resulta aplicable la excepción prevista en

el artículo 46(2)(c) de la Convención Americana, además de ciertas consideraciones con relación a las perspectivas de efectividad de los recursos disponibles, por lo cual no resultan aplicables los requisitos previstos en la Convención Americana en materia de agotamiento de los recursos internos y, en consecuencia, el plazo de seis meses para la presentación de la petición.

72. Sólo resta señalar que la invocación de las excepciones a la regla de agotamiento de los recursos internos previstas en el artículo 46(2) de la Convención se encuentra estrechamente ligada a la determinación de posibles violaciones a ciertos derechos allí consagrados, tales como las garantías de acceso a la justicia. Sin embargo el artículo 46(2), por su naturaleza y objeto, es una norma con contenido autónomo *vis á vis* las normas sustantivas de la Convención. Por lo tanto, la determinación de si las excepciones a la regla de agotamiento de los recursos internos previstas en los acápites (a), (b) y (c) de dicha norma resultan aplicables al caso en cuestión, debe llevarse a cabo de manera previa y separada del análisis del fondo del asunto, ya que depende de un estándar de apreciación distinto de aquél utilizado para determinar la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención. Cabe aclarar que las causas y los efectos que impidieron el agotamiento de los recursos internos serán analizados en el Informe que adopte la CIDH sobre el fondo de la controversia, a fin de constatar si configuran violaciones a la Convención Americana.

#### **B. Duplicación de procedimientos y cosa juzgada internacionales**

73. Del expediente no se desprende que la materia de la petición se encuentre pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, ni que consista en la reproducción de una petición ya examinada por éste u otro órgano internacional. En consecuencia, los requisitos establecidos

por los artículos 46(1)(c) y 47(d) de la Convención, se encuentran reunidos.

### **C. Caracterización de los hechos alegados**

74. La Comisión considera que los hechos denunciados por los peticionarios sobre las irregularidades en el proceso de consulta realizado por el Estado, respecto de la concesión de exploración y explotación petrolera otorgada a una empresa para ser ejecutada dentro del territorio ancestral del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, así como las amenazas, ataques, persecuciones, hostigamiento a los miembros y dirigentes de dicho pueblo y su respectiva organización tradicional, como también las amenazas y acoso sufrido por niñas de la comunidad y la restricción de circular por las vías de acceso a la Comunidad, de ser comprobados podrían caracterizar violaciones a los derechos garantizados en los artículos 4 (vida), 5 (integridad personal), 7 (libertad y seguridad personal), 8 (debido proceso), 12 (libertad de religión y creencias), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 16 (asociación), 19 (derechos del niño), 21 (propiedad), 22 (libre circulación), 23 (participación política), 24 (igualdad ante la ley), 25 (protección judicial) y 26 desarrollo progresivo), todos de la Convención Americana en relación con los artículos 1(1) y 2 del mismo instrumento. Por otra parte, no se evidencia la falta de fundamento o improcedencia en el reclamo presentado. En consecuencia, la Comisión considera satisfechos los requisitos establecidos por el artículo 47(b) y (c) de la Convención Americana.

75. En igual forma, la Comisión considera que de los hechos denunciados en la petición no se desprenden suficientes elementos que tiendan a caracterizar violación del artículo 3 de la Convención Americana.

**4.3. DEL LETARGO, EMBOTAMIENTO Y DEPAUPERACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEVIENEN LOS SIGUIENTES INCONVENIENTES**

**4.3.1. El Dogma de la Ejecutividad de los Actos Administrativos**

Cabe señalar que el movimiento que propugna los principios en los cuales se sustenta la ejecutividad de los actos administrativos se encuentra caracterizado por la amplia gama de propuestas doctrinarias que lo constituyen, tornándose preciso determinar las principales posiciones al efecto.

Entre las más importantes pueden mencionarse las detalladas a continuación:

Para el doctor Nemesio Rodríguez la ejecutividad de los actos administrativos se configura como la facultad inherente o propia de la administración para llevar a cabo por sí y en virtud de sus propios derechos, actividades de poder sin la necesidad vinculante de recurrir al auxilio y potestades de otros organismos del poder estatal.

En sí, dicha afirmación le otorga a la ejecutividad en análisis, un carácter subjetivo que coexiste con factores de tipo objetivo como es el caso de las medidas que se adoptan para precautelar el cumplimiento de un derecho, lo cual implica en consecuencia que esta es "...una nota o carácter de los actos de derecho público de la administración que supone en ellos la virtud de ser ejecutivos, de llevarse a ejecución hasta las

últimas consecuencias por los mismos órganos administrativos de que emanaron”.<sup>49</sup>

El referido autor determina también que “...la ejecutoriedad en cuanto particular manifestación de la eficacia del acto, que solo puede darse cuando este es ejecutivo: es decir, que no cabe la ejecutoriedad sin la ejecutividad, pero la ejecución del acto no siempre lleva implícito el que se haga ejecutivo”.<sup>50</sup>

Es necesario complementar el planteamiento establecido en los párrafos que anteceden, con lo manifestado por el tratadista colombiano Rodrigo Núñez, quien respecto del tema en estudio manifiesta que la ejecutividad de los actos administrativos consiste en “...la obligatoriedad, derecho a la exigibilidad y deber de cumplimiento que el acto importa a partir de su notificación.

Es una potestad del Estado, que consiste, en que, para el cumplimiento de sus fines, la administración decide, ejecuta y sanciona en forma autónoma, sin la intervención de otros órganos. Esta potestad se expresa a través de la decisión que es un acto administrativo que declara lo que es derecho en un caso concreto y de la ejecución que es el acto material encaminado a aplicar lo que se ha decidido.

La potestad ejecutiva se ejemplifica, en las medidas de política y seguridad para el mantenimiento del orden público, la prevención de los delitos, la imposición de multas, la aprehensión de los delincuentes, y el derecho de la administración de bienes públicos, recaudar impuestos y contribuciones.

---

<sup>49</sup> Citado por BARCELONA Javier, Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos, 1ª edición ilustrada, Editorial Universidad de Catambria, p. 50

<sup>50</sup> Ibídem, p. 50

La Ejecutividad de los actos administrativos tiene un doble fundamento: por una parte, el provenir de un órgano o autoridad de orden público, está tiene preeminencia sobre los derechos e intereses de los particulares, que deben adecuarse a los requerimientos generales de la sociedad. Por otro lado, los actos administrativos persiguen siempre fines de beneficio colectivo señalados por las necesidades sociales, cuya satisfacción es imperiosa, en la mayoría de los casos”.<sup>51</sup>

#### **4.3.1.1. Ausencia de un Régimen de Medidas Cautelares**

Como ya ha sido establecido con anterioridad, las medidas cautelares constituyen un importante instrumento legal al cual pueden recurrir las autoridades competentes con la finalidad de hacer cumplir las resoluciones o sentencias que hayan adoptado como consecuencia de la sustanciación de un juicio o trámite judicial, independientemente de que el requerimiento de las mismas sea a petición de parte o se haya actuado de oficio.

En este sentido, la carencia de medidas cautelares como factores de garantía jurídica se encuentra caracterizada por el hecho de que configura una ausencia absoluta de poder fiscal, que en un ámbito más amplio puede dar como consecuencia una desorganización social basada en la acefalia o anarquía.

Es importante precisar que las medidas cautelares no solo fungen como medios para garantizar el cumplimiento y respeto de un derecho inherente a un particular o administrado, sino que también conlleva rasgos facultativos que le permiten hacer cumplir con las sanciones impuestas por una autoridad, esto en cualquier materia o ámbito de la administración de justicia.

---

<sup>51</sup> NÚÑEZ Rodrigo, Derecho Administrativo, 2ª edición, Editorial Universitaria, p. 47 - 48

#### **4.3.1.2. Desborde de la Acción de Amparo**

La acción de amparo como instrumento jurídico constituye en el derecho nacional e internacional uno de los medios más importantes para garantizar el cumplimiento hegemónico e integral de los derechos inherentes a los individuos, puesto que sus factores constitutivos tienden a establecer una especie de control respecto de los actos que ejecutan las autoridades administrativas a fin de que estos sean legítimos y no fracciones o violenten los beneficios y facultativos estipulados en el marco constitucional.

Sin embargo de lo manifestado, es preciso señalar que ya en la práctica desgraciadamente se han llevado a cabo una serie de comportamientos conducentes a configurar abusos sobre la naturaleza e intencionalidad que esta acción pretendía conceder con su vigencia a los ciudadanos en el Ecuador, lo cual ha llevado a que una gran cantidad de tratadistas y analistas jurídicos sostengan que la acción de amparo ha sido prostituida tanto en el ámbito legal, político e incluso moral.

Dicha afirmación parte de que ninguna actuación administrativa por más que se encuentre fundamentada y estructurada en los parámetros legales y constitucionales adecuados, puede mantenerse vigente aunque su beneficio social sea notoriamente positivo, debido a que un aspecto importante de la acción de amparo es la de dejar sin efecto los actos administrativos hasta que la autoridad competente resuelva en última instancia, lo cual ha servido fundamentalmente como instrumento político para neutralizar el accionar de los gobiernos de turno.

En este sentido, es importante señalar que el nuevo marco constitucional en el Ecuador vigente desde el año 2008, ha eliminado la acción de amparo con la finalidad de favorecer la actuación administrativa otorgándole una fluidez en su ejecución.



Pese a que en la práctica se ha podido eliminar ese desborde que acarrearía la acción de amparo en las actividades administrativas y judiciales, es necesario hacer mención de la desprotección en la cual quedan los ciudadanos con la derogación de esta medida, por lo que a criterio de la presente investigación, se ha configurado un error constitucional por ausencia de este medio para garantizar el cumplimiento de los derechos de un individuo, por lo tanto, se debió establecer reformas estructurales para la utilización del recurso que evadan cualquier tipo de actuación dolosa.

#### **4.3.1.3. Criminalización de la Relación Jurídico Administrativa**

Con la finalidad de estructurar un estudio integral respecto de la relación jurídico administrativa que se crea en virtud de las actividades socio fiscales que se llevan a cabo en el Ecuador, es preciso determinar cómo parámetro principal, la conceptualización doctrinaria que se le ha dado a la misma, para lo cual, vale remitirse a lo establecido por el analista y catedrático peruano Santiago Arias quien manifiesta que la referida relación está "...constituida por los nexos generados entre el Estado a partir del desarrollo de sus actividades y los administrados".<sup>52</sup>

Partiendo de esta sucinta pero práctica conceptualización, se torna factible señalar que la criminalización de dicha relación se remite esencialmente a las actuaciones estatales en cuanto se refiere a la violación de normas y derechos propios de cada ciudadano, por lo que consecuentemente la criminalización de las relaciones jurídico administrativas conllevan un vínculo directo con el accionar o desarrollo de las actividades fiscales respecto de sus obligaciones para con los ciudadanos, siendo en este sentido, un factor que desvincula a los

---

<sup>52</sup> ARIAS Santiago, Bases Fundamentales de Derecho Administrativo, 1º edición, Ediciones Nazca, p. 127

administrados sin que esto obste para que puedan ser sancionados en base a otro tipo de normas que no constituyen bajo ningún término de índole fiscal.

Esto quiere decir consecuentemente, que la criminalización de las relaciones jurídico administrativas configuran un solo ámbito de aplicación y cuya naturaleza determina que el Estado sea el único regulado en esta perspectiva.

Siguiendo la directriz propuesta, esto es que la actuación administrativa es la única capaz y susceptible de ser criminalizada en la relación existe entre Estado e individuo como miembro del mismo, cabe destacar lo señalado por la doctora Marina Jalvo, quien en este sentido ha establecido un esquema clasificatorio capaz de organizar por lo menos en el área doctrinaria los tipos de sanciones que han de ser aplicables al momento de hacer efectivo un derecho ciudadano o comunitario frente a acciones indebidas de la administración.<sup>53</sup>

La referida clasificación se encuentra organizada de la siguiente manera:

“...la clasificación que dentro de las sanciones administrativas distingue aquellas que se orientan a la protección del orden administrativo interno de las que se dirigen a la tutela del orden general.

Conforme a esta distinción propuesta por Eduardo García de Enterría, las primeras son un ejemplo de tutela reduplicativa o en segunda potencia, que se sobrepone a la tutela primaria declarativa y ejecutiva de que la administración se beneficia; (...) esta tutela se caracteriza por poner en marcha medios aflictivos contra los perturbadores del buen orden

---

<sup>53</sup> JALVO Marina, El Régimen Disciplinarios de los Funcionarios Públicos: Fundamentos y Regulación Sustantiva, 1ª edición, Editorial Lex Nova, p. 88

administrativo, son sanciones de autoprotección, entre otras, las sanciones disciplinarias aplicables a los funcionarios y las sanciones de protección del orden social general.

#### **4.3.1.4. Desconfianza del Sistema Judicial**

Desde hace varios años el sistema judicial en el Ecuador ha generado bastante incertidumbres y anomalía debido a la corrupción, la cual ha sido una de las características más prominentes de este sistema, en este sentido, el descarado en los magistrados de cambiar o alterar figuras jurídicas para una favorable sentencia a favor de determinado sujeto procesal era trabajo de todos los días y, el sin número de malos tratos que han recibido los procesados como la ciudadanía en general por parte de los funcionarios judiciales, han conllevado a desaparecer la imagen intrínseca del Sistema Judicial.

Un ejemplo de las inconsistencias del sistema judicial ecuatoriano, es la insólita resolución de los conjuces de la Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia, por la cual cambiaron la figura de peculado por la figura de alteración de balances en el tan dilatado juicio del Estado contra los ex propietarios del Banco Filanbanco.

Estas resoluciones junto con otras más, han generado muchas sospechas e incrementado respecto del accionar de la Justicia, ya que han sido adoptadas por intereses políticos o jueces corruptos destruyendo así la estructura institucional del sistema judicial.

Conforme a una encuesta realizada en el Ecuador en el año 2008, por la Empresa Corpeytrui, a nivel nacional, el Sistema Judicial, está ubicado como la segunda institución pública de menor confiabilidad solamente después de la actual Asamblea Nacional.

La Policía Nacional del Ecuador ha conformado parte esencial de la crisis del sistema judicial, las muertes innumerables de ciudadanos, políticos, adolescentes, funcionarios, extranjeros, etcétera, llevadas a cabo por los mismos policías,; ha generado total desconfianza a nivel nacional e internacional de la justicia ecuatoriana, debido a que han quedado en la impunidad estas muertes y lo que es peor, han sido autores, cómplices o encubridores de estos delitos que han generado mucha polémica hasta nuestros días.

En el periodo de gobierno del ya fallecido León Febres Cordero, fue cuando más polémica existió en la Policía Nacional por la cantidad de muertes que se dieron tanto de ecuatorianos como de extranjeros, casos que en la actualidad se encuentran en indagación por la Comisión de la Verdad y veedurías.

Philip Alston, relator de las Naciones Unidas, ve a la justicia indígena como un ejemplo palpable de la deficiente Justicia que existe en el Ecuador; debido a que, la ausencia o las falencias del Sistema Judicial, ha generado una división única de la Justicia ecuatoriana y la Justicia Indígena, tomadas internacionalmente como dos gobiernos distintos dentro de un País.

Concomitantemente con lo establecido en el párrafo anterior, la Justicia Indígena a tomado gran poder en el Ecuador, poder que se encuentra incluso estipulado en la Constitución de la República, y su función se ha distorsionado en gran parte, debido a los linchamientos indígenas que se ha producido por falta de credibilidad en el Sistema Judicial.

#### **4.3.1.5. Prácticas Violatorias de la Ética Pública**

La ética pública constituye uno de los pilares fundamentales para el desarrollo de una sociedad, mucho más de una como la ecuatoriana en donde prácticamente desde los inicios de la era republicana se han venido dando prácticas de carácter fiscal basadas en la conveniencia de intereses particulares y sobre todo en la corrupción, la cual ha llegado a niveles tan elevados que es fácilmente sostenible que esta se ha institucionalizado en la mayor parte del sector público como consecuencia directa de la falta absoluta de una ética y moral estatal.

En tal virtud, tanto las conductas como la ética se han constituido a lo largo de la historia en un marco temático objeto de amplios análisis y extensas preocupaciones por solucionarlo, para filósofos, políticos, administradores estatales de turno y básicamente para los miembros de la sociedad en general como sujetos directamente involucrados y afectados con la mala práctica administrativa.

Particularmente de lo manifestado, se torna importante establecer que la ética y transparencia pública se constituye como el conjunto de valores que hacen a la esencia del sistema y al orden democrático y republicano de gobierno.

Con la finalidad de establecer a breves rasgos los límites y el fomento de la correcta práctica de las actividades estatales en lo referente al sector administrativo, se detallan a continuación los siguientes parámetros:

- Las prácticas violatorias deben ser de aplicación como regulaciones de prohibición directa para funcionarios y empleados públicos en términos de las normas contenidas en la legislación vigente del país.

- En los casos en que sean ejecutadas prácticas contradictorias al buen ejercicio administrativo se deben establecer procedimientos estandarizados a nivel de toda la institucionalidad estatal y que estén basados en los principios de eficacia, eficiencia, celeridad y legalidad.

En este sentido, también se tiene que definir adecuadamente la conceptualización de la función pública con la finalidad de evitar ambigüedades e interpretaciones parcializadas en la aplicación de la ley. Los funcionarios y empleados públicos tienen la obligación garantizar respecto de sus actuaciones, los principios de probidad, rectitud, desinterés personal, dignidad, independencia y respeto integral por las leyes y normativa vigente del Ecuador.

Por otra parte, la legislación ecuatoriana establece el tipo de sanciones que han de ser aplicadas dependiendo de la gravedad de una infracción administrativa, en donde consecuentemente se encuentran incluidas la falta a la ética administrativa.

Las sanciones disciplinarias en el orden administrativo tal como lo dispone la Ley Orgánica del Servicio Público en su artículo 43, son las siguientes:

- Amonestación verbal.
- Amonestación escrita.
- Sanción pecuniaria administrativa.
- Suspensión temporal sin goce de remuneración.
- Destitución.

#### **4.3.2. La Discrecionalidad sin Límites ni Control**

Tal como estipula el régimen constitucional y legal en el Ecuador y que rige el accionar de los poderes públicos, sus actividades necesarias y obligatoriamente deben ser ejercidas en base a los principios y normativas vigentes, no existiendo o excluyendo por tanto, actividad administrativa, funcionario o empleado público que goce de plena libertad para llevar a cabo las funciones que le han sido asignadas, las cuales por su parte, han sido regladas normativamente en las normas correspondientes.

Cabe señalar que las actividades que le son inherentes al desarrollo de la potestad estatal son amplias, crecientes y de extensa variedad, razón por la cual, el régimen legal no cuenta con la capacidad suficiente para configurar los límites precisos en virtud de los cuales se debe operar administrativamente, por ello es que, el ordenamiento jurídico establece que la administración pública cuenta con dos tipos de potestades fiscales, las que se encuentran reguladas y las que son de carácter discrecional.

De manera adicional a lo manifestado y en razón de la importancia de la temática planteada, debe establecerse que la discrecionalidad administrativa y el respectivo control al que tiene que ser sometida la misma, conllevan una relevancia tan elevada para las cuestiones de derecho público ya que su correcta aplicación implica determinantemente un respeto irrestricto de las garantías y derechos de carácter individual y colectivo.

Una de las afirmaciones más notorias que se han hecho sobre la discrecionalidad, se remite al hecho de que esta constituye uno de los puntos estructurales más importantes en cuanto se refiere a la problemática del Derecho Administrativo, tal como lo manifiesta Bernard Schwartz en su obra Ley Administrativa, donde adicionalmente se

establece que "...el control por los jueces de la potestad discrecional constituye el núcleo central de dicha problemática".<sup>54</sup>

Vale decir respecto de lo manifestado, que la referida afirmación se encuentra sustentada en la circunstancia de que no se haya podido canalizar hasta el día de hoy las diferentes tendencias ideológicas de corte jurídico en un cauce o vía que se rija con una mínima unidad de criterio y que en este sentido, permita interpretar el fenómeno de la discrecionalidad dentro de la aplicación de la ley y del Derecho como actividad jurídica del ámbito administrativo controlable por parte de las autoridades jurisdiccionales.

En cuanto a lo que se ha sostenido en los párrafos precedentes, se ha sostenido en un sentido complementario que "...si la pura discrecionalidad o la mal llamada discrecionalidad técnica no fuera una actividad jurídica, como algunos han postulado<sup>3</sup>, una consecuencia que se desprendería de esa premisa implicaría sustraer tal actividad del control judicial o, al menos, reducirlo a su mínima expresión, lo cual, en su interpretación extrema, constituye una tesis incompatible con el Estado de Derecho, en cualquiera de sus versiones.

En tal sentido, para que exista un Estado de Derecho no basta con admitir la revisión por el juez de los aspectos reglados del acto administrativo o reglamento".<sup>55</sup>

Como puede notarse de las precisiones señaladas anteriormente, la discrecionalidad administrativa y judicial en el caso ecuatoriano implica obligadamente la necesidad de ser ejercida en base a límites y controles estrictos que se sustenten en el poder social y la misma actividad estatal,

---

<sup>54</sup> SCHWARTZ Bernard, Ley Administrativa, 3° edición, Editorial Little Brown and Company, p. 652

<sup>55</sup> CASSAGNE Juan, La Discrecionalidad Administrativa, <http://www.cassagne.com.ar>, consultado el 13 de noviembre de 2010



para lo cual se requiere con urgencia en el Ecuador un marco jurídico que norme las directrices y parámetros sobre los cuales se lleve a cabo su perfeccionamiento, esto es, la aplicación de criterios resolutivos en el desarrollo de las acciones administrativas y también de las de carácter judicial.

### **4.3.3. La Acción de Lesividad**

Conceptualmente se concibe la acción de Lesividad como “...un proceso administrativo que puede ser promovido por un particular en contra de un acto estatal, susceptible de ser impugnado en vía jurisdiccional, o que puede ser impugnado o subsanado de oficio, por parte de la administración”.<sup>56</sup>

A decir de la doctora Dolores Orbe, “...los actos impugnables en el proceso de Lesividad no son los mismos que en el proceso administrativo ordinario de plena jurisdicción. En este último se pueden impugnar las leyes, los decretos, las ordenanzas, los reglamentos, las resoluciones, los actos, los contratos o cualquier disposición administrativa. Por el contrario, en virtud de la acción de Lesividad sólo se puede impugnar un acto administrativo irrevocable y en sede administrativa, o sea que debe tratarse de un acto administrativo estable, en otras palabras podemos señalar que por medio de la declaración administrativa de Lesividad, la propia administración declara que un acto suyo anterior resulta lesivo para sus propios intereses o para los intereses generales de los administrados y lo considera como ilegítimo”.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> ORBE Dolores, La Acción de Lesividad, Revista Judicial Derechoecuador.com, consultado el 12 de noviembre de 2010

<sup>57</sup> *Ibíd*em

Independientemente de lo manifestado, es preciso establecer los parámetros legales que contemplan la Lesividad como institución jurídica y su aplicación en el contexto nacional, así se establece que "...La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente".<sup>58</sup>

Por otra parte, en cuanto se refiere a la declaración de lesividad de actos anulables, cabe señalar que estos están basados en base al siguiente esquema:

"...1. El Presidente de la República, los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en este estatuto, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso - administrativo.

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo.

3. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo Contencioso

---

<sup>58</sup> ORBE Dolores, La Acción de Lesividad, Revista Judicial Derechoecuador.com, consultado el 12 de noviembre de 2010

Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad<sup>59</sup>.

En el país la figura jurídica de la lesividad se encuentra prácticamente en desuso, esto en razón de que su aplicabilidad y empleo es requerida en muy contados casos, en los que tanto la jurisprudencia y la doctrina que versa sobre la temática en análisis, evidencian y determinan casi de forma vinculante que la administración fiscal revea sus decisiones y corrija de oficio los errores en los que ha incurrido.

Sin embargo de lo manifestado, el problema más importante que se configura radica en el hecho de que ni los funcionarios o empleados públicos que por el desarrollo de sus actividades componen la administración pública, ni mucho menos los ciudadanos es decir, los administrados, que muchas veces se encuentran afectados por estos actos y decisiones administrativas, tengan conocimiento de los mecanismos que la propia ley estipula para impugnar dichas actuaciones y hacer respetar los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico vigente actualmente en el país.

---

<sup>59</sup> Ibídem

## **CAPÍTULO 5**

### **5. DE LA EJECUTIVIDAD Y DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA FRENTE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

#### **5.1. PREVISIÓN GENERAL**

Desde una perspectiva generalista, vale referirse a lo connotación que implica tanto la ejecutividad como la suspensión del acto administrativo en el marco jurídico nacional, por lo tanto, cabe señalar que respecto de la primera figura o característica de dicho acto señalada anteriormente, esta se remite a una apariencia externa de legalidad en virtud de la cual se obliga al inmediato cumplimiento de la resolución o mandato respectivo, esto es, que produce todos sus efectos pese a la voluntad contraria del obligado.

A tal efecto, cabe complementar el alcance del planteamiento efectuado en el párrafo precedente, manifestando que la ejecutividad es el privilegio por el que los actos administrativos son ejecutivos desde que se dictan.

En lo concerniente a la suspensión del acto administrativo respecto del tutelaje judicial efectivo que debe garantizar el respeto integral de los derechos de cada administrado, es necesario señalar que guarda una estrecha relación con la problemática circunscrita al hecho de que esta puede configurarse en la práctica de manera sumamente factible, esto es, con la simple interposición de una impugnación al referido acto

administrativo da como resultado una suspensión temporal hasta que la autoridad competente y definitiva emita un pronunciamiento, factor que pese a las graves implicaciones que conlleva a partir de su perfeccionamiento no ha sido regulado adecuadamente con la finalidad de evitar cuestiones dolosas o inmorales que afecten el normal desenvolvimiento de las actividades administrativas y la violación flagrante de derechos propios de cada ciudadano.

En este sentido, es importante señalar también que la estructuración práctica de estas dos características o directrices empleadas en el accionar administrativo, están sustentadas adicionalmente en una serie de circunstancias exógenas a su naturaleza que necesariamente deben confluir para garantizar la legalidad de un acto como estos.

Entre tales circunstancias se pueden señalar las expuestas a continuación:

- Presunción de legalidad.
- Principio de ejecutividad.

Por la importancia para el desarrollo de la presente investigación que guarda cada uno de los parámetros establecidos, se los analiza en el siguiente esquema doctrinario.

#### **5.1.1. De la Presunción de Legalidad y el Principio de Ejecutividad**

En torno al acto administrativo se ha estructurado actualmente la doctrina referente a la presunción de legalidad, la cual en determinadas

legislaciones mantiene ya una esencia de carácter jurisprudencial e incluso legal.

Partiendo de este precepto debe establecerse como primer punto que el acto administrativo tiene que ser observado y acatado, no por el hecho de que emane de la superior autoridad o mandato de la ley, sino porque tiene una naturaleza de origen administrativa, la cual a su vez deriva del pacto social que compone un Estado de Derecho, como el caso ecuatoriano.

En este sentido, se ha manifestado que "...esta consecuencia no es sino una reproducción del principio general de la *preasumptio pro se* que afecta en el Derecho regio a las decisiones del príncipe".<sup>60</sup>

Adicionalmente a lo manifestado, cabe señalar que según esta misma corriente de pensamiento se determina que la presunción de legalidad se halla sustentada sobre otro tipo de presunciones como las que se detallan a continuación:

- En las que se contempla el modo supuesto de producción de las decisiones de la autoridad.
- En la pretensión de equiparar a la autoridad como fuente del Derecho.

En cuanto a estas dos presunciones, cabe señalar que se encuentran investidas de un carácter de autenticidad legal y aplicadas en base al cumplimiento de las reglas establecidas en la normativa vigente, cuando han sido configuradas a partir del ejercicio de las potestades propias de la autoridad jurisdiccional de que se trate y en base al

---

<sup>60</sup> VILLAR Luis, Técnicas Remotas del Derecho Administrativo, 1ª edición, Editorial Inap, p. 27

perfeccionamiento de las competencias a esta conferidas tanto como por la ley como por el régimen constitucional.

Otras determinaciones muy relevantes respecto de la presunción de legalidad respecto del acto administrativo, son las siguientes:

- "...La presunción de legalidad es *iuris tantum*. Si en juicio ante la jurisdicción llega a demostrarse o a probarse que uno o varios de los elementos del acto en verdad no responden a la preceptiva legal sobre el mismo, se desvirtúa dicha presunción y el acto deviene en nulo, lo que sube de punto cuando se está frente a un acto clasificado como "reglado", es decir, de aquellos en que para su dictación el órgano emisor debe ceñirse de manera estricta a las disposiciones sobre la materia. Así ocurre, entre otros, con los actos resultantes de la actuación disciplinaria que la administración adelanta en contra de un servidor estatal".<sup>61</sup>
- "...en base a la presunción de legalidad se considera que las leyes y los actos administrativos se consideran ajustados a Derecho mientras no se demuestre lo contrario, de tal forma que dichos actos deben ser obedecidos, tanto por las autoridades como por los particulares desde el momento mismo en que comienzan su vigencia".<sup>62</sup>

Se acota adicionalmente que en un sentido práctico, el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permite la ley. Esta idea es un presupuesto

---

<sup>61</sup> <http://www.google.com.ec>, consultado el 15 de noviembre de 2010

<sup>62</sup> ARDILA Gerardo, Territorio y Sociedad: el caso del POT de la Ciudad de Bogotá, 1° edición ilustrada, Editorial Universitaria, p. 573

básico del llamado Estado de Derecho, de origen fundamentalmente liberal.

En cuanto al otro tópico constitutivo de este numeral, esto es el principio de ejecutividad, cabe manifestar que las precisiones más relevantes ya han sido hechas anteriormente, sin embargo, es importante señalar que este se constituye como un factor o parámetro que emana directamente de la presunción de legalidad del acto administrativo, pero además, se configura como una derivación de la necesidad de que el accionar propio de la administración pública se lleve a cabo en base a criterios operativos de regularidad y continuidad, por lo cual puede manifestarse que la ejecutividad como principio en el ámbito del régimen administrativo no constituye solamente una nota de exclusivo carácter formal sino que su alcance implica fundamentos mucho más amplios de carácter material.

## **5.2. DE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

Previo al análisis de la temática propuesta en este numeral, es preciso manifestar que todo acto administrativo se presume investido de legitimidad y debe cumplirse integralmente desde el momento en el que ha sido dictado y de ser el caso, notificado, con excepción de aquellos actos que hayan sido suspendidos en base a las disposiciones contempladas en el Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva.

La suspensión de los efectos que se producen respecto de la aplicación de un acto administrativo se encuentran establecidos en el caso ecuatoriano bajo el pleno régimen del principio de legalidad, esto es, que se halla claramente determinada en el marco legal vigente.



En este sentido, es preciso manifestar que uno de los principales cuerpos normativos que estipulan la suspensión del referido acto administrativo es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que entró en vigencia mediante Decreto Ejecutivo N° 1634 publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N°411 de 31 de Marzo de 1994.

En cuanto se refiere a las directrices legales que implica la suspensión del acto administrativo, es preciso mencionar como primer punto que la administración pública no cuenta con la capacidad o autorización de la ley para llevar a cabo o iniciar actuación material alguna de resoluciones que por sus características, limiten los derechos inherentes a los particulares sin que se haya adoptado una resolución que sirva como fundamento jurídico.<sup>63</sup>

En base al cumplimiento efectivo de lo requerido en el párrafo precedente, los actos administrativos deben ser ejecutivos de forma inmediata, con excepción de aquellos casos en los cuales se haya configurado la suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización de autoridad superior.

La mencionada suspensión como tal fue agregada al ámbito jurídico del Ecuador, mediante el Decreto Ejecutivo 3389 que fue publicado en el Registro Oficial 733 del 27 de diciembre del año 2002 y esta determina que iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolverlo tiene la obligación de suspender la ejecución del acto, para lo cual se plantea facultativos en su adopción como es el caso de que se pudieran causar perjuicios de imposible o difícil reparación para el administrado.

---

<sup>63</sup> Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, De la Ejecución, artículo 160

En este mismo sentido se ha establecido la suspensión de la ejecución inherente al acto administrativo, la cual está sustentada en las siguientes directrices:

- "...La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.
- No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos quince días desde que la solicitud de suspensión haya sido presentada ante el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no hubiese dictado resolución expresa al respecto.
- La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa y los efectos de ésta se extenderán a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera acción contencioso administrativa, la administración se abstendrá de ejecutar el acto impugnado hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud. Para lo cual, una vez interpuesta la acción contencioso administrativa, el órgano de la Administración Central se abstendrá de ejecutar el acto sobre el cual dispuso su suspensión hasta la finalización de la vía judicial.

- Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia beneficiará incluso a quienes no hubieren recurrido del acto”.<sup>64</sup>

### **5.2.1. De las Clases de Medidas Suspensivas de Actos Administrativos**

La seguridad jurídica con que debe contar cada miembro de la sociedad en relación a las actividades que realiza la administración pública mediante el desarrollo de actos administrativos, determina necesariamente que en la duración de los procesos y procedimientos de auto tutela administrativa, así como en los procedimientos contencioso administrativos, se requiera establecer algún método preventivo como remedio de protección de los administrados contra los daños emergentes de la ejecución de los actos administrativos, tratando de evitar el riesgo del daño irreparable, cuando resulte más gravoso que la interrupción de la ejecución del acto.

En este sentido, se torna factible señalar doctrinariamente que dicha situación es padecida por casi todos los regímenes legales del mundo que se encuentran vigentes hoy en día, por lo cual se ha llegado a establecer que la suspensión respecto de la ejecución y efectos que causa el acto administrativo frente a los intereses de los administrados, constituye una de las directrices fundamentales en la justicia administrativa, tal como lo manifiesta el tratadista italiano Mario Nigro en su obra Justicia Administrativa.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, Suspensión de la Ejecución, artículo 189

<sup>65</sup> NIGRO Mario, Justicia Administrativa, 3ª edición, Editoriales Cavanni, p. 302

Con la finalidad de resolver la problemática planteada y que se ha configurado en los distintos Estados del mundo, la doctrina procesal ha perfilado en los diversos ámbitos o campos del Derecho, esto es, civil, penal, laboral y por supuesto el área administrativa, entre otros, una serie de factores precautelatorios de los intereses tanto de los administrados como de la administración, en virtud de los cuales ha sido posible institucionalizar jurídicamente las medidas cautelares y medidas suspensivas del acto administrativo según sea el caso del derecho tutelado.

Respecto de lo señalado, el jurista Piero Calamandri ha establecido que "...entre hacer las cosas pronto pero mal, o hacerlas bien pero tarde, las medidas cautelares tienden a hacerlas pronto independientemente de los resultados, sean estos buenos o malos, por lo cual, el esclarecimiento del problema de beneficio o del perjuicio queda a cargo de las reposadas formas de sustanciación del proceso judicial".<sup>66</sup>

En relación a lo manifestado, se ha determinado también en la perspectiva de análisis doctrinaria que con la finalidad de abordar con el mayor nivel de eficacia la crítica problemática propuesta, se requiere necesariamente la previa consideración de ciertas determinaciones conceptuales y de algunas cuestiones de índole teóricas, por lo que se propone a continuación el siguiente esquema:

- En primer lugar, no puede pasar desapercibido que tanto en el vocabulario normativo, como en la terminología de ciertos autores, se suele invocar indistintamente las frases suspensión de la ejecución del acto administrativo y suspensión del acto administrativo, como si fueran sinónimas y no lo son.

---

<sup>66</sup> CALAMANDRI Piero, Introducción al Estudio Sistemático del Procedimiento Cautelar, 5ª edición, Ediciones Firenza, p. 7

En este sentido, cabe señalar que ni en el aspecto literal ni en el conceptual puede considerarse que es lo mismo suspender un acto que suspender la ejecución del mismo, ya que en el primer caso supone bloquear los efectos que se generan con su aplicación incluso aquellos que ya se hayan cumplido, mientras en el caso de la suspensión de la ejecución del acto implica únicamente detener los efectos futuros que han de generarse como consecuencia de este.

En doctrina, se sostiene que la denominada suspensión de la ejecución del acto administrativo supone técnicamente la cesación temporal, provisional o transitoria de la eficacia del acto administrativo, lo cual implica que se trata de una vía tendiente a garantizar el aseguramiento de la integridad del objeto del litigio.

- En segundo término, debe considerarse una de las posibles suspensiones de la ejecución del acto administrativo, esto es, la suspensión jurisdiccional regulada por el derecho interno.

Frente a la aseveración planteada se presenta un fenómeno jurídico por el cual queda fuera el estudio de las suspensiones administrativas, legislativas o decretadas por otra administración pública, así como la suspensión de la ejecución de los actos en el Derecho comunitario.

- En tercer lugar corresponde determinar a qué se debe denominar ejecución del acto.

En este caso es importante señalar que existen dos directrices, por una parte, implica el hecho de hacer efectivo o llevar a cabo lo que el acto administrativo de que se trate dispone, en tanto que la otra directriz faculta el surgimiento de los efectos jurídicos o materiales causados por el acto.

Para el tratadista Levrero, la ejecución de un acto administrativo "...se extenderá por todo el tiempo que medie entre el momento en que entra en vigencia y aquél en que se logran todos los efectos jurídicos que el acto ha querido producir".<sup>67</sup>

- Según Couture la suspensión como acción y efecto de suspender, supone detener o parar por cierto tiempo, un término, obra, ejercicio de empleo u otra forma de actividad.<sup>68</sup>

Por ello, cabe concluir que en cuanto a los efectos, la terminación de la suspensión de la ejecución del acto, habilita a tomar en consideración lo ocurrido con anterioridad a ella.

### **5.2.2. Suspensión Automática de la Eficacia de los Actos Administrativos por Mandato Legal**

Previo al análisis de la temática propuesta, es preciso señalar como punto introductorio a la misma, que se entiende como la eficacia de los actos administrativos a "...la producción de los efectos propios de cada uno, definiendo derechos y creando obligaciones de forma unilateral".<sup>69</sup>

Sin embargo de lo manifestado, en un sentido más limitado es preciso señalar que la eficacia se remite al factor temporal o instante a partir del cual el acto administrativo produce sus efectos, tal como se establece en el ordenamiento legal vigente cuando estipula que los actos

---

<sup>67</sup> LEVRERO Constancio, Suspensión de la Ejecución del Acto Administrativo y Agotamiento de sus Efectos, 2ª edición, Editorial R dja, p. 241

<sup>68</sup> COUTURE Eduardo, Vocabulario Jurídico, 5ª edición, Editorial Jims, p. 564

<sup>69</sup> SALAZAR Alberto, Introducción al Derecho Administrativo, 3ª edición, Editorial Córdoba, p. 137

de la Administración serán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten.

Partiendo de esta premisa se ha establecido que la producción de efectos inherentes a la vigencia de un acto administrativo abarca la posibilidad de ser interrumpido o suspendido en virtud de la interposición de un reclamo o recurso propio de esta área del Derecho por parte del administrado, lo cual encuentra un sustento legal en las disposiciones contenidas en el marco jurídico correspondiente.

Pese a tal circunstancia, se torna preciso manifestar que la referida suspensión a la cual se hace alusión en el párrafo precedente no garantiza la configuración de una condición definitiva respecto de su estado, independientemente de que su vigencia se encuentre sujeta a lo establecido en la ley, esto, porque los efectos generados como consecuencia de la efectivización de un acto administrativo tienen la capacidad así mismo de carácter legal para reactivarse, en razón de la resolución emanada de la autoridad competente que haya conocido el caso, siempre y cuando, dicha resolución o sentencia sea de índole definitiva en cuanto se refiere a las instancias de sustanciación procesal que se han adoptado en la legislación ecuatoriana.

En este sentido, se ha manifestado que la rigidez del principio de ejecutoriedad y por lo tanto la configuración y aplicación de los efectos que producen los actos administrativos a través de su vigencia, se encuentra condicionada por la posibilidad de que la administración o los tribunales cuando esté pendiente una reclamación o se haya interpuesto un recurso, suspendan de oficio o a solicitud de la parte interesada sus efectos, lo cual se constituye en una extensión del ámbito que estructura el mandato legal por el cual se suspende automáticamente la eficacia de los actos administrativos.

Por lo tanto, el mandato legal al cual se hace referencia en la parte final del párrafo anterior constituye la generalidad y punto de partida a través del cual se sustenta la tutela judicial efectiva en la actividad administrativa y es a partir del mismo que se desprenden las demás actuaciones como la de oficio o la petición de parte interesada, por cuyas características es posible suspender los efectos y alcance de un acto administrativo.<sup>70</sup>

### **5.2.3. Suspensión de la Eficacia en Vía Administrativa**

En este numeral se hace un análisis de los parámetros o procedimientos en los cuales se configura la suspensión de la eficacia en vía administrativa a partir de la autoridad correspondiente que conoce sobre la reclamación de un acto administrativo o de la interposición de un recurso en la vía gubernativa, y tiene que resolver sobre la suspensión de dicho acto porque activa de oficio la potestad de suspender la eficacia de este o porque acepta la petición del administrado que ha formulado una solicitud para efectivizar el cumplimiento de sus derechos y consecuentemente dejar en suspenso la ejecutividad del acto.

En este sentido, es importante manifestar que aunque la facultad de suspender el acto administrativo se encuentre estipulada en el ordenamiento legal respectivo, la medida suspensiva como tal que se adopte para remediar un daño, se constituye como el producto del ejercicio de la referida atribución por parte del órgano administrativo ante el que tramita el procedimiento correspondiente.

Desde la perspectiva doctrinaria se han establecido una serie de casos en el ámbito administrativo, que por su condición de actos son

---

<sup>70</sup> GRANADA Ramiro, La Administración Pública en el Nuevo Contexto Constitucional, 2º edición, Ediciones Alfa & Omega, p. 127 - 128



susceptibles de ser suspendidos en vía administrativa, entre los más importantes pueden mencionarse los siguientes:

- Cuando el órgano que dicta el acto o resolución hubiere incluido en el propio acto una previsión tendiente a suspenderlo.
- Cuando el órgano administrativo hubiere iniciado un procedimiento de revisión de oficio de un determinado acto administrativo, deberá suspender la ejecución del acto en aquellos casos en que este pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación a favor del administrado.
- Cuando se interpusiere un recurso administrativo cualquiera que fuera su naturaleza, el órgano que la conozca podrá declarar la suspensión del acto en aquellos casos en que pudieren producirse daños de difícil o imposible reparación.

Para el efecto, la autoridad de que se trate se encuentra en la obligación de motivar adecuadamente la medida que suspende la eficacia del acto administrativo y explicar cómo pondera el eventual perjuicio que podría provocar a terceros o al interés público, este caso de suspensión opera de oficio o a petición de parte.

- Cuando interpuesto un reclamo o un recurso administrativo cualquiera sea su naturaleza y hubiere transcurrido un determinado plazo o término que ha de ser establecido en la normativa sin que el órgano administrativo hubiere resuelto el pedido de suspensión planteado por el recurrente.

Este constituye un caso de silencio administrativo de efectos positivos, que no beneficia al fondo de la pretensión jurídica sino a la sola

interrupción cautelar de los efectos del acto impugnado en sede administrativa.<sup>71</sup>

#### **5.2.4. Suspensión en Sede Jurisdiccional**

Respecto de la temática planteada, el tratadista Jorge Vélez manifiesta que "...el aplazamiento de la ejecución del acto o sursis a execution, parte de las reflexiones hechas por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y fue concebido como un arbitrio jurisdiccional tendiente a poner límites a la ejecutividad de los actos administrativos.<sup>72</sup>

Esta clase de medidas suspensivas se refiere a la facultad de la autoridad jurisdiccional para impedir mediante providencias o resoluciones la ejecución del acto administrativo.

En el ámbito de las relaciones jurídico administrativas, la facultad de suspender la ejecución de los actos administrativos es consustancial al poder jurisdiccional que ejercen o pueden ejercer los tribunales distritales en base a lo que se establece en el Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual se les confiere la potestad pública de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada.

La jurisdicción contenciosa en el Ecuador es ejercida por los tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Distritales de lo Fiscal que se encuentran supeditados a los parámetros leales establecidos en la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa y por el Código Tributario.

---

<sup>71</sup> NEIRA Edgar, <http://revistaruptura.com/archivos/revistas/50/PDF50-2f.pdf>, consultado el 16 de noviembre de 2010

<sup>72</sup> VÉLEZ Jorge, Los dos Sistemas del Derecho Administrativo, 2ª edición, Editorial Serie Major, p. 20

### **5.3. DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

Como ya se había manifestado anteriormente, las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en donde, extrapolando al ámbito administrativo también se generan condiciones para el tutelaje efectivo del administrado.

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 del derecho de que se trate, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos y así varias otras alternativas que pueden configurarse de acuerdo a la naturaleza del derecho que se esté vulnerando.<sup>73</sup>

En concordancia con lo manifestado, se pueden señalar que se constituyen doctrinariamente como características o presupuestos de las medidas cautelares entre otras, las detalladas en el siguiente esquema:

- Pueden ser adoptadas tanto de oficio como a petición de parte cuando así se lo considere necesario.
- El efecto jurídico que causa la aplicación o adopción de una medida cautelar debe ser obligatoriamente proporcional al derecho que está siendo fraccionado por la administración o en su defecto, por el administrado.

---

<sup>73</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Las Medidas Cautelares, artículo 26

- De acuerdo con la aplicación del principio dispositivo, queda terminantemente prohibida e imposibilitada la autoridad jurisdiccional de que se trate para adoptar medidas cautelares, cuyos efectos implique un mayor alcance del que haya sido solicitado por la parte afectada, esto, con excepción de los procedimientos referidos a la incapacidad y filiación.
- La legitimación activa se atribuye al actor, tanto principal como reconvenional, de tal manera que la medida se adopta bajo la responsabilidad de quien la solicita, que será responsable en caso de que la adopción de la misma ocasione daños o perjudique a los demandados.

En base a la conjunción de todo lo señalado anteriormente, cabe señalar que la adopción de medidas cautelares tanto en los procedimientos de carácter administrativo como en el resto de áreas del Derecho, se encuentran supeditados y configurados para estructurar una protección integral de los derechos que el ordenamiento jurídico otorga a los ciudadanos, además de garantizar el cumplimiento efectivo de las sentencias y resoluciones que la autoridad jurisdiccional adopte en virtud de la sustanciación de un proceso o controversia de índole legal.

Adicionalmente de las directrices establecidas de manera precedente, las medidas cautelares con el fin de garantizar su legalidad y correcta vigencia, deben estar caracterizadas por los siguientes parámetros:

- La instrumentalidad se configura ya que las mismas se adoptan en función del proceso principal al que sirven, y deben ser exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

- La provisionalidad por su parte se presenta ya que estas medidas cautelares a las que se hace alusión en el presente tema, no pretenden ser indefinidas en el tiempo, sino únicamente hasta que se cumpla la función de aseguramiento del derecho que se pretende proteger.
- La temporalidad constituye una de las características relacionada con la anterior, ya que las medidas cautelares no son indefinidas sino temporales.
- Variabilidad, ya que las medidas cautelares pueden variar si la situación fáctica cautelable también varía, esto, independientemente de las circunstancias que se presenten en la sustanciación o resolución de una controversia administrativa.
- Como ya se había manifestado anteriormente, la proporcionalidad es otra característica, ya que no se pueden adoptar medidas cautelares desproporcionadas para conseguir el fin perseguido que es el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o en su defecto, la protección de un derecho del administrado o de la administración.
- Procesalidad, ya que se adoptan en un proceso con todas las garantías del mismo, audiencia de partes, derecho de defensa, contradicción etcétera.

#### **5.4. DE LOS REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina que las medidas cautelares procederán cuando la autoridad jurisdiccional tenga conocimiento de un hecho por parte de

cualquier persona o de la administración pública que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.

Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación que se procura controlar con la adopción de la medida cautelar.

No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.<sup>74</sup>

Independientemente de los preceptos que se han planteado sobre los requisitos que deben cumplirse para que una medida cautelar se configure adecuadamente, la doctrina establece los siguientes puntos a ser tomados en cuenta:

- Para los casos en que la adopción de una medida cautelar sea solicitada a petición de parte interesada, se debe probar la titularidad del derecho que se pretende proteger.
- En necesario también aportar a la sustanciación del proceso, prueba suficiente que permita a la autoridad jurisdiccional, considerar probable la adopción de una medida cautelar.
- Para la adopción de medidas cautelares se requiere el convencimiento absoluto del éxito de la pretensión ya ejercitada o cuyo ejercicio se anuncie por el actor generalmente con la solicitud de las medidas cautelares que sean del caso.

---

<sup>74</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Las Medidas Cautelares, artículo 27

- Que la medida cautelar sea inherente a los derechos que se estén vulnerando al momento de su solicitud o pretensión.

De manera complementaria a lo expuesto, es necesario remitirse a lo establecido por Giovanni Priori, quien comentaría que las medidas cautelares buscan garantizar la efectividad de la sentencia en una litis más no la ejecución de la misma.

Este autor manifiesta que los clásicos tres requisitos para la concesión de una medida cautelar son:

- La verosimilitud del derecho.

El peligro en la demora.

- La adecuación.

Según el tratadista citado, este último requisito era confundido por la contra-cautela, algo que en realidad y en la práctica no se daba como un requisito previo a la concesión de la medida cautelar, pues la contra-cautela se entiende como una indemnización al daño realizado al bien cautelado en caso que la sentencia no resulte favorable para el demandante.

Y además, la contra cautela no se entrega previa a la solicitud de la medida cautelar sino cuando se ejecuta la tutela cautelar.

En consecuencia, no debería entenderse la existencia de la contra-cautela como un requisito para la concesión de una medida cautelar.

En ese aspecto, la adecuación es un sentido más amplio e incluye la contra cautela desde cierto punto de vista, esto es, que se entiende por

adecuación tal como su nombre lo expresa, la medida adecuada que se solicita para la concesión de una tutela cautelar.

#### **5.5. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

El procedimiento para ordenar medidas cautelares será informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases. La jueza o el juez tendrán la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado por el cometimiento o vigencia de un acto.

Cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier jueza o juez.

Si hubiere más de una jueza o juez, la competencia se radicará por sorteo, en la sala de sorteos se atenderá con prioridad a la persona que presente una medida cautelar, en caso de que se presente la petición oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal.

La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho.

En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares, de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción.



El requerimiento se tramitará de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

El peticionario deberá declarar si ha interpuesto otra medida cautelar por el mismo hecho.

Una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes.

No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas.

La jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación.

En el caso de que la jueza o juez ordene las medidas correspondientes, especificará e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse; sin perjuicio de que, por las circunstancias del caso, la jueza o juez actúe de forma verbal; y se utilizarán los medios que estén al alcance de la jueza o juez, tales como llamadas telefónicas, envíos de fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos.

## **CAPÍTULO 6**

### **6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **6.1. CONCLUSIONES**

Las conclusiones a las que se ha llegado mediante el desarrollo de la presente investigación, respecto de la garantía de tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo frente a las nuevas tendencias del Derecho Administrativo, permiten vislumbrar una clara necesidad por adoptar nuevas perspectivas y modalidades en la protección de los derechos ciudadanos frente a la actividad inherente al manejo del Estado ecuatoriano, en este sentido, se proponen a continuación las siguientes conclusiones:

- El tutelaje judicial efectivo se encuentra revestido de gran relevancia para los intereses de cada ciudadano y consecuentemente de la sociedad, razón por la cual es preciso asumirlo con mayor profundidad desde la perspectiva teórica o doctrinaria, a fin de que se adopten medidas fiscales tendientes a fomentar su utilización y garantizar así, una protección integral de los administrados.
- Los facultativos o parámetros que configuran el acceso público del ciudadano ecuatoriano a una forma integral de protección de sus derechos mediante la tutela judicial efectiva, no son ampliamente conocidos, lo cual da como consecuencia directa que se violenten muchos derechos y por lo tanto se actúe en un sistema injusto que

en este caso mantiene o atribuye una responsabilidad por tales circunstancias a cada administrado y también al Estado.

- Las nuevas tendencias que se están configurando en el Derecho Administrativo actualmente, que a partir de un análisis general son de carácter positivo para el bienestar estatal y ciudadano y que se han dado debido a la influencia de ciertos factores como la tecnificación y tecnologización, adopción de nuevas metodologías y normativa jurídica más eficiente, nueva ideología o pensamiento social respecto de las obligaciones que tiene el Estado para con cada uno de sus miembros, está generando una fluidez en la actuación administrativa, la cual busca mejorar su estructura de manera integral en el Ecuador.
- La tutela judicial efectiva como instrumento jurídico, constituye una herramienta indispensable para la administración de justicia, a fin de que mediante su emplea se torne factible la protección de los derechos propios de cada ciudadano en el país, sin embargo, el conocimiento ciudadano de la misma es de carácter sumamente limitado, razón por la cual se han dado muchos casos en los que a primado la impunidad y desprotección por parte del Estado para con sus miembros.
- Cabe señalar que la tutela judicial efectiva se encuentra ligada de manera muy estrecha con las funciones estatales, por lo que es preciso manifestar que la conjunción de sus factores constitutivos, implican de manera vinculante a su naturaleza el hecho de garantizar la posibilidad de todos y cada uno de los miembros de la sociedad al acceso jurisdiccional conjuntamente con el derecho de acción.

- Frente al tutelaje judicial efectivo, se ha podido concluir que en la legislación ecuatoriana se hallan establecidas diversas normas y disposiciones que van desde el ámbito constitucional hasta aquellas de tipo reglamentario, en virtud de las cuales se busca complementar la perfecta vigencia y utilización de dicho tutelaje con el establecimiento de directrices legales como la imparcialidad y objetividad de las autoridades jurisdiccionales al momento de adoptar medidas que protejan el derecho o los intereses de los administrados.
- Un factor clave y que es determinante para los intereses del administrado y de cada ciudadano en general, es el hecho de que se prohíbe la indefensión de estos ante un acto que atenta contra su bienestar, lo cual hace del tutelaje judicial efectivo una obligación de carácter vinculante a las actividades del Estado, como ente superior creado para proteger a sus miembros.
- Las características que le son conferidas a la tutela cautelar respecto del desarrollo de un proceso contencioso administrativo, proporcionan en su conjunción una verdadera protección de los ciudadanos, pese a que su tratamiento en la ley correspondiente es demasiado ambiguo y no se le da la verdadera relevancia que conlleva su naturaleza, factor este, que se contrapone con las nuevas tendencias del Derecho Administrativo en el Ecuador, en base de las cuales se busca garantizar un mayor desarrollo social a través de la adopción de medidas que cada vez son adicionadas con parámetros de corte social, esto es, que cada miembro de la sociedad debe mantener un acceso a la justicia por sobre cualquier otro requerimiento que se presente.
- En cuanto se refiere al Derecho Comparado de la tutela cautelar en la región sudamericana, es posible apreciar que la tendencia

general es ampliamente homogénea en cuanto a su fondo, manteniéndose cambios superficiales que afectan o dan como consecuencia resultados diferentes en su forma, factor del cual se colige que la institucionalidad jurídica de la tutela cautelar en el Ecuador mantiene bases doctrinarias y legales muy adecuadas a las necesidades que se presentan en su sociedad.

- Frente a la tutela cautelar y la obligación estatal en general por garantizar al ciudadano o administrado una protección integral frente al desmedro de diversos tipos de derechos, es importante señalar que el marco legal no cuenta con una verdadera estructura legal, esto es, que se auxilia y complementa con parámetros legales contenidos en normas distintas a su naturaleza.
- De manera contraria a lo manifestado en el precepto que antecede, es preciso manifestar que en el país la ejecutividad del acto administrativo se encuentra plenamente desarrollado, esto es, que en base a las nuevas tendencias del Derecho Administrativo se está cumpliendo con inmediatez, lo cual constituye un factor de carácter positivo para el desarrollo de la sociedad ecuatoriana y cada uno de sus miembros.
- Cabe anotar también que la presunción de legalidad es positiva para el desarrollo de las actividades administrativas, en virtud de que le confiere celeridad en sus actuaciones y cierto poder para hacerlas efectivas, lo cual le concede a su vez a la administración pública un poder positivo sobre la voluntad de los administrados, aunque en este sentido cabe mencionar que se debe tomar muy en cuenta la auto regulación del sistema a fin de no configurar errores fiscales que vayan en desmedro de los intereses y derechos del individuo.

## **6.2. RECOMENDACIONES**

Las recomendaciones que se plantean a continuación, buscan establecer los mecanismos idóneos para garantizar de mejor manera la efectividad de la tutela judicial frente a actos cometidos por la administración pública en el desarrollo de sus actividades contra el o los interés de los administrados o por la violación de sus respectivos derechos.

En tal virtud, se recomienda adoptar las siguientes medidas:

- El Estado ecuatoriano debe proporcionar mayores vías de acceso para que el público tenga la capacidad de acceder a la tutela judicial, esto es, mediante la adopción de medidas como la asesoría legal gratuita en este sentido, publicidad respecto de los beneficios que esta tutela implica para el individuo, fluidez en la sustanciación de procesos de este tipo, y otras de similar naturaleza.
- El Estado ecuatoriano conjuntamente con la sociedad civil deben promover a través del análisis de la situación actual de la administración pública, un marco jurídico que faculte el acceso integral a los diferentes parámetros del ámbito administrativo, como es el caso de la tutela judicial efectiva y la adopción de medidas cautelares en beneficio de la protección de los derechos tanto de ciudadanos como de la administración pública, con la finalidad de que por este medio se puedan configurar procedimientos basados en la celeridad, eficacia y la propia justicia.
- En el sistema administrativo ecuatoriano así como también en el jurisdiccional, se deben adoptar medidas y experiencia que ya han tenido resultados positivos en países de la región, pues los factores

positivos que estos implican están sustentados en la homogeneidad existente entre las culturas del Estado ecuatoriano y sus similares.

- Por la importancia que acarrea la tutela judicial efectiva para los intereses de la sociedad en el Ecuador, es preciso que esta cuente con un rango constitucional de aplicación, puesto que en este sentido se le está brindando un peso jurídico que tiene la capacidad de efectivizar aún más la obligación estatal de brindar protección a sus miembros.
- En el ámbito de la actividad administrativa pese a que las autoridades respectivas no cuentan con la capacidad de dictar u ordenar la adopción de medidas cautelares tal como sucede en el ámbito jurisdiccional, si se les debe conferir mediante las reformas legales que sean del caso, la facultad de prevenir abusos o quebrantamientos del derecho de un administrado a través de la adopción de cierto tipo de medidas como la declaratoria de un acto cautelar provisional de corto plazo, a fin de que por medio de este se pueda acceder mediante la intervención de la justicia a nuevos tipos de medidas cautelares sustentadas en la legalidad.
- En virtud de que la tutela judicial efectiva se encuentra ligada de manera muy estrecha con las funciones y actividades que desempeña el Estado, el asambleísta debe dotar de los mecanismos legales adecuados para que la administración ejecute sus funciones con el menor impacto posible a los intereses ciudadanos, para lo cual se debe tomar muy en cuenta los factores constitutivos que estructuran la misma.
- La tutela cautelar administrativa en el Ecuador debe estar reglamentada de manera específica en la legislación vigente,

debido a que la naturaleza de la actividad estatal acarrea implicaciones diferentes a las que se configuran en el campo penal o civil.

De esta forma, es posible focalizar la actuación administrativa y más específicamente la protección de los derechos de los administrados, con lo cual, los resultados son mucho más notorios y positivos para la sociedad en general.

- En este mismo sentido, es preciso manifestar que la prohibición de indefensión debe ser establecida conjuntamente con la del tutelaje judicial efectivo y las medidas cautelares de carácter administrativo, puesto que en última instancia, los preceptos finales que se han señalado, parten de la prohibición de indefensión.
- Del mismo modo, la presunción de legalidad debe ser asumida con mayor profundidad, a fin de que no se produzcan actos administrativos viciados de errores y que perjudiquen a los intereses de los administrados, entre las principales directrices que en este sentido se tienen que adoptar, se encuentra la fundamentación correcta de un acto administrativo, la determinación clara del alcance inherente al acto administrativo, una estimación temporal de los efectos que este producirá y otros de similar naturaleza.



## **BIBLIOGRAFÍA**

Alessi, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, dos tomos, traducción del italiano, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1970.

Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1947.

Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Andrade y Asociados Fondo Editorial, Quito, 2007.

Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Quinta Edición, dos Tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

Dromi, Roberto, Derecho Administrativo.- Quinta Edición.- Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

Gordillo A. Agustín, Tratado de Derecho Administrativo.- segunda edición.- Ediciones Macchi, Buenos Aires, s/f.

Oyarte Martínez, Rafael, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II La Función Legislativa, Fondo Editorial Andrade y Asociados, Quito, 2005.

Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Varios tomos, Segunda Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978.

Pérez, Antonio y Pérez Efraín, Manual de Contratos del Estado, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.

Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, dos tomos, Editorial Martín Bianchi, Montevideo, 1986.

Zavala Egas, Jorge, Derecho Administrativo, Tomo I, Edino, Guayaquil, 2003.

Zavala Egas, Jorge, Derecho Administrativo, Tomos II, Edino, Guayaquil, 2007.

ALTERINI, Atilio Aníbal. La Inseguridad Jurídica. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando. Nuevo Código de Procedimiento Penal Comentado (Ley 600 de 2000). Bogotá: Leyer, 6ª ed., 2001.

CALAMANDREI, Piero. Providencias Cautelares. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1964.

CAMPO CABAL, Juan Manuel. Perspectivas de las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

CARNELLUTI, Francisco. Instituciones del Nuevo Proceso Italiano. Traducción de JAIME GUASP DELGADO. Barcelona: Bosch, 1942.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa. Madrid: Civitas, 1991.

CHIOVENDA, José. Principios del Derecho Procesal Civil. Tomo 1. Madrid: Reus, 1977.

FÁBREGA PONCE, Jorge. Medidas Cautelares. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. Medidas Cautelares. Introducción a su Estudio. Bogotá: El Foro de la Justicia, 1991.

GIMENO SENDRA, Vicente y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Las Medidas Cautelares en Materia Comercial en INSTITUTO

COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1996.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal. Pamplona: EUNSA, 1974.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo. Caracas: Vadell Hermanos, 1997.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Las Medidas Cautelares. Su Regulación en el Código de Comercio de Colombia en INSTITUTO COLOMBIANO

DE DERECHO PROCESAL. XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1996.

LOPEZ PEÑARANDA, Gerardo. Extinción del Dominio, Alternatividad y Medidas Cautelares en el Proceso Penal. Bogotá: Librería Jurídica Radar Ediciones, 1998.

MARTEL CHANG, Rolando Alfonzo. Acerca de la Necesidad de Legislar sobre las Medidas Autosatisfactivas en el Proceso Civil publicada en [sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/Human/Martel\\_Ch\\_R/titulo\\_4.htm](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/Human/Martel_Ch_R/titulo_4.htm).

PASTOR BORGONÓN, Blanca y VAN GINDERACHTER, Eric. El Procedimiento de Medidas Cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Madrid: Civitas, 1993.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. Procesos y Medidas Cautelares. Bogotá: OKEY Impresores, 2ª ed., 1991.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Enjuiciamiento Civil, Tomo II. Barcelona: Bosch, 1997.

ROJAS GONZÁLEZ, Germán Eduardo. Esencia y Trámite de la Función Cautelar. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1996.

SALAMANCA MOLANO, Guillermo. Medidas Cautelares en los Procesos Civiles y Laborales en ARDILA MORENO, Orlando, compilador. Contribuciones a la Ciencia Jurídica. Bogotá: Editorial Diana Colombiana, 1984.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja, 1974.

## ANEXO I

<b>ESQUEMA TUTELA ANTICIPATORIA O INTERINA</b>					
<b>TUTELA O MEDIDA TIPO</b>	<b>OPORTUNIDAD</b>	<b>JUSTIFICACIÓN</b>	<b>OBJETO</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA</b>
<b>ANTICIPATORIA O INTERINA</b>	Se adelanta al objeto de pretensión en el mismo proceso de conocimiento.	En la necesidad de evitar la consumación de un daño grave e irreparable o de difícil o de difícil reparación.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Anticipar total o parcialmente y de manera provisional o interina, lo pretendido por la parte requirente</li> <li>2.- Librar del periculum in damni</li> <li>3.- Distribuir la carga del tiempo en el proceso entre los litigantes.</li> </ol>	<p>Potestad</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Genérica</li> <li>2.- Discrecional, 3.- Provisional, 4.- Diferenciada, 5.- Mutable o flexible.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Exista convicción suficiente a cerca del derecho alegado</li> <li>2.- se acredite en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase, se causaría daño irreparable, o daño de difícil reparación al peticionante.</li> <li>3.-Que se efective contrarutela suficiente, salvo que se encuentre el peticionario exento.</li> <li>4.- Que la anticipación no surta efectos irreparables en la sentencia definitiva.</li> </ol>
<b>ESQUEMA TUTELA AUTOSATISFACTIVA O MEDIDA DE EFECTIVIDAD INMEDIATA</b>					
<b>TUTELA O MEDIDA TIPO</b>	<b>OPORTUNIDAD</b>	<b>JUSTIFICACIÓN</b>	<b>OBJETO</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA</b>
<b>MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS O MEDIDAS DE EFECTIVIDAD INMEDIATA</b>	Son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita pars, de naturaleza no cautelar.	El peticionario obtiene de entrada la satisfacción de su derecho sin haberse agotado el conocimiento del juez, porque la urgencia es más importante que la certeza: son casos en que corresponde ingresar sobre el fondo, generando una solución semejante a la decisión final.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.- La resolución urgente de pretensiones en forma definitiva.</li> <li>2.- Una vez concedida se “agota o consume” el objeto del proceso.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Autónomas y no instrumentales,</li> <li>2.- Son definitivas y no provisionales</li> <li>3.- Son urgentes y por ende de ejecutabilidad inmediata.</li> <li>4.- Son mutables y Flexibles</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Que se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto o, cuando menos una fuerte probabilidad, y aún la certidumbre de que el derecho material sea atendible por fundado.</li> <li>2.- que la tutela inmediata sea imprescindible o irremplazable, produciéndose en caso contrario, la frustración del derecho objeto de la solicitud, lo que las convierte en imposterables</li> <li>3.- Que no fuere necesaria la tramitación de un proceso autónomo de conocimiento, porque el interés del postulante se circunscribe a obtener la ..</li> </ol>

					...solución de urgencia requerida. 4.- Se efectivizará contracautela de estimarse necesario por el juez.
<b>ESQUEMA TUTELA CAUTELAR O PRECAUTORIA</b>					
<b>TUTELA O MEDIDA TIPO</b>	<b>OPORTUNIDAD</b>	<b>JUSTIFICACIÓN</b>	<b>OBJETO</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA</b>
<b>CAUTELAR PRECAUTORIA</b>	Pueden requerirse y disponerse dentro de un proceso cautelar que carece de autonomía. Además de quien las pide, esta el mismo órgano jurisdiccional que pretende asegurar la ejecución forzosa.	Asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso iniciado o próximo a ello.	Carecen de un fin en si mismas, nacen al servicio de una resolución definitiva.  1.- Finalidad asegurativa general. 2.-Finalidad asegurativa conservativa. 3.- Finalidad asegurativa innovativa.	1.- Provisionalidad 2.- Instrumentalidad 3. Cuasiejetividad 4.-Mutabilidad 5. Inaudita pars 6.- No causan efectos de cosa juzgada 7.- Son de ejecución inmediata	1.- Verosimilitud del derecho invocado o apariencia de buen derecho (fumus boni iuris). 2.- Objetiva posibilidad de riesgo o frustración del derecho invocado por la demandante, por el transcurso del tiempo en la sustanciación del proceso (periculum in mora). 3.- La contracautela.

## ANEXO II

<b>ESQUEMA MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS DE SUSPENSIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO</b>					
<b>TIPO DE MEDIDA</b>	<b>OPORTUNIDAD</b>	<b>DEFINICION</b>	<b>OBJETO</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA</b>
<b>JUDICIAL</b>	Medida cautelar tradicional que acomete contra el dogma de la ejecutoriedad de los actos administrativos.	Es la cesación total o parcial de los efectos de un determinado acto administrativo, dispuesta por el juzgador contencioso administrativo en cualquier momento del juicio, a petición de parte y con el propósito de tutelar las pretensiones subjetivas del accionante.	Asegurar los resultados de un proceso principal <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Finalidad asegurativa general</li> <li>2. Finalidad asegurativa y conservativa</li> </ol>	Potestad <ol style="list-style-type: none"> <li>1.-Instrumental</li> <li>2.- Transitoria y revocable</li> <li>3.- No contradictoria</li> <li>4.- complementaria</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Existencia de un acto administrativo ejecutivo,</li> <li>2.- La acreditación razonada o si fuere el caso, documentada de que la ejecución del acto provocará más daños de los que pudieren ocurrir con la suspensión del mismo</li> <li>3.- Apariencia de buen derecho.</li> <li>4.-El fumus boni iuris</li> </ol>
<b>ESQUEMA MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS DE SUSPENSIÓN JUDICIAL DEL ACTO DENEGATORIO</b>					
<b>JUDICIAL</b>	Medida cautelar suspensiva contra los actos denegatorios administrativos	Es la medida cautelar por medio de la cual se condena provisoriamente a la administración pública a otorgar el derecho desestimado.	Asegurar los resultados de un proceso principal <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Finalidad asegurativa general.</li> <li>2. Finalidad asegurativa innovativa.</li> <li>3. Finalidad asegurativa conservativa</li> </ol>	Potestad <ol style="list-style-type: none"> <li>1.-Instrumental</li> <li>2.- Transitoria y revocable</li> <li>3.- No contradictoria</li> <li>4.- complementaria</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Existencia de un acto administrativo denegatorio ejecutivo,</li> <li>2.- La acreditación razonada o si fuere el caso, documentada de que la ejecución del acto provocará mas daños de los que pudieren ocurrir con la suspensión del mismo</li> <li>3.- Apariencia de buen derecho.</li> <li>4.-El fumus boni iuris</li> </ol>

**ESQUEMA DE MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS CONTRA LA ADMINISTRACION**

<b>OPORTUNIDAD</b>	<b>DEFINICION</b>	<b>OBJETO</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA</b>
<p>Pueden requerirse y disponerse dentro de un proceso cautelar que carece de autonomía.</p> <p>Además de quien las pide, está el mismo órgano jurisdiccional que pretende asegurar la ejecución forzosa.</p>	<p>Es la medida cautelar por medio de la cual el juez contencioso administrativo puede adoptar medidas necesarias para los casos en que la Administración ejecuta conductas materiales que importen vías de hecho administrativas, lesivas de un derecho o garantía constitucionales,</p>	<p>Carecen de un fin en sí mismas, nacen al servicio de una resolución definitiva.</p> <p>1.- Finalidad asegurativa general</p> <p>2.- Finalidad asegurativa innovativa</p>	<p>1.- Provisionalidad</p> <p>2.- Instrumentalidad.</p> <p>3.- Cuasijetividad.</p> <p>4.- Mutabilidad.</p> <p>5. Inaudita parts.</p> <p>6.- No causan efectos de cosa juzgada.</p> <p>7.- Son de ejecución inmediata</p>	<p>1.- Verosimilitud del derecho invocado o apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)</p> <p>2.- Objetiva posibilidad de riesgo o frustración del derecho invocado por la demandante, por el transcurso del tiempo en la sustanciación del proceso (periculum in mora)</p> <p>3.- La contracautela</p>

**ESQUEMA DE MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS CONTRA LOS HECHOS DE LA ADMINISTRACION**

<b>OPORTUNIDAD</b>	<b>DEFINICION</b>	<b>OBJETO</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA</b>
<p>Es una medida cautelar que se solicita antes de iniciado un proceso por actuaciones de hecho por parte de la administración que vulneren derechos.</p>	<p>Es la medida cautelar por medio de la cual se solicita la protección cautelar que, de acuerdo a las particularidades de cada caso, podrá ser una medida de no innovar, o una medida positiva que resguarde el derecho lesionado.</p>	<p>1.- Asegura la efectividad de una posible sentencia.</p> <p>2.- Tiene el objeto de resguardar el derecho lesionado.</p>	<p>1.- No es contra un acto administrativo.</p> <p>2.- Transitoria y revocable</p> <p>3.- Deviene del derecho a la tutela cautelar.</p> <p>4.- Es una garantía para equilibrar las actuaciones de hecho que la administración comete en contra del administrado.</p>	<p>1.- Que devenga de un hecho administrativo y no de un acto administrativo.</p> <p>2.- Que exista la apariencia de buen derecho.</p> <p>3.- Demostración del Periculum in mora a causa de los hechos materializados por la administración.</p>

**ESQUEMA DE MEDIDAS CAUTELARES AUTÓNOMAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN**



MEDIDA OPORTUNIDAD	OPORTUNIDAD	DEFINICION	OBJETO	CARACTERÍSTICAS	PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA
<b>DE MEDIDAS CONTRA LA INTRACCIÓN</b>	<p>Se solicitan antes del proceso de conocimiento, con la condición de que se solicite la ratificación al interponer el recurso en el término de diez días. De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.</p>	<p>Son las que se enfrentan particularmente con las potestades exorbitantes de la administración, mientras la cuestión todavía se halla en el seno de la Administración y sujeta a su decisión.</p>	<p><b>1.-</b> Límita las prerrogativas que el ordenamiento concede a la Administración para hacer posible la consecución de sus fines.  <b>2.-</b> Control judicial efectivo y oportuno.  <b>3.-</b> Marca el límite entre la relación de la autotutela ejecutiva y principio de legalidad.</p>	<p>1.- Tutela autónoma.  2.- Exige más de los requisitos formales o presupuestos de procedencia para su concesión.  3.- Transitoria y revocable.  4.- Puede ser presentada también después de concluido el proceso.</p>	<p>1.- No debe de basarse en la presunción.  2.- La medida no debe de ocasionar perturbación grave de los intereses generales o de un tercero.  3.- Además del <i>fumus bonis iuris</i> y el <i>periculum in mora</i> o la <i>contracautela</i>, como requisito debe de haber la posibilidad de un perjuicio inminente e irreparable.</p>

## ANEXO II

<b>ESQUEMA MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS DE SUSPENSIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO</b>					
<b>TUTELA O MEDIDA CAUTELAR O PRECAUTORIA CLASES</b>	<b>OPORTUNIDAD</b>	<b>DEFINICION</b>	<b>OBJETO</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA</b>
SUSPENSIÓN JUDICIAL DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	Medida cautelar tradicional que acomete contra el dogma de la ejecutoriedad de los actos administrativos.  También la Administración pública podría solicitar esta medida cautelar en los casos de acciones de lesividad.	Es la cesación total o parcial de los efectos de un determinado acto administrativo, dispuesta por el juzgador contencioso administrativo en cualquier momento del juicio, a petición de parte y con el propósito de tutelar las pretensiones subjetivas del accionante.	Asegurar los resultados de un proceso principal  1. Finalidad asegurativa general  2. Finalidad asegurativa y conservativa	Potestad  1.-Instrumental 2.- Transitoria y revocable 3.- No contradictoria 4.- complementaria	1.- Existencia de un acto administrativo ejecutivo, 2.- La acreditación razonada o si fuere el caso, documentada de que la ejecución del acto provocará más daños de los que pudieren ocurrir con la suspensión del mismo 3.-Apariencia de buen derecho. 4.-El fumus boni iuris
<b>ESQUEMA MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS DE SUSPENSIÓN JUDICIAL DEL ACTO DENEGATORIO</b>					
<b>TUTELA O MEDIDA CAUTELAR O PRECAUTORIA CLASES</b>	<b>OPORTUNIDAD</b>	<b>DEFINICION</b>	<b>OBJETO</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA</b>
SUSPENSIÓN DEL ACTO DENEGATORIO	Medida cautelar suspensiva contra los actos denegatorios administrativos	Es la medida cautelar por medio de la cual se condena provisoriamente a la administración pública a otorgar el derecho desestimado.	Asegurar los resultados de un proceso principal  1. Finalidad asegurativa general. 2. Finalidad asegurativa innovativa. 3. Finalidad asegurativa conservativa	Potestad  1.-Instrumental 2.- Transitoria y revocable 3.- No contradictoria 4.- complementaria	1.- Existencia de un acto administrativo denegatorio ejecutivo, 2.- La acreditación razonada o si fuere el caso, documentada de que la ejecución del acto provocará más daños de los que pudieren ocurrir con la suspensión del mismo 3.-Apariencia de buen derecho. 4.-El fumus boni iuris

**ESQUEMA DE MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS CONTRA LA ADMINISTRACION**

<b>TUTELA O MEDIDA CAUTELAR O PRECAUTORIA CLASES</b>	<b>OPORTUNIDAD</b>	<b>DEFINICION</b>	<b>OBJETO</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA</b>
<b>MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS CONTRA LA ADMINISTRACION</b>	Pueden requerirse y disponerse dentro de un proceso cautelar que carece de autonomía.  Además de quien las pide, está el mismo órgano jurisdiccional que pretende asegurar la ejecución forzosa.	Es la medida cautelar por medio de la cual el juez contencioso administrativo puede adoptar medidas necesarias para los casos en que la Administración ejecuta conductas materiales que importen vías de hecho administrativas, lesivas de un derecho o garantía constitucionales,	Carecen de un fin en sí mismas, nacen al servicio de una resolución definitiva.  1.- Finalidad asegurativa general 2.- Finalidad asegurativa innovativa	1.- Provisionalidad 2.- Instrumentalidad. 3.- Cuasijejurisprudencia. 4.- Mutabilidad. 5. Inaudita pars. 6.- No causan efectos de cosa juzgada. 7.- Son de ejecución inmediata	1.- Verosimilitud del derecho invocado o apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) 2.- Objetiva posibilidad de riesgo o frustración del derecho invocado por la demandante, por el transcurso del tiempo en la sustanciación del proceso (periculum in mora) 3.- La contraautela
<b>ESQUEMA DE MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS CONTRA LOS HECHOS DE LA ADMINISTRACION</b>					
<b>TUTELA O MEDIDA CAUTELAR O PRECAUTORIA CLASES</b>	<b>OPORTUNIDAD</b>	<b>DEFINICION</b>	<b>OBJETO</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA</b>
<b>MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LOS HECHOS DE LA ADMINISTRACION</b>	Es una medida cautelar que se solicita antes de iniciado un proceso por actuaciones de hecho por parte de la administración que vulneren derechos.	Es la medida cautelar por medio de la cual se solicita la protección cautelar que, de acuerdo a las particularidades de cada caso, podrá ser una medida de no innovar, o una medida positiva que resguarde el derecho lesionado.	1.- Asegura la efectividad de una posible sentencia. 2.- Tiene el objeto de resguardar el derecho lesionado.	1.- No es contra un acto administrativo. 2.- Transitoria y revocable 3.- Deviene del derecho a la tutela cautelar. 4.- Es una garantía para equilibrar las actuaciones de hecho que la administración comete en contra del administrado.	1.- Que devenga de un hecho administrativo y no de un acto administrativo. 2.- Que exista la apariencia de buen derecho. 3.- Demostración del Periculum in mora a causa de los hechos materializados por la administración.

**ESQUEMA DE MEDIDAS CAUTELARES AUTÓNOMAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN**

TUTELA O MEDIDA CAUTELAR O PRECAUTORIA CLASES	OPORTUNIDAD	DEFINICION	OBJETO	CARACTERÍSTICAS	PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA
<b>ESQUEMA DE MEDIDAS CAUTELARES AUTÓNOMAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN</b>	<p>Se solicitan antes del proceso de conocimiento, con la condición de que se solicite la ratificación al interponer el recurso en el término de diez días. De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.</p>	<p>Son las que se enfrentan particularmente con las potestades exorbitantes de la administración, mientras la cuestión todavía se halla en el seno de la Administración y sujeta a su decisión.</p>	<p><b>1.-</b> Límita las prerrogativas que el ordenamiento concede a la Administración para hacer posible la consecución de sus fines.  <b>2.-</b> Control judicial efectivo y oportuno.  <b>3.-</b> Marca el límite entre la relación de la autotutela ejecutiva y principio de legalidad.</p>	<p>1.- Tutela autónoma.                  2.- Exige más de los requisitos formales o presupuestos de procedencia para su concesión.                  3.- Transitória y revocable.                  4.- Puede ser presentada también después de concluido el proceso.</p>	<p>1.- No debe de basarse en la presunción.                  2.- La medida no debe de ocasionar perturbación grave de los intereses generales o de un tercero.                  3.- Además del fumus bonis iuris y el periculum in mora o la contra cautela, como requisito debe de haber la posibilidad de un perjuicio inminente e irreparable.</p>

### ANEXO III

**Proyecto de interposición de demanda contencioso administrativa con solicitud de medidas cautelares.**

**SEÑORES JUECES DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO No. 1 PICHINCHA / No. 2 GUAYAS Y GALAPAGOS/No. 3 AZUAY / No. 4 MANABÍ:**

R.A.F.M., Gerente General y representante legal de la compañía XXXX S.A., ante ustedes comparezco y manifiesto:

1. Dentro del plazo legal, previsto en el artículo 31 de la ley de la Jurisdicción contencioso administrativo, de veinte días hábiles, de recibida la notificación de la resolución emitida por el Inspector del Ministerio de Relaciones Laborales, (*citar el órgano administrativo autor del acto, resolución, acuerdo, actividad o disposición general que se pretende impugnar y la fecha*). Contra la expresada resolución interpongo RECURSO SUBJETIVO O DE PLENA JURISDICCIÓN, al amparo del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (*Este precepto puede cambiar dependiendo del alcance de los efectos del acto administrativo impugnado, si es erga omnes o subjetivo*)
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 y 31 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, se acompañan los siguientes documentos:
  - a) Nombramiento debidamente inscrito en el registro mercantil con el cual acredito la representación legal que ostento en calidad de Gerente General y representante legal, (*pudiendo legitimarse con el nombramiento otro cargo con representación legal, una procuración judicial o mandato, o ninguno, en tratándose de la comparecencia de personas naturales por sus propios derechos Documento No. 1*).
  - b) Acto administrativo que se impugna (*Documento No. 2*).
  - c) Documentos a los que hace referencia de la petición de medidas cautelares, que han de tomarse en consideración para la adopción de medidas cautelares (documentos No. 3 a 6).

#### **FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA DEMANDA:**

Mi representada realiza turismo de crucero navegable en la Reserva marina de Galápagos, y cuenta con personal en relación de dependencia que realiza actividades de hotelería a bordo durante los cruceros de ocho días, acorde al itinerario aprobado por el Parque Nacional Galápagos, el personal trabajo tres semanas a bordo de la nave y descansa una, en su domicilio, el cocinero XXX es un empleado en relación de dependencia que labora también en el mismo horario. El Director General del Trabajo el 18 de octubre de 2013, impuso la multa de doscientos dólares de los Estados Unidos de América, de conformidad con el Art. 628 del Código del Trabajo, luego de una inspección integral del trabajo realizada el 30 de noviembre de 2012, señala que mi representada ha cometido una infracción al "no respetar el horario de trabajo de ocho horas" sancionándole con una multa de un sueldo básico, situación que no constituye un acto tipificado entre las infracciones administrativas en

materia laboral, ya que el horario de trabajo de los empleados de una empresa turística que realiza su actividad con itinerario autorizado en la Reserva Marítima de Galápagos, a bordo de una nave autorizada legalmente para operar en crucero navegable, es especial de cinco semanas a bordo de la nave y dos o catorce días de descanso en su hogar, de conformidad con los documentos adjuntos, por lo cual mi representada impugna el acto administrativo sancionatorio e interpone acción contencioso administrativa contra la resolución antes referida. Solicito se disponga que el funcionario administrativo, remita a esta judicatura el expediente administrativo a fin de que se confiera a mi representada copia certificada del mismo.

Acompaño a esta demanda, la solicitud de aprobación del horario especial, presentado ante el Ministerio de Relaciones Laborales el 4 de enero de 2012 y que a pesar de haber transcurrido más de once meses aún mi representada no ha recibido respuesta.

**PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES:**

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 75, 76 núm. 1, 226, 424, 11 núm. 3 y 9 de la Constitución de la República del Ecuador, se solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado en base a las alegaciones que desarrollaré a continuación:

El Art. 47, 50 y 51 del Código del Trabajo, establecen la duración de la jornada de trabajo y el tiempo de descanso obligatorio, así como en el Art. 64 estipula que los reglamentos internos y horarios deben ser aprobados por el Director regional del Trabajo.

"Art. 64.- Reglamento interno.- Las fábricas y todos los establecimientos de trabajo colectivo elevarán a la Dirección Regional del Trabajo en sus respectivas jurisdicciones, copia legalizada del horario y del reglamento interno para su aprobación..."

"Constitución Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y

aplicadas por las autoridades competentes." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público."(Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos"  
(Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. 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.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento."

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán

*obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.*

*El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.” (Lo subrayado y en negrilla es mío)*

## **ALEGACIONES**

**PRIMERA.** La ejecución inmediata del acto administrativo recurrido ocasionaría a mi representada unos perjuicios irreparables e irreversibles por cuanto crea un mal ambiente de trabajo para el personal que podría terminar en el cierre de la empresa, por cuanto el cocinero y el personal, en base a la resolución consideran a mi representada infractora de derechos laborales, siendo falsa tal imputación.

Así es, la previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, arroja un resultado claramente favorable a mi representada. Debe tenerse en cuenta que mi representada adjunta las constancias de salida de los trabajadores cada cinco semanas y retorno luego de una semana o catorce días, con lo cual se entrega al trabajador un descanso acumulado, lo cual no está prohibido. Es indispensable la suspensión del acto administrativo sancionatorio a fin de que no cause efecto irreparables, esto es la pretensión masiva de los trabajadores de modificación de horario de trabajo, lo cual podría causar inclusive el cierre de mi representa y la no atención de los turistas con los graves daños y perjuicios que tal incumplimiento podría acarrear... (razonar y explicar porque se le producen perjuicios al accionante y cuál es la naturaleza de tales perjuicios)

Además, los expresados perjuicios que se irrogan a mi representada están justificados, pues consta en los documentos aportados con el presente escrito (documentos n° 3 a 6) que la accionante demuestra los pedidos de aprobación de horario de trabajo con jornada especial para actividades de turismo de crucero, listado de tours y pasajeros para las próximas tres semanas (*intentar acreditar o, al menos, justificar el carácter de los perjuicios que la ejecución ocasiona*). Carta firmada por dos trabajadores que muestran su preocupación sobre la ilegalidad de horario con el cual trabajan y pedido de vacaciones. En este caso, .(Debe insistirse en el apego que ha de mediar entre la medida cautelar solicitada y la circunstancias concretas y específicas del caso, pues la valoración deberá hacerse atendiendo a la singularidad del caso concreto y teniendo en cuenta sus peculiaridades. Se deberá evitar que la solicitudes de medidas cautelares y las decisiones judiciales al respecto sean genéricas y abstractas, desconectadas del caso concreto).



**SEGUNDA.** La adopción de la medida cautelar solicitada no contraría el interés público de preservación del ambiente sano establecido en el Art. 14 de la Constitución ni al buen vivir establecido en el Art. 83, núm. 7, no contraviene el interés colectivo establecido en el Art. 17 de la Constitución, ni tampoco al interés público de la educación consagrado en el artículo 28 de la Constitución, ni tampoco con el interés de la salud pública establecido en el artículo 363 No. 7 de la Constitución, no ocasiona perjuicios a terceros, como ya hemos señalado, en esta exposición sobre los intereses de las partes, en materia constitucionalmente protegida, y que en este caso no se vulnera de manera alguna, nada impide, a tenor de lo razonado en esta petición, la adopción de la medida cautelar.

*(Describir la no conculcación o violación del interés público, buen vivir, interés colectivo y que no cause perjuicios a terceros, según el caso concreto)*

*De considerar necesario mi representada está presta a presentar una cotracautela por el valor de la multa y el 10% de recargo.*

**TERCERA.** La ejecución del acto administrativo impugnado deberá suspenderse por este Tribunal, pues, en caso contrario, se frustraría la finalidad a la sentencia, y con ello la tutela judicial efectiva garantizada en la constitución, por lo cual se solicita la adopción de medidas cautelares en el presente caso que la ejecución del acto impugnado hará perder su finalidad legítima a la sentencia. Por todo ello, debe destacarse que si la sentencia que se dicte acoge la impugnación contenida en la acción contencioso administrativa, la misma no podría ejecutarse, perdiéndose el "efecto útil" de la sentencia.

Si las resoluciones judiciales no pudieran cumplirse serían un ejercicio teórico desprovisto de eficacia jurídica y en suma no cumplirían el objetivo de justicia establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

**CUARTA. FUMUS BONIS IURIS.** De la documentación, que acompaño a la demanda consta la petición al señor Director del Trabajo del Guayas solicitando apruebe la jornada especial de trabajo para turismo de crucero, la certificación del Ministerio de Relaciones Laborales, del pago las obligaciones entre ellas, utilidades, horas extras, décimos, comprobante de aporte al IESS, comprobante de pago de bonificaciones extraordinarias, pago de préstamos de los trabajadores al IESS, certificado de no tener deudas pendientes col el IESS ni con el SRI, detalle de personal jubilado que percibe derechos de jubilación.

La suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado que se solicita no produce perjuicio de ninguna naturaleza, por lo que ruego sea adoptada sin caución o garantía. *(Explicar por qué no se producen perjuicios).*

Usted señor juez deberá valorar la verosimilitud y emitir la tutela cautelar sin prejuzgar en el fondo. Este presupuesto se traduce en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial y éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva, y se manifiesta en la seriedad, fundamento y consistencia de las pretensiones invocadas por dentro del desarrollo de este escrito.

Es así señor Juez, que el *fumus bonis iuris* debe ser entendido como la apariencia de que mi representada litiga con razón y que existen dudas razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa.

**QUINTA. PERICULUM IN MORA.** Es importante destacar señores Jueces, que la posibilidad objetiva de que durante la sustanciación del juicio, por el transcurso del tiempo, a causa del peligro de la mora o *periculum in mora*, la sentencia se volvería prácticamente inoperante, razón por la cual es otro requisito que debe de tomar en cuenta para el otorgamiento de la medida cautelar que solicito, puesto que al ejecutarse la resolución administrativa ello causaría el pedido masivo de los trabajadores de modificación de horario de trabajo, lo cual podría causar inclusive el cierre de mi representa y la no atención de los turistas con los graves daños y perjuicios que tal incumplimiento.

*Por otro lado, la Resolución del Tribunal Andino 96, Registro Oficial 94 de 01-sep-2005, señala "la obtención de la tutela cautelar exige a quien la solicite la carga de presentar una situación que, a la luz de los elementos de prueba disponibles prima facie, permita al juez considerar como verosímil y probable la existencia del derecho que se invoca (fumusboni iuris), y reconocer la presencia del riesgo a que podría quedar expuesta la efectividad de la sentencia de mérito, a causadel retardo en su pronunciamiento (periculum in mora). El examen de estos requisitos de admisibilidad de la cautela, así como de los otros que se establezcan, conduce pues a un juicio de probabilidad y no de certeza que, por tanto, no prejuzga en torno a la concesión de la tutela demérito".*

**PETICIÓN CONCRETA:**

Al amparo de lo dispuesto en los artículos 75, 76 núm.1, 226, 424, 11 núm. 3 y 9 de la Constitución de la República del Ecuador, de la Constitución de la República del Ecuador, se solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado.

De conformidad con el Art. 167 y 168 núm 6 de la Constitución de la República ustedes, señores Jueces, en su primera providencia, se servirá convocar a una audiencia pública, si es necesario, el criterio y debate de la postura de las partes. De estimarlo necesario dictarán las medidas cautelares correspondientes para

hacer cesar la ineficacia de la sentencia por el transcurrir del tiempo.

**CITACIONES Y NOTIFICACIONES**

Al señor Director General del Ministerio de Relaciones laborales (*funcionario e institución pública respectiva*) se lo citará en XXXXXXXXXXXXXXX de la ciudad de XXXX.

Igualmente conforme al artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado deberá citar con esta demanda y auto que ella recaiga al Delegado Regional de la Procuraduría General del Estado ubicada en la Avenida 9 de Octubre No. 100 y Malecón Simón Bolívar, piso 14, Edificio La Previsora de la ciudad de Guayaquil.

**AUTORIZACIÓN Y NOTIFICACIONES**

Autorizo al abogado XXXXXXXXXXXXX , para que presente escritos, comparezca a audiencias y en general, realice cualquier diligencia que estime menester para la legítima defensa de mis intereses dentro de este procedimiento de medida cautelar en esta demanda contencioso administrativa.

Las notificaciones que por ley me correspondan las recibiré en el casillero judicial No. XXXX de esta ciudad de Guayaquil.

XXXXXX  
(FIRMA)  
**REPRESENTANTE LEGAL**

XXXXXX  
(FIRMA)  
**ABOGADO**

#### ANEXO IV

**Escrito de solicitud de medida cautelar para suspender el acto administrativo de prohibición de nacionalización de productos médicos por parte del servicio nacional de aduana del Ecuador.**

*(Este escrito tipo puede servir como base para argumentar ante el contencioso administrativo una medida cautelar dentro de una demanda contenciosa administrativa.)*

**SEÑORES TRIBUNAL DRISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. X**

**R. M. C. P.**, de nacionalidad ecuatoriana, de profesión Ingeniero, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Guayaquil, por los derechos que represento de la compañía **XXXX S.A.**, en mi calidad de Gerente General y Representante Legal de la misma, ante usted comparezco respetuosamente para deducir una medida cautelar al tenor de los siguientes términos:

#### **I. ANTECEDENTES**

*(En este caso se deben describir cronológicamente los hechos que desencadenaron. En el caso concreto, partir de la Declaración Aduanera de Importación (DAI), su presentación, verificación y respectivas observaciones según el caso que nos atañe, que lo centraremos en la duda de emitir o no un nuevo registro sanitario para un producto que cambió su presentación comercial respecto al diseño de la marca más no su composición ni a ninguno de los elementos por cuyo registros sanitario fue emitido. Podremos decir en esta parte que la autoridad aduanera, en una extralimitación de sus facultades, solicita requisitos adicionales y no establecidos en la normativa legal vigente, lo cual atenta claramente lo dispuesto en la Constitución de la República, específicamente en el segundo inciso del numeral 3 del artículo 11 que señala: "...Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley...".*

*En el caso que este acto administrativo o esté motivado como corresponde y manda la Ley, podemos invocar a la Constitución de la República que dispone en el Art. 76: "...1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."*)

#### **II. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS**

En este sentido, me permito citar lo que dispone la Carta Magna:

*"Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:*

*15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental."*

Mi representada pretende nacionalizar los medicamentos ya descritos en estricto apego a las normas legales, sociales, y sanitarias vigentes como ha quedado demostrado, sin embargo, la decisión de reembarcar los

productos por falta de registro sanitario nuevo que ampare al producto con nombre "xyy" de manera individual, atropellando todo principio jurídico, afecta gravemente el derecho constitucional que tenemos los ciudadanos para desarrollar una actividad económica legítima. Impedir la nacionalización de los productos con la ilegal argucia de pedir un nuevo registro sanitario, y sobre todo por no la ineficiencia del sistema informático de registros sanitarios, por no constar el registro sanitario actualizado con la marca adicional, provocaría graves e inminentes pérdidas económicas a mi representada, toda vez que ya ha adquirido compromisos con clientes interesados en la compra de los mismos y que ante un eventual incumplimiento, mancillado ya por un excesivo retraso, producto de la absurda decisión de la autoridad aduanera, éstos evitarán entablar negocios futuros. Todo esto, sin perjuicio de la pérdida de gran parte de la inversión efectuada con mucho esfuerzo y que probablemente impediría continuar con la actividad económica de mi representada.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano en lo competente a los registros sanitarios, establece lo siguiente, y con tal cumplimiento mi representada demuestra la apariencia del buen derecho a su favor:

*"Ley Orgánica de la Salud Art. 139.- **El registro sanitario tendrá vigencia de cinco años, contados a partir de la fecha de su concesión.** Todo cambio de la condición en que el producto fue aprobado en el registro sanitario debe ser notificado obligatoriamente a la autoridad sanitaria nacional a través del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta Pérez y, dará lugar al procedimiento que señale la ley y sus reglamentos.*

*Para el trámite de registro sanitario no se considerará como requisito la patente de los productos.*

*El registro sanitario de medicamentos no da derecho de exclusividad en el uso de la fórmula"*

*"Reglamento a la Ley Orgánica de la Salud Art. 8.- No se requiere nuevo Registro Sanitario en los siguientes casos:*

- a) Cambio de nombre del producto;*
- b) Cambio de nombre del solicitante del registro;*
- c) Cambio de razón social del fabricante;*
- d) Cambio, aumento o disminución de las mismas formas de presentación ya registradas; y,*
- e) Otros establecidos en reglamentos específicos.*

*Los cambios mencionados en las letras precedentes están sujetos a la presentación de los requisitos técnicos y/o legales de respaldo respectivos, **y deberán ser aprobados o rechazados dentro del término de siete días, contados a partir de la fecha de ingreso de la solicitud.** De no existir observación o pronunciamiento expreso por parte del Instituto Nacional de Higiene, se entenderá aceptada la solicitud."*

Mi representada cuenta con registro sanitario y se encuentra solicitada la ampliación con la inclusión de la nueva marca, conforme consta de la impresión del formulario del sistema Ecuapass.

### **III. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Por todo lo expuesto, solicito se sirva ordenar las medidas cautelares en el sentido que detallaré oportunamente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes:

"Constitución Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos" (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. 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.**

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. **No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.**

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, **estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.**

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas." (Lo subrayado y en negrilla es mío).

**FUMUS BONIS IURIS.-** Señor Juez, la verosimilitud del derecho invocado en este proceso, es la acreditación de las arbitrariedades o irregularidades del acto administrativo, esto quiere decir su ilegalidad. Es así que con la documentación aportada, he demostrado que mi representada cuenta con nuevo registro sanitario y solicitó la ampliación de tal registro con la inclusión de la nueva marca de fábrica. Es así que con todo lo que aportó en este petitorio y demostrando tener los registros sanitarios en regla y que el problema se suscita por falta de información o actualización en el sistema informático de registros sanitarios Ecuapass, demuestro que la buena apariencia del derecho que me ampara.

**PERICULUM IN MORA.-** Debe de tomar en cuenta señor Juez que la posibilidad objetiva de que durante la resolución de este problema, por el transcurso del tiempo, a causa del peligro de la mora o periculum in mora, la decisión final se torne prácticamente inoperante y yo haya perdido la venta de mi producto sabiendo que el tiempo de caducidad es un riesgo comercial que me perjudica económicamente. Estoy advirtiendo de esta manera que se puede producir una situación que haga ineficaz el proceso.

Es así, que la jurisprudencia ecuatoriana ya se ha pronunciado al respecto y en el Juicio seguido por la Compañía Gillette contra Almacenes Estuardo Sanchez S.A. ALESSA que se ventiló en el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo No. 2 de Guayaquil con proceso número xxx-xxxx se concede la medida cautelar de nacionalización de mercaderías basándose en los criterios de fumus bonis iuris y de periculum in mora.

Por otro lado, la Resolución del Tribunal Andino 96, Registro Oficial 94 de 01-sep-2005, señala "la obtención de la tutela cautelar exige a quien la solicite la carga de presentar una situación que, a la luz de los elementos de prueba disponibles prima facie, permita al juez considerar como verosímil y probable la existencia del derecho que se invoca (fumus boni iuris), y reconocer la presencia del riesgo a que podría quedar expuesta la efectividad de la sentencia de mérito, a

*causa del retardo en su pronunciamiento (periculum in mora). El examen de estos requisitos de admisibilidad de la cautela, así como de los otros que se establezcan, conduce pues a un juicio de probabilidad y no de certeza que, por tanto, no prejuzga en torno a la concesión de la tutela demérito”.*

#### **IV. MEDIDA CAUTELAR**

Por todo lo expuesto, con la finalidad de consagrar el principio fundamental de facilitación del comercio exterior expresado en el literal a) del art. 103 del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, le solicito se sirva conceder la medida cautelar de suspensión del acto administrativo que injustamente prohíbe la nacionalización de mis productos y de la misma manera, autorice el trámite de nacionalización de las mercaderías amparadas en el refrendo No. XXXXXXXX. Así mismo, y por ser el caso que mi representada cuenta con el registro sanitario vigente solicito disponga que el Ministerio de Salud Pública en el ámbito de sus competencias efectúe conforme al art. 142 de la Ley Orgánica de Salud pública, las inspecciones necesarias para corroborar el cumplimiento de lo estipulado en los registros sanitarios de cada uno de los productos importados para su comercialización y consumo.

La adopción de la medida cautelar solicitada no contraría el interés público de preservación del ambiente sano establecido en el Art. 14 de la Constitución ni al buen vivir establecido en el Art. 83, núm. 7, no contraviene el interés colectivo establecido en el Art. 17 de la Constitución, ni tampoco al interés público de la educación consagrado en el artículo 28 de la Constitución, ni tampoco con el interés de la salud pública establecido en el artículo 363 núm. 7 de la Constitución no ocasiona perjuicios a terceros. Como ya hemos señalado, en esta exposición sobre los intereses de las partes, en materia constitucionalmente protegida, y que en este caso no se vulnera de manera alguna, nada impide, a tenor de lo razonado en esta petición, la adopción de la medida cautelar.

#### **V. CITACIONES Y NOTIFICACIONES**

Al Director General del Servicio de Aduana del Ecuador se lo citará en XXXXXXXXXXXXXXXX de la ciudad de Guayaquil.

Igualmente conforme al artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado deberá citar con esta demanda y auto que ella recaiga al Delegado Regional de la Procuraduría General del Estado ubicada en la Avenida 9 de Octubre No. 100 y Malecón Simón Bolívar, piso 14, Edificio La Previsora de la ciudad de Guayaquil.

#### **VI. AUTORIZACIÓN Y NOTIFICACIONES**

Autorizo al abogado XXXXXXXXXXXXXXXX, para que presente escritos, comparezca a audiencias y en general, realice cualquier diligencia que estime menester para la legítima defensa de mis intereses dentro de este procedimiento constitucional.

Las notificaciones que por ley me correspondan las recibiré en el casillero judicial No. XXXX de esta ciudad de Guayaquil.

XXXXXX

(FIRMA)

**REPRESENTANTE LEGAL**

XXXXXX

(FIRMA)

**ABOGADO**



## ANEXO V

**Escrito de solicitud de medida cautelar ante el Juez de lo Contencioso Administrativo por resolución de deportación del país de un extranjero por decisión de Intendente General de Policía.**

**SEÑORES TRIBUNAL DRISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. X**

(Este escrito tipo puede servir como base para argumentar ante el contencioso administrativo una petición de medida cautelar contra los efectos de una resolución de expulsión del país de un extranjero por causas no contempladas en la Ley.)

J. A.S.G., de nacionalidad Pakistani, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Guayaquil, ante usted comparezco respetuosamente dentro del plazo legal, previsto en el artículo 31 de la ley de la Jurisdicción contencioso administrativo, de veinte días hábiles, de recibida la notificación de la resolución emitida por el Intendente de Policía para deducir contra la misma, RECURSO SUBJETIVO O DE PLENA JURISDICCIÓN, al amparo del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y dentro del mismo, una medida cautelar al tenor de los siguientes términos:

### **I. ANTECEDENTES**

1.- Que he sido notificado con un decreto de deportación , en fecha XXXX por estar supuestamente incurso en el Art. 19 de la Codificación de la Ley de Migración, por la causal número 2 que establece lo siguiente:

*"Art. 19 Ley de Migración: El Ministro de Gobierno, Cultos, Policía y Municipalidades por conducto del Servicio de Migración de la Policía Nacional procederá a deportar a todo extranjero sujeto al fuero territorial que permaneciere en el país comprendido en los siguientes casos:*

*II.- Con las excepciones previstas en otras disposiciones legales, quien hubiera sido admitido provisional o definitivamente y al momento de ingresar o durante su permanencia estuviere comprendido en alguno de los hechos constitutivos de las causas de exclusión de esta Ley"*

2.- Con fecha XXX ingresé como turista por 3 meses y solicité la prórroga de dicha visa para permanecer por el doble del tiempo permitido inicialmente, y así me fue concedido por la autoridad pública.

3.- Dentro de mis vacaciones en el Ecuador conocí a una la señora XXXXX de nacionalidad ecuatoriana, con la mantuve una relación sentimental y procreamos un hijo. Es necesario establecer que descuidé la regularización de mi estada legal por mucho tiempo y recién pude ingresar de forma completa mis papeles para solicitar residencia en este país por ser progenitor de un niño de nacionalidad ecuatoriana.

4.- Actualmente el Ministerio de Relaciones Exteriores y específicamente Extranjería, está digitalizando todas las solicitudes de residencia y recién van por el año XXXX y aún no consta en el sistema la solicitud de mi caso, hecho que lo compruebo con el anexo de la solicitud de residencia dentro de este petitorio. La visa solicitada es la Visa de Amparo por parentesco o reunificación

familiar (Visa 9 VI). Esta visa aplica en caso de matrimonio de ecuatoriano con extranjero, o en caso de que los padres se amparen en un hijo ecuatoriano, cómo es mi caso.

5.- Con fecha xxxxx fui apresado en una batida o inspección aleatoria por parte de la policía y, los policías al notar mi apariencia de extranjero y por no hablar bien español me pidieron papeles y por constar en el sistema de información migratoria que he excedido del tiempo legal y su vez no constar en el Sistema de Extranjería, decidieron llevarme ante el Intendente de Policía del Guayas, quien ordenó mi deportación del país.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por todo lo expuesto, solicito se sirva conceder la solicitud de medidas cautelares en el sentido que detallaré oportunamente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes:

El Art. 9 de la Ley de Extranjería establece:

"Considérase inmigrante a todo extranjero que se interna legal y condicionalmente en el país, con el propósito de radicarse y desarrollar las actividades autorizadas que en cada categoría se determina a continuación:

VI.- En caso de ser cónyuge, o pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o de afinidad de un ciudadano ecuatoriano, o de un ciudadano extranjero con visa de inmigrante distinta a esta categoría; y",

"Constitución Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución" (Lo subrayado y en negrillas es mío)

"Constitución Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes." (Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público."(Lo subrayado y en negrilla es mío)

"Constitución Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos" (Lo subrayado y en negrilla es mío)

### III.- FUMUS BONIS IRUIS:

La verosimilitud del derecho invocado la acredito con la partida de nacimiento de mi hija menor, de la que consta soy el padre y con la solicitud de Visa 9 VI que acompaño, de fecha..

### IV.- PERICULUM IN MORA:

En los casos de extranjeros con hijos ecuatorianos o extranjeras embarazadas, se invoca los principios constitucionales de protección de la familia, responsabilidad paterna y reconocimiento de las uniones de hecho y vale como acotación mencionar que existen muchos intereses afectadas como los míos y mi familia. Es por ello señor Juez que debe notar que el riesgo de pérdida de efectividad de la sentencia, se da al concurrir los presupuestos jurídicos precisos para adoptar la medida cautelar que obliga a efectuar una minuciosa ponderación o valoración de los intereses de las partes.

La finalidad de la media cautelar es garantizar la eficacia de la sentencia frente al periculum in mora, no obstante, el parámetro esencial es que se adopte siempre que se advierta que de modo inmediato pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso, sobreponiendo la fórmula clásica de "irreparabilidad del perjuicio" y este caso que he descrito es más que suficiente.

**V. MEDIDA CAUTELAR:**

Como lo he expresado en líneas anteriores, sírvase ordenar conceder la medida cautelar de suspensión del acto administrativo de deportación emitida por el Intendente General de Policía y se envié atento oficio a las autoridades de extranjería para que certifiquen que mi solicitud se encuentra en proceso de aprobación.

La adopción de la medida cautelar solicitada no contraría el interés público de preservación del ambiente sano establecido en el Art. 14 de la Constitución ni al buen vivir establecido en el Art. 83, núm. 7, no contraviene el interés colectivo establecido en el Art. 17 de la Constitución, ni tampoco al interés público de la educación consagrado en el artículo 28 de la Constitución, ni tampoco con el interés de la salud pública establecido en el artículo 363 núm. 7 de la Constitución no ocasiona perjuicios a terceros. Como ya hemos señalado, en esta exposición sobre los intereses de las partes, en materia constitucionalmente protegida, y que en este caso no se vulnera de manera alguna, nada impide, a tenor de lo razonado en esta petición, la adopción de la medida cautelar.

De considerarlo necesario, se servirá fijar la cuantía de contracautela, podría ser igual al costo de un pasaje aéreo con destino a mi país de origen.

**VI. CITACIONES Y NOTIFICACIONES**

Al Intendente General de Policía se lo citará en XXXXXXXXXX de la ciudad de Guayaquil.

Igualmente conforme al artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado deberá citar con esta demanda y auto que ella recaiga al Delegado Regional de la Procuraduría General del Estado ubicada en la Avenida 9 de Octubre No. 100 y Malecón Simón Bolívar, piso 14, Edificio La Previsora de la ciudad de Guayaquil.

**VII. AUTORIZACIÓN Y NOTIFICACIONES**

Autorizo al abogado XXXXXXXXXXXX, para que presente escritos, comparezca a audiencias y en general, realice cualquier diligencia que estime menester para la legítima defensa de mis intereses dentro de este procedimiento constitucional.

Las notificaciones que por ley me correspondan las recibiré en el casillero judicial No. XXXX de esta ciudad de Guayaquil.

XXXXXX

(FIRMA)

XXXXXX

(FIRMA)

ABOGADO