



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Sistema de Posgrado

Facultad de Jurisprudencia

**TESIS FINAL PREVIA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

***“ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO MEDIO DE
PROTECCIÓN A PRIORI DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES”***

Elaborada por:

Jaime Alberto Villalva Plaza

Tutora:

Dra. Teresa Nuques

Enero 2015

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	5
EL PROBLEMA	5
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
1.1. Antecedentes, Contexto e Interrogantes del Problema	5
1.2. Justificación	7
2.- OBJETIVOS.....	10
2.1. General.....	10
2.2. Específicos	10
3. RESULTADOS ESPERADOS	10
4. DELIMITACIÓN.....	11
CAPÍTULO II	12
MARCO TEÓRICO.....	12
1. EL ESCENARIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	12
1.1 Identificación de los Derechos Fundamentales	12
1.2 La importancia de las Declaraciones de Derechos.....	13
1.3 El afianzamiento de los Derechos Humanos.....	17
1.4 Rol de los Principios y de las Reglas	18
1.5 Recapitulación.....	20
2. LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA.....	21
2.1 Concepto de las Medidas Cautelares	21
2.2 Finalidades.....	23
2.2.1 Finalidad asegurativa.....	26
2.2.2 Finalidad conservativa.....	26
2.2.3 Finalidad anticipativa	28
2.3 Presupuestos para el otorgamiento de Medidas Cautelares.....	29
2.3.1 Apariencia de buen derecho (<i>Fumus bonis iuris</i>).....	29

2.3.2 Peligro en la demora (<i>Periculum in mora</i>)	30
2.4 Características de las Medidas Cautelares.....	31
2.4.1 La instrumentalidad	31
2.4.2 La temporalidad	32
2.4.3 La revocabilidad	32
2.5 Recapitulación.....	33
3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA CONCEPCIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	34
3.1 Concepto y Finalidad de las Medidas Cautelares.....	34
3.2 Presupuestos que deben cumplirse	37
3.2.1 Peligro en la demora (<i>Periculum in Mora</i>)	37
3.2.2 Apariencia del Buen Derecho (<i>fumus bonis iuris</i>)	38
3.2.3 Adecuación.....	39
3.3 Características de las Medidas Cautelares.....	39
3.3.1 La instrumentalidad frente a la protección preventiva.....	39
3.3.2 La provisionalidad	40
3.3.3 La revocabilidad	41
3.4 Recapitulación.....	41
4. MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	42
4.1 Medidas Cautelares de competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	43
4.1.1 Sustento jurídico de la Comisión para solicitar medidas cautelares.....	43
4.1.2 Requisitos para solicitar medidas cautelares.....	47
4.1.3 Aspectos procesales de las medidas cautelares.....	47
4.1.4 Procedimiento ante simple solicitud de medidas cautelares	50
4.1.5 Procedimiento ante petición y solicitud de medidas cautelares	51
4.1.6 Beneficiarios.....	51
4.1.7 Derechos protegidos	54
4.1.8 Concesión de medidas cautelares no prejuzgan la cuestión de fondo.	56

4.2 Medidas Provisionales de Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	56
4.2.1 Sustento jurídico para ordenar medidas provisionales	57
4.2.2 Ámbito de aplicación de las medidas provisionales.....	58
4.2.3 Aspectos procesales que deben cumplirse	67
4.2.4 Complementariedad entre medidas provisionales y cautelares.....	71
4.3 Recapitulación.....	72
5. MEDIDAS CAUTELARES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO.....	73
5.1 Consideraciones generales sobre las Medidas Cautelares	73
5.1.1 Sobre la Tutela Inhibitoria o Preventiva.....	74
5.1.2 Posibilidad de que se produzca la violación de un derecho	77
5.1.3 Verificación de la conducta ilícita.....	79
5.1.4 Constatación de la relación de causalidad	80
5.1.5 La urgencia como característica de las medidas cautelares	81
5.2 Consideraciones particulares en el Sistema Jurídico Ecuatoriano	82
5.2.1 Finalidad de las medidas cautelares.....	86
5.2.2 La ilicitud del acto cuya inhibición se solicita.....	89
5.2.3 Naturaleza jurídica de las medidas cautelares.....	91
5.3 Criterios fundamentales para aplicabilidad de medidas cautelares constitucionales.....	95
5.3.1 Derechos protegidos	95
5.3.2 Objeto de las medidas cautelares	98
5.3.3 Características	100
5.3.4 Improcedencia.....	102
5.3.5 Requisitos de la acción	105
5.3.6 Efectos Jurídicos	109
5.3.7 Legitimados activos	109
5.3.8 Oportunidad	110
5.4 Procedimientos de la medida cautelar como proceso autónomo.....	111
5.4.1 Forma de presentar la demanda.....	113

5.4.2 Juez competente	113
5.4.3 Procedimiento general.....	114
5.4.4 Procedimiento excepcional.....	116
5.4.5 Cumplimiento y supervisión de ejecución de la medida cautelar	118
5.5 Procedimiento para revocatoria:	119
5.6 Revisión de providencias.....	121
5.7 Jurisprudencia constitucional.....	121
5.7 Recapitulación.....	122
CAPÍTULO III	124
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	124
Hipótesis.....	124
Tipo de investigación.....	125
CAPÍTULO IV	126
MARCO ADMINISTRATIVO	126
Plan de Trabajo.....	126
CAPÍTULO V	127
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	127
1. CONCLUSIONES:	127
2. RECOMENDACIONES	134
Bibliografía	136

INTRODUCCIÓN

El Ordenamiento jurídico ecuatoriano responde a lineamientos que merecen nuestra atención, específicamente si se trata del escenario de las acciones constitucionales creadas como mecanismos de defensa y protección de los derechos constitucionales. En virtud de ello el sistema jurídico actual está impregnado por un nuevo axioma que constituye a la vez el horizonte y su fin. Tal axioma está referido al expansivo campo de los derechos fundamentales, derechos constitucionales o derechos humanos, denominaciones todas que aluden a un mismo objeto: la dignidad, que es incita a la persona humana; siendo ese el sentido y sustento hacia el cual apunta la Constitución de la República de 2008, como también lo hacen desde antes los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Bajo esa perspectiva, se proclama que el Ordenamiento jurídico en su integridad debe estar supeditado para su validez no solo al cumplimiento de las formas señaladas para su expedición y vigencia, sino también al contenido, en este caso, para que tenga validez y eficacia. Por eso todo el ordenamiento debe adecuarse a los valores y principios proclamados desde el vértice constitucional, tornándose por lo tanto compleja la labor para la expedición de una norma jurídica. Como consecuencia la formulación de toda norma de los poderes públicos debe estar supeditada por el respeto y desarrollo de los derechos humanos, los cuales siempre están en movimiento y en expansión.

Por un lado, se ha señalado que el Estado constitucional se estructura normativamente sobre la base de un modelo que contiene tres elementos que son fundamentales y que hacen referencia a lo siguiente:

- a) La supremacía constitucional y de los derechos humanos que son todos los enunciados por la Constitución, sean de libertad personal o de naturaleza social;
- b) El imperio del principio de juridicidad (llamados por muchos de legalidad) que somete a todo el poder público al Derecho; y,
- c) La adecuación funcional de todos los poderes públicos para garantizar el goce de los derechos de libertad y la efectividad de los derechos sociales.

Por otro lado, se conocido que en el ámbito del Derecho se está en tránsito permanente, pues del modelo del Estado de derecho o estado legal de derecho que se preocupa por poner límites al poder-Estado frente al ciudadano por el derecho de libertad que le asiste, ahora se ha pasado a un Estado Constitucional de derechos y justicia que propone un cambio, un nuevo modelo, un deber ser, ya que no solo el resto del Ordenamiento jurídico debe ajustarse a las nuevas orientaciones, sino que también los aplicadores de las normas (normas-principios o normas-reglas) constantes en el bloque de constitucionalidad, deberán interpretar sus textos bajo la óptica que se proyecta por el respeto y efectividad a los derechos fundamentales, por parte de todos los actores sociales.

Consecuentemente, en el constitucionalismo de hoy los derechos humanos vinculan normativamente a todos los poderes públicos, pues ha quedado establecido que todos los derechos serán resguardados por los jueces ordinarios y constitucionales a través de las distintas acciones que la Constitución ha proveído para hacer factible su efectividad. Por tales razones en el Estado Constitucional de derechos se debe romper con los límites del formulismo positivista, toda vez que en su lugar se debe transitar hacia un nuevo sendero iluminado por la pirámide normativa (bloque de constitucionalidad) que propende a la justicia material, siendo en consecuencia este el nuevo desafío.

En este escenario, los primeros involucrados en la concreción y realización de los derechos humanos son los entes estatales; por un lado, a través de las garantías normativas que condicionan a todo órgano con potestad normativa de los distintos niveles de gobierno a adecuar formal y materialmente las normas jurídicas al marco constitucional, y, por otro lado, las garantías institucionales, que guardan relación con la obligación que tiene la administración pública de garantizar los derechos constitucionales en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y de los servicios públicos. En tales circunstancias este escenario propio de la institucionalidad del país se relaciona con las garantías primarias.

Pero ocurre que en la práctica aquellas previsiones resultan insuficientes para que las personas puedan ver realizados los compromisos esbozados desde la norma suprema, pues en muchas ocasiones el mismo poder público o los particulares han sido y son causantes de afectaciones a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente o vulneración de derechos. Pero estas son situaciones de anormalidad que reclaman atención y protección

por parte del mismo Estado, y por supuesto una solución pronta y eficaz, para lo cual el Ordenamiento constitucional ha dotado a los ciudadanos de novedosas herramientas para exigir el respeto y protección de sus derechos, a través de las garantías jurisdiccionales que posibilitan la intervención judicial cuando las acciones u omisiones del poder público y de los particulares fueren vulneradoras de derechos.

En consecuencia, nótese que cuando se sale del ámbito de las garantías primarias, porque a los beneficiarios de aquellas se les ha afectado cualquiera de los derechos consignados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro País, será necesario poner en movimiento, la otra parte del Estado que ha sido diseñada para entrar en actividad cuando no son suficientes las garantías primarias, o cuando se las termina violentando. A su vez esa intervención puede estar referida a dos escenarios distintos que apuntan al mismo objetivo: la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales.

El primer escenario corresponde al control abstracto de constitucionalidad de las normas secundarias, con el cual se pretende constatar su conformidad con el marco constitucional, tanto en la parte formal como en relación con su contenido, en este último caso verificando el respeto, promoción y desarrollado los derechos fundamentales. En este ámbito el examen de constitucionalidad está atribuido a un ente que ejerce control concentrado, como es la Corte Constitucional, que durante algún tiempo actuó como Corte Constitucional Para el Período de Transición cuando se autoproclamaron así los miembros del antiguo Tribunal Constitucional.

En tanto que el segundo escenario comprende aquellas situaciones concretas que afectan generalmente a los particulares y que se encuentran sometidas al control constitucional encargado a los órganos competentes autorizados por la Constitución y la Ley. Por lo tanto, a esos órganos les incumbe resolver cada una de las situaciones planteadas, con ocasión de pretensiones contrapuestas que tienen relación con bienes constitucionalmente protegidos. En virtud de ello se termina ejerciendo un control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos y de los particulares cuando sean atentatorios de algún derecho fundamental.

En este segundo escenario aparece un tipo de acción que se la puede proponer en forma independiente y separada de las acciones constitucionales principales, o

concomitantemente con aquellas, con la finalidad exclusiva de obtener medidas cautelares inmediatas y urgentes ante la inminencia de un daño a un derecho o hasta que se resuelva sobre la vulneración constitucional con la correspondiente reparación integral, que se concreta con la declaración de que un acto ilegítimo, arbitrario e injusto ha vulnerado efectivamente un derecho.

Para ello se requiere de un conocimiento cabal de la institución denominada medidas cautelares constitucionales a fin de exigir a los jueces de todos los niveles que ajusten sus actuaciones y decisiones a las reglas que informan este tipo de garantías. Solo así los habitantes del Ecuador dispondrán de una auténtica tutela judicial efectiva que apunte a la anhelada seguridad jurídica y a la realización de los derechos del buen vivir que proclama el Estado constitucional de derechos y justicia vigente.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Antecedentes, Contexto e Interrogantes del Problema

Antes del 2008, específicamente desde la Constitución Política de 1998, el escenario de los derechos humanos estuvo regulado en forma insuficiente, pues la acción o recurso que buscaba su reconocimiento y protección, como fue el llamado recurso de amparo constitucional no se lo asimiló en su real dimensión, especialmente por los operadores de justicia que lo miraron con desdén. Es que desde la cúspide de la función jurisdiccional no se posibilitó un uso adecuado y eficaz de esta moderna herramienta destinada a la defensa y protección de los derechos humanos. Pues la antigua Corte Suprema de Justicia mediante una resolución de carácter obligatorio excluyó los actos jurisdiccionales de su campo de acción y la dejó sometida a los rigores del procedimiento ordinario, bajo el convencimiento de que se estaba defendiendo era la seguridad jurídica.

Siendo este el escenario de instauración de esta herramienta constitucional, como consecuencia los operadores de justicia en la sustanciación de los procesos respectivos siguieron los lineamientos del máximo órgano jurisdiccional, además que no entendieron en forma adecuada esta acción, llegando a considerarla como un simple recurso. Tampoco la concibieron y no la debatieron ni defendieron con toda entereza las Universidades y los centros de estudios superiores, los profesionales del derecho y la misma ciudadanía. En definitiva, habiéndose dado un paso importante en la Constitución de 1998 en la búsqueda por dar efectividad a los derechos fundamentales, sin embargo no hubo sintonía por parte de los destinatarios y aplicadores de esta novedosa acción, que como lo hemos advertido lo único que buscaba era defender y hacer efectivos los derechos fundamentales.

Si el amparo constitucional como herramienta para la defensa y protección de los derechos humanos no fue entendido y aplicado en su real dimensión por parte de quienes estaban obligados a darle efectividad, tanto los jueces ordinarios con competencia constitucional como el Tribunal de Garantías Constitucionales primero y el Tribunal Constitucional después, sus resoluciones en los casos que se la aceptó no tuvieron

efectividad en la fase de ejecución, y en otros casos ni siquiera se la admitía. Como consecuencia de manera flagrante se privaba a las personas de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica proclamados desde la misma Constitución.

Siendo este el escenario en el que se desarrolló el amparo constitucional que constituye el antecedente de las medidas cautelares constitucionales vigentes hoy se justifica el enfoque propuesto en el presente trabajo investigativo, a través del cual se busca conocer, entender y difundir esta novedosa herramienta jurídica inmersa dentro del sistema de protección de derechos humanos desarrollado desde la Constitución, a fin de utilizarla y darle efectividad en la defensa de los derechos de las personas que constituye el núcleo del sistema jurídico ecuatoriano. Además para que cumpla su función y objetivo esta institución jurídica debe funcionar armoniosamente, y no en forma aislada, teniendo en cuenta que aquello implicaría ignorar el verdadero rol que le corresponde cumplir dentro de un sistema jurídico armónico que prioriza la defensa y protección de los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos.

Por lo tanto, si el propósito fuera solo estudiar y conocer la dimensión de las medidas cautelares ya tendría justificación este trabajo. Sin embargo, la importancia es mayor porque lo que se pretende con esta investigación es entender su verdadero alcance, especialmente cuando se las propone separadamente, en forma autónoma, dentro de la casuística que ofrecen las judicaturas de primer nivel por la aplicación que deben darle los operadores de justicia ordinaria cuando tienen el rol de jueces constitucionales, así como las directrices dadas por la Corte Constitucional como máximo órgano de justicia en esta materia. Además, a través de esta acción cautelar se da operatividad a otras acciones constitucionales, como la acción de protección.

Es necesario señalar que todo aquello que está reconocido en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos para la defensa y protección de los derechos, jamás puede ser nocivo y terminar afectando al sistema jurídico imperante, pues el verdadero problema estaría en que los operadores de justicia, los destinatarios de estas acciones y demás actores sociales no las conocen, no las entienden en el rol que deben cumplir, pues las miran en forma aislada y no como parte de un todo, como una pieza fundamental del nuevo axioma que sustenta al sistema jurídico ecuatoriano: el respeto y efectividad de los derechos. Por el contrario, si se las estudia,

conoce y entiende cabalmente se las podrá invocar y aplicar adecuadamente frente a las situaciones jurídicas concretas.

Pero el estudio y conocimiento propuestos deben dirigirse a todos los estamentos de la sociedad, tanto el Estado y toda la institucionalidad como los administrados o particulares: ciudadanía en general; pues si todos fallamos en cada una de las parcelas que nos compete accionar será necesario activarlas por parte de quienes resulten afectados en sus bienes constitucionalmente protegidos. Por el contrario, si se entendiera el escenario de los derechos humanos y en cada actuación no se afectarían a terceros en sus bienes protegidos constitucionalmente, tales medidas no entrarían en actividad, pues solo se activan para la defensa de los derechos.

En virtud de lo expuesto, teniendo en cuenta que el antecedente de las medidas cautelares, el amparo constitucional, no fue bien recibido y aplicado en forma adecuada por los administradores de justicia y por los demás actores sociales, por las causas y con los resultados anotados, actualmente constituye un imperativo conocer el *alcance de las medidas cautelares como medio de protección a priori de los derechos constitucionales*, por su novedad en el ordenamiento jurídico, a fin de empoderar a la ciudadanía de esta herramienta constitucional, para lo cual es necesario dar respuestas a las siguientes interrogantes:

¿Cuál es marco jurídico en el que se desenvuelven las medidas cautelares constitucionales?

¿Cuáles son las normas emitidas por la Corte Constitucional en los casos sometidos a la justicia constitucional?

¿De acuerdo a la práctica observada en la justicia constitucional es correcta la adopción de medidas cautelares especialmente por los jueces de primer nivel?

¿Cuáles son los lineamientos que deben observarse para darle efectividad a las medidas cautelares?

1.2. Justificación

Con la nueva Constitución que responde a las directrices que caracteriza al constitucionalismo moderno se han instituido garantías jurisdiccionales para asegurar y

garantizar la plena vigencia de los derechos, entre las cuales, se encuentra la posibilidad de intentar en forma independiente, separada y autónoma de las acciones constitucionales principales, o concomitantemente con aquellas, otro tipo de acción, que franquea la posibilidad de obtener medidas cautelares inmediatas y urgentes ante la inminencia de un daño a un derecho o hasta que se resuelva sobre la vulneración constitucional con la correspondiente reparación integral, que se concreta con la declaración de que un acto ilegítimo, arbitrario e injusto ha vulnerado efectivamente un derecho constitucional.

Como es fácil advertir se trata de un escenario reciente surgido con ocasión de la vigencia de la Constitución 2008, pues la normativa está encaminada a regular la actuación de los operadores de justicia constitucional por nuevos senderos dirigidos hacia la vigencia y efectividad de los derechos humanos. En tal virtud es necesario incursionar en este ámbito inexplorado en el Derecho Constitucional patrio, para lo cual deben darse respuestas a planteamientos, tales como: ¿Cuál es el comportamiento de los ciudadanos al contar con esta novedosa herramienta jurídica?; ¿cuál es el grado de receptividad, en este ámbito, por parte de los administradores de justicia constitucional?; y, por último, ¿cuál es el rol que deben cumplir los operadores de justicia constitucional frente a estos nuevos desafíos en defensa de los derechos constitucionales?.

Para todo ello es necesario acudir a los precedentes a fin de ir conociendo y avanzando en el entramado camino de las acciones constitucionales cautelares, particularmente cuando se las peticiona y concede, y si se las cumple o ejecuta adecuadamente, o cuando se las niega injustificadamente. Para tal propósito es indispensable efectuar el análisis de algunos fallos, previamente seleccionados, dados por el máximo órgano de interpretación de la Constitución: La Corte Constitucional del Ecuador. En esos fallos aparecerían lineamientos generales que servirán de guía a jueces, abogados, defensores de derechos humanos y demás actores sociales. Al efecto, los fallos seleccionados provienen distintas garantías jurisdiccionales que han debido atender y resolver el tema de las medidas cautelares, no solo para el caso concreto sino para situaciones futuras.

De esta manera se tendrá un conocimiento cabal de esta institución jurídica al tenor de la normativa vigente, en virtud de lo cual se podrá estudiar y juzgar la aplicabilidad de las medidas cautelares constitucionales por parte de los operadores de justicia. Si ello es

así, será posible determinar si se está utilizando adecuadamente esta herramienta jurídica instituida para la defensa y protección de los derechos humanos. Asimismo se podrán conocer los puntos relevantes que deben observarse por parte de los administradores de justicia, abogados y demás actores sociales para casos futuros.

En definitiva, solo conociendo adecuadamente esta institución jurídica se podrá exigir a los jueces de todos los niveles que ajusten sus actuaciones y decisiones a las reglas que la informan, y que los habitantes del Ecuador dispongan de una auténtica tutela judicial efectiva que apunte a la seguridad jurídica, derechos todos que deben concretarse y afianzar los derechos del buen vivir que proclama el Estado constitucional de derechos y justicia.

1.3 Preguntas de investigación:

- ¿Qué consecuencias genera el incumplimiento de las garantías primarias para los derechos de las personas?

Por ejemplo, el desconocimiento de la Constitución conlleva a que las actuaciones de las autoridades y particulares no se ajusten por el respeto de los derechos humanos; la misma situación se presenta cuando no se conoce la normativa existente y la jurisprudencia que se genera dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

- ¿Cuál es el escenario en el que se desenvuelven las medidas cautelares ante el incumplimiento de las garantías primarias?

Específicamente cuando se violentan los derechos de los ciudadanos, por ejemplo. En consecuencia, si constituyen una garantía jurisdiccional, si forman parte del derecho a la tutela efectiva, cuál es el enfoque que se las da dentro del Derecho Procesal contemporáneo.

- ¿Cuáles son los aspectos determinantes que deben cumplirse para activar las medidas cautelares constitucionales, de acuerdo a las reglas fijadas por la Corte Constitucional?

- ¿Cuál debe ser el rol que deben cumplir los operadores de justicia frente a la petición de medidas cautelares como primera garantía secundaria?

2.- OBJETIVOS

2.1. General

Determinar el alcance de las medidas cautelares para la realización de los derechos constitucionales en el marco de la Constitución de la República 2008, teniendo en cuenta el nuevo axioma del sistema jurídico ecuatoriano: los derechos humanos.

2.2. Específicos

- Evidenciar la efectividad que ofrecen las medidas cautelares en la defensa de los Derechos Humanos dentro del marco de los instrumentos internacionales. (Cita de casos emblemáticos)
- Analizar los principales fallos emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador, resaltando de manera especial los puntos que constituyen lineamientos generales para la adecuada utilización de esta herramienta jurídica.

3. RESULTADOS ESPERADOS

- Enfatizar el rol que cumple la Corte Constitucional en la defensa de la supremacía constitucional, así como en su papel de lograr la efectiva vigencia de los derechos humanos, a través de las garantías jurisdiccionales.
- Determinar los fallos constitucionales que contengan lineamientos jurídicos fundamentales que sirvan de precedentes a los jueces para atender los casos futuros, y a los demás actores sociales como guía al momento de plantear la defensa y protección de sus derechos.
- Señalar el comportamiento de los jueces ordinarios en el rol de jueces constitucionales en la aplicación de las garantías jurisdiccionales.
- Ofrecer pautas para la aplicación correcta de las medidas cautelares, a fin de evitar abusos que conlleven violación de derechos y garantías constitucionales.

4. DELIMITACIÓN

CAMPO: Jurídico.

ÁREA: Constitucional.

ASPECTO: Garantías jurisdiccionales.

TEMA: “Alcance de las Medidas Cautelares como medio de protección *a priori* de los derechos constitucionales”

DELIMITACIÓN

ESPACIAL: Aplicable exclusivamente en Ecuador.

DELIMITACIÓN

TEMPORAL: Inicio marzo de 2014 y finalización enero de 2015.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

1. EL ESCENARIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1 Identificación de los Derechos Fundamentales

Respecto a los vocablos utilizados derechos fundamentales, derechos humanos y derechos constitucionales tenemos que con las constituciones escritas del siglo XIX se comienza a utilizar el vocablo derechos fundamentales para referirse a las libertades y derechos esenciales de la persona, no cualquier derecho; posteriormente con la internacionalización de determinados principios del Derecho Constitucional especialmente a raíz de la segunda guerra mundial, esta parte referida a los derechos paso a conformar el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde que se aprueban diversos instrumentos de protección para los derechos y libertades de las personas, siendo entonces cuando se acuña el vocablo derechos humanos. En consecuencia, ambas expresiones pueden tomárselas como sinónimos.

Respecto al vocablo derechos constitucionales utilizado por la Constitución 2008, según Salgado (2012):

[...] equivaldría a la antigua expresión derechos fundamentales (al referirse a los derechos que están en la Constitución); no obstante que derechos fundamentales o constitucionales pueden ser considerados sinónimos con derechos humanos, vale destacar la diferencia que existe. Mientras los primeros hacen referencia a los derechos positivizados en la Constitución, el concepto de derechos humanos tiene un alcance mayor, muy amplio que le hace universal, pues no importa si éstos constan o no en la Carta Magna o en un tratado internacional. (p.63)

Pero ocurre que en nuestro País en la Constitución se utiliza la expresión derechos constitucionales y se hace referencia simplemente a derechos a lo largo de su texto, mientras que la expresión derechos humanos está reservada para aquellos casos referidos a los instrumentos internacionales referidos a esa materia. Por lo tanto, cuando la Constitución hace referencia a derechos o derechos constitucionales se engloban las

expresiones derechos fundamentales o derechos humanos, según el caso. Sobre la expresión derechos fundamentales Pérez (2010) ha señalado, lo siguiente: “Se dice que el término es de origen alemán y es utilizado por primera vez en la Constitución de 20 de diciembre de 1848 aprobada por la Asamblea Nacional en la Paulkirche de Fankfurt. Los derechos fundamentales del pueblo alemán radicalmente liberal y con una cierta proyección democrática de todo el siglo XIX” (p. 184).

Asimismo respecto a los derechos fundamentales tenemos que, aquellos son la expresión más inmediata de la dignidad humana (Fernández, 1993, p. 207, c.p. Oyarte, 2014, p. 68). Pues los seres humanos poseen derechos fundamentales por tener la dignidad o calidad, de personas humanas. Subjetivamente el derecho fundamental consiste en la posibilidad de ejercer legítimamente al mismo en determinado ámbito. El sistema de protección de derechos fundamentales no puede promover el ejercicio ilegítimo del derecho, es decir, no puede admitir un ejercicio abusivo, fraudulento o de mala fe de dichos derechos fundamentales. Y, objetivamente, los derechos fundamentales son la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, pues el Estado no puede dejar de reconocerlos sin transformarse, es decir, sin dejar de ser un Estado constitucional de Derecho. (Oyarte, 2014, p. 68)

Sin embargo, lo que hoy el ordenamiento jurídico ecuatoriano califica como derechos constitucionales ha requerido de arduas luchas. Para que llegaran a convertirse en derechos fundamentales debieron darse algunas situaciones que han marcado la historia de la humanidad, como aquella que gira en torno al reconocimiento del principio de soberanía popular, con el cual se desterró toda irradiación, vigencia y aplicación del principio monárquico constitucional, e inclusive del principio de soberanía parlamentaria; teniendo en cuenta que en virtud de ellos se repartían con discrecionalidad y a conveniencia los derechos a determinados estamentos de la sociedad, en desmedro de otros, pues tales derechos eran conferidos a manera de prerrogativas para ciertos grupos.

1.2 La importancia de las Declaraciones de Derechos

Dos escenarios históricos provocaron cambios políticos y jurídicos de gran importancia para la humanidad. Ellos se dieron en América y en Europa y provocaron cambios trascendentales y hacen referencia a dos fechas que son claves en materia de derechos: 1776 y 1789. La primera fecha marca la ruptura con la metrópolis (Inglaterra) y

el inicio de una nueva forma de organización política, tal es el caso de la independencia de las trece colonias americanas. Por su parte, el año 1789, marca la ruptura con el Antiguo Régimen y la génesis del Estado Constitucional en el continente europeo, específicamente en Francia.

Respecto a las trece colonias americanas, al independizarse, con posterioridad, en el año 1787 se dieron su propia Constitución, dando origen a una nación independiente sobre la base de la Declaración de independencia de 1776, pero con la novedad que en aquel instrumento no se insertó un catálogo de derechos, siendo este el motivo por el cual con posterioridad se dieron arduos debates sobre la conveniencia o no de contar en la constitución con una declaración asignada a los derechos humanos. Ese enfrentamiento se dio entre anti-federalistas y federalistas, pues se defendían claramente dos principios relacionados con la incorporación de los derechos en la carta política: el principio de legalidad y el principio de constitucionalidad, argumentados en términos de soberanía parlamentaria versus soberanía popular.

Dentro de este marco conceptual, para los anti-federalistas la experiencia inglesa constituía su punto de referencia, con la idea de implementar la soberanía parlamentaria. Mientras que para los federalistas, tal argumentación podía ser relevante para Inglaterra o para los demás pueblos europeos, pero no para los Estados Unidos de América, ya que en este País el origen del poder estaba sustentado precisamente en la soberanía popular, y en consecuencia al ser el pueblo la fuente de todo el poder era absurdo que hubiera que reservar alguna parte del mismo en la forma de enumeración de derechos. Por eso se decía que un *bill of rights* tradicional no era necesario, pues el pueblo no había renunciado a ninguna parcela de poder, sino que continuaba siendo el titular del mismo. En relación a esta temática, Carbonell (2010a) señaló lo siguiente:

La importancia sobre el debate en torno a los beneficios de contar con los derechos enunciados en la Constitución Federal se encuentra en la concepción que se había desarrollado en las colonias sobre la forma en que se deberían distribuir los poderes entre la Federación y los Estados miembros. La mayoría de las colonias ya tenían su propia declaración de derechos, de modo que ¿para qué serviría dictar un catálogo de derechos oponible al gobierno federal si se suponía

que ese gobierno no tenía competencia alguna en materia de derechos? (pp. 222 y 223).

Pero ocurre que después de tan intensos debates por los cuales se han llegado a conocer los verdaderos fundamentos que sustentaban una y otra tesis, por un lado el principio de legalidad proclamado por los anti-federalistas y por otro el principio de constitucionalidad proclamado por los federalistas, traducidos en los términos de soberanía parlamentaria versus soberanía popular, respectivamente, principios democráticos que enarbolaron el sustento de cada tesis en torno a los derechos de las personas, al final ocurrió que:

La presión, sin embargo, a favor de la incorporación de los derechos a la constitución sería tan fuerte que los Federalistas tendrían que acabar cediendo en su pretensión de dejarlos fuera de la Constitución y optarían por apoyar las primeras diez enmiendas a la Constitución. Pero en el proceso cambiaría la naturaleza de los derechos, que dejarían de ser derechos naturales para pasar a ser derechos constitucionales, esto es, normas constitucionales a partir de las cuales se podría proceder a controlar la constitucionalidad de los actos del legislador por el poder judicial. (Pérez, 2010, pp. 188-189)

Por otra parte, no fue la soberanía parlamentaria la que estuvo en el origen del Estado Constitucional en el continente europeo, sino la llamada soberanía nacional, cuya instauración en principio no debió arribar a conclusiones constitucionales muy distintas a las obtenidas por la implementación de la soberanía popular en América. Sin embargo, ello no fue así, porque la soberanía nacional terminó convirtiéndose sin mayores reparos en el continente europeo, en soberanía parlamentaria, desde el momento que enarbó el principio de legalidad, impidiendo así la afirmación del principio de constitucionalidad.

Además deben resaltarse otros dos momentos determinantes en la historia mundial que han tenido incidencia relevante para la consagración de los derechos en el plano de la normativa de una Constitución. El primer caso se circunscribe a las postrimerías de la primera guerra mundial, pues desde ese momento varios países adoptaron procesos constituyentes en los que por primera vez se edificaba el Estado sobre la base del principio de soberanía popular, mencionando, entre otros países, a: Alemania, Austria, Checoslovaquia y España.

En el segundo momento debió ser otro período de crisis el que, paradójicamente, repercutiera en la línea trazada muchos años antes, pues al conocerse las atrocidades cometidas contra las personas y su dignidad durante la segunda guerra mundial, empujó a buscar el posicionamiento de los derechos de la personas dentro de la órbita constitucional, mediante un catálogo de derechos expresados en la Constitución, con el objetivo de brindarles protección especialmente contra los poderes reales, a saber: políticos, económicos sociales, etc.; siendo que desde ese entonces que la doctrina alemana de los derechos fundamentales ha ido calando y extendiéndose por mucho países hasta convertirse en una doctrina europea de los derechos humanos. En este sentido:

Son constituciones, como la italiana de 1947 o la alemana de 1949, que buscan decir 'nunca más' a las experiencias de los regímenes genocidas, de signos nazistas o fascistas, Nunca más a la persecución de minorías religiosas o étnicas, nunca más a la entronización de una 'dictadura constitucional', nunca más al genocidio y al atropello de la más elemental dignidad humana. También en el caso de la Constitución de Portugal en 1976 y España en 1978, se intentaba dejar atrás las recientes experiencias autoritarias de ambos países. (Carbonell, 2010b, p. 76)

Por lo tanto, ha quedado consolidada la única tesis válida que proclama que los derechos fundamentales, son sin ninguna duda los derechos del ser humano constitucionalizados sobre la base de la soberanía popular, pero destacando que para que esos derechos se convirtieran en derechos fundamentales debió pasar un largo período hasta incorporarse en una Constitución que se afirmara expresamente como norma jurídica, y que además se prevean los mecanismos idóneos para garantizar y hacer efectiva su supremacía sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico, y en particular sobre la ley. Como consecuencia, hoy en día los derechos fundamentales deben estar, por tanto, en íntima conexión con las garantías constitucionales. Y precisamente, en cuanto a los derechos y garantías fundamentales que destacan en los ordenamientos jurídicos, especialmente en el ámbito europeo, Ferrajoli (2009) ha expresado:

Finalmente, la cuarta tesis, quizás la más importante, tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías. Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión).

Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. (p. 43)

Por lo tanto, las garantías primarias se desarrollan en el ámbito de la institucionalidad del Estado, tanto la legislativa que compete a todo órgano con potestad normativa como la administrativa que conlleva la formulación de políticas públicas y la prestación de los servicios públicos con respeto a los derechos humanos, mientras que las garantías secundarias involucran las garantías jurisdiccionales que tienen aplicación ante el mal funcionamiento de las garantías primarias, total o parcialmente.

1.3 El afianzamiento de los Derechos Humanos

La clasificación identificada como clásica de los derechos humanos que los agrupa como derechos de primera generación, derechos de segunda generación y derechos de tercera y cuarta generación actualmente, se dice, resulta impropia, porque con ella se pretende enarbolar una especie de jerarquización entre ellos (los derechos), con lo cual se les estaría dando categoría para su estudio y protección, y además porque esa forma de distribuir los derechos de la persona que se circunscriben a su dignidad actualmente está en abierta contradicción con la Proclamación de Teherán y la Declaración de Viena de 1993, que proclaman más bien la indivisibilidad de los derechos humanos.

Por ello lo más apropiado es identificar a los derechos civiles y políticos como aquellos que tienen por objeto proteger un espacio de la libertad individual frente a los demás y en relación al mismo Estado; a los derechos económicos, sociales y culturales que son aquellos derechos promocionales que están en cabeza del Estado, y que tienen como finalidad primordial que el individuo pueda realizar sus potencialidades dentro de un marco de oportunidades para todos; y, los derechos de los pueblos y de las generaciones futuras, que son los que buscan proteger a las minorías y a las poblaciones como un conjunto, como un todo, a fin de lograr la autodeterminación, así como la búsqueda de reivindicaciones y la protección no solo para las actuales sino para las nuevas generaciones dentro de un ambiente sano.

En consecuencia, hoy los estados constitucionalizados proclaman a todos los derechos humanos en un mismo sitio preponderante, con ubicación en un mismo estatus.

Por eso los derechos humanos gozan de señaladas características, como la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia, la progresividad que significa que los derechos están predispuestos a su ensanchamiento o expansión y que como consecuencia ha quedado desterrado todo tipo de regresión o disminución. De acuerdo a las constituciones modernas y los instrumentos internacionales en esta materia, los derechos pueden robustecerse y ampliarse, al dejar abierta la posibilidad constitucional de que surjan otros derechos que tengan como elemento identificador la dignidad del ser humano, pero jamás podrá admitirse su regresión bajo ningún concepto. En este punto, Prieto (2013) ha puntualizado:

La rematerialización constitucional, esto es, la incorporación al texto no solo de las normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente. Para utilizar la terminología de la Constitución española, los valores superiores, los principios y especialmente los derechos fundamentales representan la plasmación de esa extraordinaria densidad normativa que hace del Estado constitucional contemporáneo el contrapunto de lo que pudo ser el modelo kelseniano. (p. 26).

1.4 Rol de los Principios y de las Reglas

De manera general las reglas y los principios son normas jurídicas. Sin embargo, entre unas y otros existen diferencias. En este sentido, la estructura de las reglas está dada por configurar el caso de forma cerrada, pues las propiedades que se presentan en el caso constituyen un conjunto finito. A través de las reglas se otorgan soluciones al caso planteado que pueden ser de dos tipos: En el primer tipo el sistema jurídico califica normativamente una acción; y, en el otro tipo el sistema jurídico califica deónticamente la obtención de un cierto estado de cosas.

En igual forma en los principios es posible una distinción similar, pues por un lado encontramos los principios en sentido estricto, y por otro lado, las directrices. Los principios en sentido estricto tendrían relación con las reglas de acción, en tanto que las directrices serían equivalentes con las reglas de fin. En este estado de cosas, los principios (en sentido estricto y directrices) no contienen un supuesto de hecho, siendo esa la razón para que los principios en sentido estricto configuren normativamente una acción en tanto

que las directrices siguiendo la misma línea califican solo la consecución de un estado de cosas. Al respecto:

En los principios en sentido estricto, las condiciones de aplicación padecen de una indeterminación fuerte o, mejor dicho, tales condiciones de aplicación no se encuentran siquiera genéricamente determinadas; sin embargo, la solución normativa que le dan al caso es la calificación de una acción que está configurada en forma cerrada. (Baquerizo & Leuschner, 2011, p. 71)

Al respecto, los jueces no solo aplican reglas sino también principios, y eso ocurre principalmente en los siguientes casos: Cuando no existe una regla aplicable a un caso concreto, situación que es conocida como laguna normativa; o también, cuando existe una regla pero ella es incompatible con los valores y principios establecidos por el sistema, en cuyo caso se dice que estamos ante una laguna axiológica.

Los principios no tienen aplicación directa para resolver los casos concretos, sino que solo suministran razones perentorias o razones *prima facie* para ser contrastadas con otras de otros principios o de otras reglas. Para su aplicación los principios requieren de dos fases: “en la primera se convierte al principio (o los principios) en reglas, esto es a lo que en sentido estricto puede llamarse ponderación; luego, en una segunda fase la regla creada se aplicará según alguno de los dos modelos: el subsuntivo o el finalista.” (Atienza, 2006, p. 168).

En consecuencia, constituye un imperativo que los aplicadores del Derecho reconduzcan a los principios todos los casos que se le planteen, ya sea para constatar que son casos fáciles al ser suficientes las regulaciones de las reglas, o ya para constatar la existencia de una laguna normativa o laguna axiológica que configura un caso difícil, en virtud de las condiciones de constitucionalización –caso del Ecuador- en los que se propugna la sobre interpretación de la Constitución, en cuya virtud no quedan sectores ajenos a esa intervención. Por lo tanto, el juez constitucional no debe limitarse a constatar, por ejemplo, una cuestión de inconstitucionalidad de las reglas contrarias a los principios constitucionales, sino que de oficio debe aplicar el principio o los principios que estime relevantes para resolver el caso, siendo esa la situación planteada en el Art. 428 de la Constitución de la República en relación con el Art. 142 segundo inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

1.5 Recapitulación

La expresión derechos constitucionales corresponde a la legislación interna, pues a nivel internacional han primado los vocablos derechos fundamentales y derechos humanos, esta última ligada a la normativa del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos. Respecto a los derechos fundamentales debieron producirse importantes acontecimientos para su consolidación y afianzamiento, tal como ocurrió después de la primera guerra mundial y por supuesto el mayor desarrollo normativo a raíz de la segunda guerra mundial por el holocausto producido para la Humanidad.

Por otro lado, con el advenimiento de las constituciones escritas fue necesario decidir sobre la conveniencia de exteriorizar en ellas los derechos, pues antes las constituciones solo regulaban la distribución del poder. En este sentido desde el inicio se impusieron determinados principios, el principio de legalidad y el principio de constitucionalidad que fueron exteriorizados a través de soberanía parlamentaria versus soberanía popular, en Europa y Estados Unidos, respectivamente.

Con el afianzamiento de los derechos se advierte que todos gozan de una misma categoría, pudiéndoselos identificar como aquellos derechos que protegen un espacio de la libertad individual frente a los demás y en relación al mismo Estado; los derechos económicos, sociales y culturales que están en cabeza del Estado en favor de los individuos, también conocidos como prestacionales; y, los derechos de los pueblos y de las generaciones futuras.

Los derechos aparecen exteriorizados en normas cerradas y normas abiertas, por cuanto la normativa jurídica está conformada por reglas y principios. Las reglas contemplan el caso genérico en forma cerrada y se les aplica el método subsuntivo (regla de acción) o finalista (regla de fin); mientras que los principios, los propiamente dichos y las directrices, como no contemplan el supuesto genérico en forma cerrada sino que lo hacen en forma abierta, requieren del método de ponderación y proporcionalidad para encontrar la regla que permita aplicar a su vez alguno de los dos modelos: el subsuntivo o el finalista.

Por último, los jueces no solo aplican reglas sino también principios. Esto último ocurre principalmente en los siguientes casos: Cuando no existe una regla aplicable a un

caso concreto, situación que es conocida como laguna normativa; o también, cuando existe una regla pero ella es incompatible con los valores y principios establecidos por el sistema, en cuyo caso se dice que estamos ante una laguna axiológica

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA

Es necesario establecer cuál ha sido el rol que han tenido las medidas cautelares de acuerdo a la concepción clásica, su definición o concepto, su finalidad, su naturaleza, los elementos o presupuestos que deben darse para solicitarlas y concederlas, y su duración. Es decir, en este punto quedará precisado el escenario en el que se han desarrollado las medidas cautelares en una primera etapa, antes de su internacionalización. Es decir, antes de que fueran acogidas en los sistemas de protección de los derechos humanos imperantes en el mundo así como del desarrollo legislativo alcanzado en el derecho interno de cada Estado parte de los sistemas, a través de las Constituciones que actualmente se presentan cargadas de derechos y principios abiertos.

2.1 Concepto de las Medidas Cautelares

La doctrina ofrece abundantes referencias sobre la denominación que se atribuye a este tipo de pretensiones y actuaciones judiciales. Bien puede señalarse que en este aspecto la doctrina no ha sido pacífica, pues la denominación que acoge y presenta cada autor en sus estudios depende en mucho del tipo de clasificación que adopte al momento de identificar los distintos procesos que deben seguirse para la solución de los conflictos especialmente entre particulares. En este orden pueden citarse los procesos de conocimiento, de ejecución y los cautelares, y por supuesto tal clasificación también dependerá de la forma cómo se la regula en la legislación de cada País.

Así pues en la doctrina aparecen denominaciones de lo más variadas cuando se trata de identificar a las medidas cautelares, que es la identificación que adoptada para este trabajo, cuyo estudio se centra principalmente desde su acogida expresa en la normativa constitucional de 2008. Al respecto, adviértase que “se habla de acciones cautelares, procesos cautelares, providencias cautelares, providencias cautelares, acciones

precautorias, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas provisionales, medidas urgentes, medidas de cautela, providencias conservatorias o interinas, medidas cautelares, etc.” (Villarreal, 2010, p. 24).

Mientras que otro autor ecuatoriano, admitiendo que la denominación puede variar de acuerdo a como sean abordadas en cada País y que autores hispanos, italianos, alemanes y latinoamericanos han discutido sobre si el proceso cautelar es autónomo o independiente, aclarando que en Ecuador siempre depende de un juicio principal, destaca al proceso cautelar con todas sus características independientemente del tipo de medida cautelar que recoja. En referencia a ese proceso cautelar, entre otros puntos, Cruz (1992) señaló lo siguiente:

Como todo proceso, el cautelar tiene una estructura orgánica que recuerda la trilogía de Podetti, tocada en tema anterior, y que sostiene que ‘no existe jurisdicción sin acción y sin proceso, ni acción sin jurisdicción y sin proceso, ni proceso sin acción y sin jurisdicción’. La trilogía se cumple en el proceso cautelar, cualquiera que sea la ‘medida cautelar’ de que se trate. Estas pueden variar, y en efecto varían, de acuerdo a las legislaciones de cada país.” (p. 148)

En esa misma línea de sustentar la denominación de medidas cautelares, en la doctrina chilena se ha señalado que la denominación medidas precautorias es la que tiene mayor acogida por parte de la cultura jurídica, aunque en el ámbito del derecho positivo de aquel país está ganando terreno la denominación de medidas cautelares siendo esa la tendencia que se observa en el derecho comparado. En este sentido, en referencia a la denominación de medidas cautelares, Marín (2004) ha señalado:

He preferido la denominación de medidas cautelares a la de medidas precautorias, expresión esta última que, como se sabe, se encuentra más ligada a la cultura jurídica chilena. Creo, no obstante, que el primer término –cautelar- es el más adecuado; es el que ha venido imponiéndose en el ámbito comparado y hacia allá también se dirigen los nuevos textos positivos chilenos. No habrá, pues, mayor dificultad en adaptarse en la terminología utilizada. [...] (p. 11).

En Ecuador, con ocasión de un estudio realizado respecto a las medidas cautelares en los procesos de arbitraje, se ha propuesto una definición bastante amplia y descriptiva,

pues a través de ella se han incluido todas las características, momentos de petición y adopción, sujetos involucrados, finalidad y más peculiaridades que identifican a las medidas cautelares. En este sentido, en referencia a la institución en estudio, Salcedo (2006) la definió en los términos siguientes:

[...] conjunto de medidas de protección adoptadas por los tribunales judiciales o arbitrales –antes de la iniciación de un proceso o durante su pendency- en beneficio del acreedor que fundadamente cree que su crédito, por actos u omisiones del deudor, se encuentra en grave riesgo; y que tienden a impedir que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso en lo principal y el pronunciamiento de la resolución definitiva sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite, dificulte o torne inoperante la ejecución forzada o los efectos de la sentencia o del laudo firmes. (p. 10)

Sobre la base de que las medidas cautelares se activan ante el riesgo de perder un derecho, a instancia de parte e inaudita parte, García & García (2005) han señalado que son las que: “[...] ante el riesgo de perder un derecho, toma el juez, por lo general a petición de parte, de manera rápida y de ordinario sin oír otra parte, e inclusive la medida que la parte toma ante el grave peligro que corre su derecho [...] (p. 10).

En consecuencia, sin adoptar una posición caprichosa en cuanto a imponer como definitiva una denominación para una institución jurídica de tanta importancia que ha trascendido en mayor o menor dimensión en el ámbito procesal legislado, y particularmente en el Ecuador, parece tener mayor acogida y sustento de acuerdo a su finalidad la de medidas cautelares. Siendo así constituye una herramienta jurídica por excelencia a disposición de la parte interesada para que pueda solicitar la juez competente las precauciones que indican la prudencia y previsión ante los eventos de un proceso por iniciarse o en marcha, que tienda a la declaración o reconocimiento de un derecho a través de una decisión firme, debiéndose cumplir para el efecto dos condiciones: Apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.

2.2 Finalidades

Respecto a las finalidades de las medidas cautelares desde la óptica civil es de advertir que aquellas siempre están ligadas a un proceso principal al cual contribuyen hasta

que se adopte la decisión final, quedando ligadas por tanto a todas las situaciones que pudieran desencadenarse en aquel proceso, pues amparan el derecho o situación jurídica que allí se discute y pretenden darle efectividad a la sentencia definitiva. En esta línea se sitúa Villarreal (2010) al dejar consignado lo siguiente:

[...] las medidas cautelares se encuentran indefectiblemente ligadas a la existencia de un proceso y tienen como objeto o finalidad asegurar los efectos prácticos de la posible sentencia estimatoria, evitando que dicha decisión judicial llegue demasiado tarde, perdiendo su razón de ser y tornándose ineficaz. Es decir, que la medida cautelar estaría destinada y su propósito sería netamente práctico al preparar las condiciones para el evento de que se obtuviere una sentencia estimatoria en un juicio principal. (p. 28)

Además la finalidad de las medidas cautelares está encaminada a proteger un derecho o una situación jurídica, aun cuando en el momento que se hacen necesarias y que se las solicita sean aquellos solamente verosímiles o solo presumibles. En este sentido, aun cuando no sea posible encontrar un fin único general, lo cierto es que sirviendo como garantía jurisdiccional de una sentencia encontramos en forma remota o lejana un derecho o una situación que es realmente lo que se quiere proteger. A este respecto, se suelen poner como ejemplos los siguientes: los alimentos provisionales que deben concederse para quien, según la ley, tiene derecho a recibirlos; las prohibiciones de enajenar o innovar durante el juicio que se propone proteger derechos patrimoniales, las pruebas anticipadas encaminadas a proteger la demostración de un hecho.

En esa perspectiva, respecto a las medidas cautelares en sentido general (clásico) es factible señalar que tienen como objeto o finalidad inmediata la de asegurar o servir a los efectos que debe producir una sentencia estimatoria que se espera en un proceso principal, y como finalidad remota la de asegurar un derecho o una situación jurídica que es lo que realmente se decide en el juicio principal. Al efecto este posicionamiento se fundamenta en lo siguiente:

Teniéndolas como accesorias de un proceso principal, es todavía más relevante su finalidad, puesto que están encaminadas al proceso central y éste, como es bien sabido, no contiene un fin en sí mismo. Luego el derecho o la situación jurídica de

la cual surgen también derechos, es lo que a la postre interesa asegurar a la cautela. (Echandía s.f. c. p. García & García, 2005, p. 10)

Asimismo en cuanto a la proyección que deben tener las medidas cautelares se las estructura bajo la perspectiva de racionalizar el tiempo que emplean los tribunales para resolver un caso sometido a su conocimiento y resolución, toda vez que ese tiempo que se requiere para aportar y producir las pruebas necesarias a fin de que el juez tenga la certeza al momento de resolver el caso mediante sentencia de fondo, puede transformarse en el más grande enemigo del proceso, y por lo tanto podría convertirse en un obstáculo para el sujeto activo de la relación procesal que busca una solución justa y oportuna.

De manera general se ha señalado que las medidas cautelares cumplen dos propósitos, uno de orden particular y concreto en favor del peticionario de la medida en salvaguarda de su pretensión sobre el fondo del asunto y otro de orden público o abstracto que es de interés de la administración de justicia, por cuanto se les da certeza y efectividad a sus decisiones, lo cual significa tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, según se advierte del siguiente texto:

Las medidas cautelares cumplen dos fines: uno de orden privado y concreto, que consiste en asegurar el cumplimiento de una sentencia definitiva y otro de orden público y abstracto, que evidencia que al lograr el fallo final se ejecute, la función jurisdiccional se torna segura y eficaz. En sentencia C-925 de 18 de noviembre de 1999, la Corte Constitucional colombiana señaló que “las medidas cautelares están destinadas a salvaguardar los derechos subjetivos en disputa y, principalmente, a garantizar la efectividad y eficacia de la administración pública. (Guarderas, 2014, p. 11)

Siendo esta la situación que envuelve a este tipo de actuación procesal, del que disponen todos quienes vean amenazadas sus pretensiones si es que no se toman ciertas medidas para asegurar la decisión final que se llegare a adoptar, precisamente con la finalidad de que tengan realización los fallos que se dicten en favor de los demandantes, los ordenamientos jurídicos se han preocupado, desde el siglo XIX, por establecer una serie de medidas bajo distintas denominaciones, tales como cautelares, precautorias, conservativas, asegurativas, provisionales, etc., con la finalidad de asegurar la efectividad de las decisiones de fondo.

En este orden de ideas, en cuando a la finalidad de las medidas cautelares se sostiene que la función clásica de aseguramiento se ha modificado con otras medidas producto del transcurso del tiempo y del desarrollo alcanzado por la doctrina y la jurisprudencia: “Así, desde la escuela italiana de Chiovenda, Carnelutti y Calamandrei, han dejado de tener una función meramente de aseguramiento para ampliarse a cumplir una función conservatoria (*de mantenimiento del statu quo*) o una función innovativa (*de alteración del status*). (Guarderas, 2014, p. 12)

2.2.1 Finalidad asegurativa

Pertenecen a este grupo las medidas tradicionales que contemplan los ordenamientos del siglo XIX, tales como el secuestro, la retención y la prohibición de enajenar. Con este tipo de medida lo que se busca es asegurar el resultado del juicio, es decir, asegurar los efectos de la sentencia estimatoria que legare a obtener el solicitante en el juicio correspondiente. Respecto a esta finalidad se ha señalado lo siguiente:

Según Calamandrei son aquellas medidas que sirven para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”. Mientras que Chiovenda las define como aquellas “medidas especiales, determinadas por el peligro o urgencia, que se emiten antes de que sea acertada la voluntad concreta de la ley que nos garantice un bien, o antes de que sea cumplida su actuación, para garantía de su futura actuación práctica.” (Guarderas, 2014, p. 24)

2.2.2 Finalidad conservativa

Los mecanismos procesales del siglo XIX estuvieron encaminados a resguardar los eventuales derechos del demandante, para de esa manera evitar futuros fraudes a la acción de la justicia, pero sin introducir ninguna reforma en la posesión de los bienes mientras se tramita el proceso. Se dice que con esta medida se tiende a conservar el estado de hecho de manera que si se obtuviera la providencia definitiva el peticionario vería concertados los frutos de su pretensión, tal como ocurre con el secuestro conservativo. Este tipo de medidas:

Buscan preservar, mantener o congelar, mientras dure la medida cautelar, la situación jurídica o el estado de cosas existente al momento en que se las solicita,

con la finalidad de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento está siendo demandado la juzgador que ventila el asunto de fondo. Consisten en la prohibición de realizar determinados actos materiales o jurídicos para mantener el statu quo. (Guarderas, 2014, pp. 24-25)

Sobre esta finalidad, Marín (2004) ha señalado: En el derecho chileno actúa precisamente en esta función la orden de no innovar del recurso de protección que en muchas ocasiones evita que una parte unilateralmente pueda poner término a un contrato o que con su conducta altere la situación de hecho existente. Evidentemente, en ocasiones lo ordenado cautelarmente va a coincidir con la pretensión de fondo de quien recurrió de protección; así, en términos unilaterales de contratos si quien acciona de protección persigue que en definitiva se declare la vigencia del mismo, la orden de no innovar estará adelantando provisionalmente esta situación, en cuanto los sujetos deberán cumplir con las obligaciones contractuales en tanto no se resuelva la controversia. (p. 235)

En este mismo sentido, en cuanto a que las medidas cautelares pueden estar dirigidas a mantener el *estatu quo*, se ha señalado:

[...] se trata de un paso más en el contenido de las medidas cautelares en el sentido de superar la mínima injerencia que suponía la anterior clase de efectos (asegurativos) y de acercarse a un efecto de satisfacción de la pretensión: legislativamente se ha dado ese paso con una serie de medidas cautelares y en doctrina este contenido de las mismas merece aún plena aceptación. En efecto este contenido parece muy razonable. Cuando se argumenta que traspasar los límites del aseguramiento es tolerar una ejecución sin título, se está olvidando que mantenerse en esos límites supone, en algunos casos, algo más grave: permitir que el conflicto se resuelva interinamente mediante autotutela de alguna de las partes, que altera por sí y ante sí el *estatu quo* previo al conflicto. [...] las medidas cautelares no pierden el carácter conservativo, por cuanto sus efectos se dirigen a mantener el *estatu quo* previo al conflicto, en espera de lo que se resuelva en sentencia principal. Pero trasciende de los efectos de aseguramiento, en cuanto en la situación que se preserva pudiera estar produciéndose la satisfacción de los derechos e interés de las partes. (Ortells, s.f, c.p. Marín, 2004, pp. 235-236)

2.2.3 Finalidad anticipativa

Esta finalidad no es del todo pacífica pero en todo caso se empiezan a buscar alternativas para regular este tipo de medidas que más que un sustento en la cautelar pareciera encontrarse es en la urgencia, en donde inclusive podría encontrarse medidas de carácter satisfactivas. En este sentido: “[...] numerosos textos positivos modernos y una interpretación más amplia que en el ámbito del derecho comparado vienen realizando los tribunales de normas que contienen una cláusula de cautela general, permiten incluir dentro de este ámbito providencias de claros fines anticipativos.” (Marín, 2004, p. 237)

En relación a esta medida cautelar de tipo anticipativa, que puede parecer controvertida, tenemos algunas materias que no ofrecerían mayor dificultad. Así por ejemplo, con la posibilidad de conceder alimentos provisionales en los juicios de alimentos, paternidad o divorcio¹ y en algunos países en los juicios por accidentes de circulación. En todo caso no se discute que el demandado antes de que se dicte una sentencia sobre lo principal del asunto deba satisfacer una pensión alimenticia. En este mismo orden se cita la materia de propiedad intelectual y de marcas, que en muchos casos se requiere de concretas medidas positivas o anticipativas para que la tutela resulte verdaderamente efectiva. Por último, se dice que estas medidas han encontrado eco en aquellos países que evidencian un importante activismo judicial.

¹ Art. 9 del Código de la Niñez y Adolescencia.- Fijación provisional de la pensión de alimentos.- Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla.

Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos.

Art. 108 Código Civil. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

2.3 Presupuestos para el otorgamiento de Medidas Cautelares

En este aspecto la doctrina tampoco es unánime en la determinación de los presupuestos que debe constatar al momento de plantearse una solicitud tendiente a obtener alguna de las medidas cautelares. Al efecto, tales exigencias dependen de la posición de cada autor y de acuerdo a la normativa de cada país a la cual se haga referencia. Sin embargo, estimamos que en la doctrina si existe coincidencia a la hora de identificar dos de esos elementos o presupuestos que deben cumplirse para su concesión, por un lado, se hace referencia al peligro en la mora (*periculum in mora*) y por otro lado, a la apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*).

Asimismo, por cuanto no existe unanimidad, en algunos casos se exige establecer o constatar la urgencia de la medida, solicitud formal y una contracautela. También en otros casos se suelen mencionar la fianza y la pendencia simultánea o posterior del proceso principal. En el presente caso, considerando los dos presupuestos en que coinciden la mayor parte de los autores, serán tratados a continuación:

2.3.1 Apariencia de buen derecho (*Fumus bonis iuris*)

La doctrina coincide que este es un presupuesto *sine qua non* para la concesión de las medidas cautelares, el cual no puede obviarse, pues cualquier medida que se tome estaría afectando en menor o mayor intensidad la situación jurídica de la parte afectada, ya sea en su persona o en sus bienes. Pero como se trata de un proceso en el cual no se resuelve el fondo, o sea lo principal que motiva la actuación cautelar, precisamente porque está en controversia la causa principal, por esas razones para la procedencia y admisibilidad de las medidas que se pretenden será necesario que el juez tome todas las precauciones cuando tenga una petición encaminada a obtener una cautela.

Al respecto, se sostiene con razón que no basta la simple petición para que pueda concederse una medida tal naturaleza, sino que es necesario que el derecho que se pretende proteger aparezca como probable, pero con una probabilidad cualificada. A si pues la medida cautelar solo es posible en cuanto aparezca jurídicamente aceptable la posición material del solicitante. En este sentido, se han señalado las siguientes particularidades: que la tutela cautelar jurisdiccional tiene como base una situación incierta y controvertida, en tanto que la tutela cautelar negocial -hipoteca, prenda- se protege en cambio una

situación cierta e indiscutida amparada en documentos ejecutivos, y con la tutela jurisdiccional, que protege una situación cierta e indiscutible.

Por tanto, para la concesión de la medida cautelar no es necesario que se justifique plenamente la existencia de la situación cautelada, pues basta que aparezca como muy probable, siendo el presupuesto no la existencia, sino la apariencia del buen derecho. De allí que baste que *prima facie*, con el simple examen de la solicitud y de los documentos aparejados, el juez estime que, de ser ciertos los documentos y no existir otros hechos que los desvirtúen, debería hacer la declaración de existencia del derecho. Es decir, se parte de una presunción legal si se cumple tal supuesto.

2.3.2 Peligro en la demora (*Periculum in mora*)

Representa el daño marginal que puede derivar del retraso, inevitable habida cuenta de la lentitud del proceso de conocimiento (o sea un juicio ordinario) que se debe cumplir en cada una de sus etapas para arribar a la decisión final, destacándose, al mismo tiempo, que si la resolución fuera rápida, sobrarían las medidas cautelares, pero aquello no es más que una exclamación, pues son múltiples las causas para que la anhelada decisión al caso planteado no se de en tiempo breve. En este caso, la causa del peligro proviene de la pendencia y del retraso de la resolución definitiva, y por lo tanto el peligro no proviene de otra causa que amenace la situación cautelada.

En realidad más que estar ante un verdadero presupuesto de las medidas cautelares, se dice, que se está frente al auténtico fundamento, a lo que constituye la razón de ser de aquellas. De ahí que salvo el caso de la prohibición de enajenar, no se exija la previa demostración del peligro que es característico por el desarrollo tortuoso de los procesos judiciales instaurados por cada legislación como fórmulas para encauzar la tutela judicial efectiva a la que tienen derechos todas las personas cuando ven amenazados o conculcados sus derechos, pues más bien es en la regulación impositiva de las medidas cautelares que está manifiesta la intención del legislador al conceder la medida, y por lo tanto, debe ser valorada por el juez en los casos sometidos a su conocimiento.

Es por eso que actualmente para superar cualquier duda en torno a la justificación del peligro que encierra el tránsito de los procesos de conocimientos que permiten dilucidar los asuntos de fondo que enfrentan a las partes frente a una situación fáctica que encuentra regulación en el ordenamiento jurídico, la doctrina moderna está apuntando a

sustituir esa justificación del peligro por una fianza que asegure la indemnización de daños y perjuicios en el supuesto de alzamiento de la medida; sobre la base de que para llegar a una solución justa se requiere de un tiempo de espera establecido por el propio sistema jurídico, teniendo en cuenta que el órgano del Estado encargado de administrar justicia requiere de una serie de pruebas para elaborar un pronunciamiento y dar la decisión que se ajuste a la realidad manifestada en el proceso.

2.4 Características de las Medidas Cautelares

En este punto la doctrina tampoco evidencia conformidad, tal como se advierte en la normativa de las legislaciones de los distintos países al regular las situaciones atinentes a la petición y concesión de medidas cautelares en relación a los casos concretos que esperan un veredicto en largos y tortuosos procesos que son característicos del formulismo que identificó a los sistemas jurídicos imperantes en los diversos momentos del desarrollo de los Estados. Sin embargo, para el presente trabajo que pretende adentrarse en los lineamientos generales que identifican a la institución de las medidas cautelares, se hará énfasis en las características principales que destacan los estudiosos del derecho, y por supuesto las que tienen mayor acogida: constanding entre ellas la instrumentalidad, la temporalidad y la revocabilidad.

2.4.1 La instrumentalidad

Se ha expresado que esta es una característica esencial de las medidas cautelares, siendo unánime la doctrina italiana y la española sobre este punto, y también así se manifiesta la doctrina en nuestro continente. La mayoría de los autores coinciden en que la instrumentalidad en este tipo de medidas está dado por su relación de dependencia o subordinación respecto de la resolución definitiva sobre el fondo que debe lograrse en un proceso principal. Partiendo de esta realidad se dice que las medidas cautelares carecen de un valor en sí mismas, teniéndolo solo en relación a la cuestión principal que se discute en el proceso principal, siendo por eso que una vez que se dicta la resolución definitiva, la medida queda sin efecto, bien por convertirse en medida ejecutiva, bien por desaparecer totalmente al declararse inexistente la situación material que garantizaba.

Sin embargo, es necesario señalar que técnicamente la instrumentalidad que se le otorga a las medidas cautelares está relacionada con la pretensión que se ventila en el proceso principal, pues aquellas medidas tienden a mantenerse mientras se ventila la

pretensión de fondo en el proceso principal. De tal manera que si se extingue o se reconoce la pretensión principal, por ejemplo, por el pago de la deuda, la medida cautelar queda sin efecto por haber desaparecido la pretensión que había sustentado el proceso principal así como el proceso cautelar que buscaba darle garantía para el evento que se llegare a obtener una sentencia de fondo, a fin de que la ejecución no tenga inconvenientes ni burle la acción de la justicia si es que la sentencia no pudiera ser ejecutada.

2.4.2 La temporalidad

En la concepción clásica esta característica suele englobársela dentro de la instrumentalidad, pero para efecto del presente estudio, por sus peculiaridades, será abordada por separado. En este aspecto es necesario señalar que la medida cautelar a pesar de producir efectos desde el momento en que es concedida tiene una duración temporal, ya que está supeditada indudablemente a la pendencia del proceso principal, en virtud de lo cual ocurre que la medida cautelar bien puede mantenerse durante todo el tiempo que dure el proceso principal en el que se sustancia la situación de fondo, pero no más allá de aquel, siendo por eso la razón de su temporalidad, ya que nace y se mantiene supeditada a la pretensión principal mientras ésta tenga vigencia.

Siendo así hay que destacar que la medida cautelar nace con una duración limitada en el tiempo, cuyos puntos demarcatorios para su operatividad y vigencia estarán dados entre el momento de la interposición judicial y el de la efectividad o no del derecho pretendido, constituyendo esos sucesos los extremos dentro de los cuales puede tener vigencia máxima la medida que se ordenare como garantía para una posible ejecución de la sentencia de fondo que se dictare en un proceso debido que ponga fin a la contienda, en la que la pretensión puede ser admitida o rechazada, pues en tales supuestos la medida quedará extinguida.

2.4.3 La revocabilidad

Como las medidas cautelares en la concepción clásica son temporales, es decir, no son definitivas, ni tienen un plazo pre establecido, son modificables de acuerdo a la variación de los presupuestos que se tuvieron en cuenta al momento que fueron concedidas. Se ha señalado que estas medidas están sujetas al resultado de otro proceso en donde se debate el derecho que invoca el demandante, siendo allí en donde se acreditará debidamente el derecho, y al contrario en el proceso cautelar bastará que aparezca como

muy probable la existencia de la situación cautelada, pues el presupuesto propiamente no es la existencia sino solo la apariencia. De allí que mientras no se pronuncie una sentencia definitiva en el proceso principal la resolución que concede o niegue la medida cautelar está sujeta a modificaciones posteriores, dado su carácter esencialmente revocable.

De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 923 del Código de Procedimiento Civil, las medidas cautelares (secuestro, la retención, la prohibición de ausentarse y la prohibición de enajenar bienes raíces) ordenadas en los juicios preventivos están sujetas a caducidad si, dentro de quince días de ordenadas, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal; y el solicitante pagará, además, los daños y perjuicios que tales órdenes hubiesen causado al deudor. Caducarán, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante treinta días. Por último, la caducidad es aplicable tanto a las providencias provisionales como a las definitivas.

2.5 Recapitulación

En la concepción clásica las medidas cautelares estuvieron concebidas sobre la base de un proceso principal en el que se desarrolla la pretensión del demandante que debe ser resuelta en sentencia luego de haber transcurrido un largo período en el que se producen pruebas y debates. Pero hasta que eso ocurra y se concluya el proceso principal es necesario asegurar que la composición del caso no pierda efectividad cuando llegue el momento. En tales circunstancias, las medidas cautelares tuvieron y siguen teniendo como fin inmediato asegurar la eficacia de la sentencia y como fin mediato el derecho o la situación cautelada expresada en la pretensión.

En cuanto a las finalidades en un primer momento fueron asegurativas pues con ellas se buscaba asegurar la sentencia de fondo por la amenaza del tiempo, luego aparece la finalidad conservativa que pretende mantener el *statu quo* de la situación fáctica o jurídica, así como otra finalidad anticipativa o innovativa.

Los presupuestos que se exigen para su otorgamiento son la apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*), no de la certeza del derecho, sino de la probabilidad de que si es cierto la sentencia de fondo así lo admitirá. Y el peligro en la demora (*periculum in mora*), por cuanto por el formulismo procesal para preparar la contienda al estado de

sentencia se requiere de un tiempo prudencial, dentro del cual podría alterarse el objeto o situación en que se afianza la pretensión de fondo.

Este tipo de medidas son instrumentales por cuanto acceden a un proceso principal, son temporales por estar relacionadas al juicio principal y a otras situaciones procesales, siendo por ello provisionales y no definitivas; además son revocables.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA CONCEPCIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con la panorámica presentada de lo que son las medidas cautelares en la concepción clásica, corresponde ahora establecer cuáles son los lineamientos generales que regulan las medidas cautelares desde la óptica de los derechos humanos. Para tal efecto, el presente análisis tendrá como punto de referencia la misma estructura observada en el desarrollo de la temática relacionada a la concepción clásica de las medidas. Con tal advertencia, los temas que serán abordados enseguida corresponden al concepto, la finalidad, las características y los presupuestos que deben cumplirse para ordenar las medidas cautelares en el ámbito de los derechos humanos.

3.1 Concepto y Finalidad de las Medidas Cautelares

En el sistema de protección de los derechos humanos las medidas cautelares no constituyen un medio para la realización de los efectos de una sentencia que se espera en un juicio principal, sino que responden a otras situaciones que atañen a las personas y su dignidad: sus derechos. En consecuencia, tales medidas tienen como finalidad la protección directa de los derechos humanos cuya afectación fuere inminente o estuvieren realmente siendo afectados, ya evitando, interrumpiendo o suspendiendo su vulneración, pues tal situación no puede esperar a la resolución que se obtenga en un proceso principal, a sabiendas que en este campo es el mismo Estado el que no brinda protección. En esta línea de protección de los derechos humanos, se ha señalado:

En el ámbito internacional de los derechos humanos las medidas provisionales se liberan del formulismo jurídico de la ciencia jurídica del pasado. En el derecho internacional de los derechos humanos, las medidas provisionales van más allá en

materia de protección, revelando un alcance sin precedentes, y determinando —en razón de su carácter obligatorio— la eficacia del propio derecho de petición individual en el plano internacional: en realidad en el presente dominio tales medidas, además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales, en la medida que buscan evitar daños irreparables a la persona humana como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. (Cancado Trindade, c. p. Rey & Rey, 2008, pp. XX-XXI).

Por lo tanto, las medidas cautelares o medidas provisionales en este ámbito ya no responden a un proceso principal, sino que actúan preventivamente, evitando que ocurran daños irreparables a la persona humana, es decir, a sus derechos. En virtud de ello su otorgamiento ahora está ligado a la gravedad e inminencia del daño que amenaza un derecho protegido por los instrumentos que integran el sistema internacional de protección de derechos, siendo esta la razón por la cual las medidas que sean necesarias y que se deben adoptar se liberan de las ataduras del procedimiento anterior, por un procedimiento sencillo y rápido, teniendo presente solo una presunción razonable de que la afectación o posible afectación existen.

Eso sí para la concesión de las medidas cautelares en este ámbito se requieren de los mismos presupuestos que viabilizaban las medidas cautelares en la concepción clásica, por un lado, el *periculum in mora* o peligro por la mora o tardanza, y por otro lado, el *fumus boni iuris*, o apariencia del buen derecho. Por esta razón las medidas cautelares, por regla general, se conceden a petición de parte, e inaudita parte, lo cual quiere decir sin contar previamente con la persona afectada con la medida. Además que en el sistema interamericano de derechos humanos, ante la posibilidad de vulneración de un derecho humano, aquellas pueden y deben dictarse de oficio.

Como las medidas cautelares en el sistema clásico podían solicitarse y ordenarse antes, conjuntamente o después de la demanda, y siempre estuvieron al servicio de un juicio principal, ahora en el ámbito de protección internacional de los derechos humanos la existencia de una pretensión en un juicio principal ya no es una condición *sine qua non* para su admisibilidad. Es más, las medidas cautelares constituyen por excelencia una institución de protección directa de los derechos humanos, dejando de ser un apéndice de otro proceso principal, por lo cual aquellas actúan por sí solas, en forma independiente o

autónoma, dejando de ser instrumento de otro proceso, pues ya no garantizan la eficacia de una sentencia sino que más bien actúan preventivamente protegiendo un derecho de manera efectiva.

Ahora bien, las medidas cautelares relacionadas con la protección de los derechos consagrados en las normas que integran el sistema interamericano cumplen dos funciones importantes: Por un lado, tienen una función “cautelar”, por cuanto buscan preservar una situación jurídica bajo conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en peticiones o casos; y, por otro lado, una función “tutelar” porque tienen como propósito preservar el ejercicio de los derechos humanos. En este aspecto, en la práctica se observa que la función tutelar está encaminada a evitar daños irreparables a la vida e integridad de la persona, es decir, del beneficiario como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos.

Mientras que en el aspecto cautelar, las medidas tienen como propósito impedir la ejecución de decisiones de la autoridad pública y de otra índole, tal como lo observamos en la siguiente cita:

Con respecto al aspecto cautelar, las medidas pueden estar destinadas a impedir la ejecución de medidas judiciales, administrativas o de otra índole, cuando se alega que su ejecución podría tornar ineficaz una eventual decisión de la CIDH sobre una petición individual. Algunas de las situaciones tratadas por la CIDH que tienen el fin de preservar el objeto de una petición o un caso, han incluido, entre otras, solicitudes de suspensión de órdenes de deportación o extradición cuando se acredita el riesgo de que la persona sufra torturas o tratos crueles e inhumanos en el país receptor; situaciones en las que la CIDH ha instado al Estado suspender la aplicación de la pena de muerte; situaciones dirigidas a proteger las tierras de pueblos indígenas de incursiones que podrían romper la estrecha relación entre el pueblo y sus tierras tradicionales y recursos naturales, o poniendo en riesgo la sobrevivencia de la cultura. Al dictar medidas cautelares en estas situaciones, la CIDH solicita al Estado suspender la actividad que podría producir una vulneración a los derechos del beneficiario hasta que los órganos del Sistema Interamericano se pronuncien sobre el fondo del caso relacionado.

La CIDH ha otorgado también medidas cautelares a fin de proteger una gama más amplia de derechos, tal y como los derechos a la salud y a la familia cuando están presentes los elementos de gravedad, urgencia e irreparabilidad. Asimismo, se han dictado medidas para evitar daños a la vida o la salud derivadas de la contaminación ambiental. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s. f., para 3 y 4)

De lo expuesto, se advierte que el fin próximo o remoto de las medidas cautelares en el ámbito de protección de los derechos humanos será siempre proteger preventivamente un derecho, sin que haya necesidad de esperar resolución firme en un proceso principal, pues cuando se trata de salvaguardar derechos fundamentales el ejercicio de las acciones y los procedimientos se han liberado de las ataduras del formulismo decimonónico, con lo cual se ha dado un paso importantísimo en base a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, siendo ese avance de protección preventiva el que ha servido de estímulo a muchos Estados para que viabilicen en sus constituciones sistemas de defensa y protección de los derechos de sus habitantes.

Por otro lado, en cuando a la finalidad de las medidas cautelares ya no es aplicable el criterio de la concepción clásica, pues actualmente:

[...] la extensión de la utilización de este tipo de medidas incluso en el ámbito del derecho público y del derecho internacional obedece a que constituyen una garantía de eficacia de la actividad jurisdiccional y un respecto a la tutela judicial efectiva. En otras palabras la existencia de medidas cautelares y su aplicación forman parte de garantías de rango constitucional y permiten la efectiva vigencia de éstas que, de no existir este tipo de medidas, quedarían en declaraciones meramente retóricas.” (Nuques & Velazquez, 2008, pp. 143-144)

3.2 Presupuestos que deben cumplirse

3.2.1 Peligro en la demora (*Periculum in Mora*)

Las medidas cautelares aplicadas en el ámbito de los derechos humanos comparten los mismos presupuestos requeridos para la concesión de las medidas de acuerdo a la concepción clásica, a saber: *periculum in mora*, *fumus bonis iuris* y adecuación de la medida. Así tenemos que el *periculum in mora* ha sido contemplado en la norma contenida en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional, cuando se señala: Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho, Se considera grave (el hecho) cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

La urgencia de las circunstancias que configuran la amenaza (inminente y grave) o la violación de un derecho hace que la protección a través de la medida cautelar se la conceda en forma inmediata, lo más pronto posible, pues cualquier demora podría producir daños irreversibles o que la violación del derecho sea de mayor intensidad o frecuencia, por lo cual el procedimiento común que está supeditado a plazos largos y las vicisitudes que deben superarse en su desarrollo hará que cuando se dicte la medida sea demasiado tarde porque tal vez ya se haya producido un daño irreversible, cuando lo que se busca precisamente es lo contrario, prevenir la violación o detenerla.

Como ejemplo podemos citar el siguiente caso: Una persona ha sufrido un accidente de tránsito en virtud del cual presenta lesiones severas que ponen en peligro su vida si no recibe la atención especializada de inmediato, pero ocurre que en una casa de salud particular se niegan a prestarle atención porque el paciente no cuenta con un seguro privado o estatal y los familiares además no cuentan con los recursos suficientes para garantizar el pago de los gastos por la atención, intervención quirúrgica y hospitalización. Ante tal evento, uno de los familiares acude al juez de turno y en forma verbal propone una medida cautelar autónoma para que la persona accidentada sea atendida, inmediatamente el juez se traslada al centro de salud y dispone la atención inmediata, teniendo en cuenta que está en peligro la vida de esa persona.

3.2.2 Apariencia del Buen Derecho (*fumus bonis iuris*)

Este elemento constituye un presupuesto de las medidas cautelares en el ámbito de los derechos humanos, tal sucedió en la concepción clásica. Este presupuesto se lo reconoce tanto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y tiene acogida en nuestra legislación en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el que se ha establecido lo siguiente: 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. En este punto, es evidente que la Ley ha recogido el

referido presupuesto cuando señala que el juez constitucional las concederá si verifica por la sola descripción de los hechos que se cumplen los requisitos señalados por la Ley, sin que sea necesario que el juez tenga un conocimiento total o la certeza de la violación del derecho.

3.2.3 Adecuación

Igual que en la concepción clásica en el sistema internación de protección de derechos la adecuación constituye un presupuesto para su otorgamiento, pues según él, las medidas cautelares deben ser idóneas, es decir, adecuadas a su objeto, cual es el de dar una protección al derecho amenazado o violentado, ya sea evitando la violación o suspendiéndola. En virtud de lo dicho, las medidas que se tomen frente a la amenaza, que debe ser inminente de una violación o cuando se está perpetrando la violación, deben estar íntimamente ligadas a lo que constituye su objeto o su fin, es decir, deben proteger de manera inmediata y eficaz al derecho amenazado o vulnerado.

3.3 Características de las Medidas Cautelares

3.3.1 La instrumentalidad frente a la protección preventiva

En cuanto a las medidas cautelares que trascienden en el ámbito internacional de los derechos humanos no obedecen a la misma línea observada en la concepción clásica, pues éstas solo tienen aplicación en áreas del derecho civil, laboral, penal, administrativo, tributario, etc., en donde tales medidas están consideradas como una institución-instrumento al servicio de un proceso y de la sentencia que se espera obtener dentro de un período corto o largo, pero no como un mecanismo autónomo cuando lo que se pretende es dar protección a los derechos humanos, con total independencia de un proceso y de una sentencia, ya que su adopción no está condicionada a plantear una pretensión para iniciar un juicio principal.

Por lo tanto, si existen diferencias que las distinguen por el ámbito de su aplicación, sin ninguna duda las medidas cautelares como medio de protección de los derechos humanos evidencian un salto cualitativo, si se tiene en cuenta que la función que cumplen, cuando lo que está en juego es la amenaza o violación de un derecho, y por tanto bajo competencia de los jueces, es la de impedir o detener la vulneración de un derecho humano, a través de una medida idónea o adecuada de acuerdo a la urgencia por la

inminencia y gravedad del daño que se tornaría irreversible, o por la intensidad o frecuencia de la violación.

Además en la concepción clásica las medidas cautelares siempre se extinguen en virtud de la sentencia firme, ya sea porque se reconoce el derecho, en cuyo caso se convierten en ejecutivas, o ya porque no se dicte sentencia de mérito, pues entonces dejan de tener el carácter de instrumental por haberse agotado el proceso principal sin que se reconozca el derecho o la situación jurídica alegada. Mientras que en el ámbito de protección de los derechos humanos las medidas cautelares tienen vida propia y no dependen necesariamente de un juicio principal, pues pueden mantenerse por largo tiempo mientras se mantengan vigentes las condiciones que hicieron necesaria la intervención judicial o hasta que desaparezcan las causas que las motivaron.

3.3.2 La provisionalidad

Esta característica la advertimos con notoriedad en la concepción clásica pues las medidas cautelares siempre son temporales, pues están relacionadas al máximo del tiempo o plazo que pueda durar el proceso principal en donde se debate el asunto de fondo, pero aquello no constituye obstáculo para que puedan tener un tiempo de duración más corto, por diversas causas, como puede ser el reconocimiento de la deuda por parte del demandado en el juicio principal, o por la caducidad de la medida cuando no se presenta la demanda principal en tiempo oportuno, o también por dejar de continuar la demanda principal por el tiempo señalado en la Ley.

Mientras que las medidas cautelares en el ámbito de protección de los derechos humanos bien puede suceder que no llegue a existir un proceso principal ni que tampoco se obtenga una sentencia y por lo tanto que la medida perdura mientras se mantengan vigentes las situaciones dañosas que amenazan con vulnerar un derecho. En este caso, se dice que la provisionalidad estará relacionada:

[...] mientras se mantengan vigentes las causas que motivaron su concesión, por ejemplo, la inminencia y gravedad del daño. En este sentido debe entenderse la provisionalidad antes que su temporalidad. Por lo tanto, la vigencia de las medidas cautelares en el ámbito de protección de los derechos humanos siempre estarán condicionadas a la existencia y vigencias de las condiciones dañosas para el derecho al momento de su otorgamiento. (Villarreal, 2010, p. 48).

3.3.3 La revocabilidad

Si las medidas cautelares tienen solo un carácter preventivo, sin prejuzgar o declarar la violación de un derecho, se dice, que son por lo mismo provisionales, lo cual quiere decir que duran solamente mientras estén vigentes las condiciones fácticas o jurídicas que son las que representan la inminencia y gravedad de la amenaza o violación misma del derecho y que motivaron su otorgamiento, y que por lo tanto, como no constituyen autoridad de cosa juzgada, bien pueden ser revocadas en cualquier momento, especialmente si desaparecen las causas que las motivaron, ya que las medidas fueron arbitradas precisamente para proteger el derecho amenazado o que estaba siendo violado.

Por lo tanto, si las medidas cautelares no tienen el estatus de cosa juzgada se sostiene que es factible su revocatoria, siendo esta la posición adoptada por nuestro legislador al consignar las normas de los artículos 28 y 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Además que ha quedado evidenciada la adopción de los elementos que son característicos en este tipo de medidas en el ámbito internacional de protección de los derechos humanos, como son la de ser preventivas, provisionales, es decir, no definitivas, y por tanto revocables, además del concepto y los presupuestos para su admisibilidad, siendo todas estas las notas que destacan en las medidas cautelares que tienen como propósito principal actuar preventivamente eliminando las amenazas de violación o deteniendo la violación de un derecho humano.

3.4 Recapitulación

Las medidas cautelares en la concepción del sistema internacional de los derechos humanos tienen como finalidad primordial la protección directa de los derechos humanos, en los casos en que la afectación fuere inminente y grave o estuvieren realmente siendo afectados los derechos. Tienen como propósito evitar, detener o suspender su vulneración, en virtud que esa situación no puede esperar a la resolución que se deba obtener en un proceso principal, más aun cuando en este ámbito es el Estado a quien le corresponde brindar protección.

Se han determinado los presupuestos que deben cumplirse para su otorgamiento, así como también las características principales que las identifican. Respecto a los

presupuestos, peligro en la demora (*periculum in mora*), apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*) y la adecuación se trasuntan desde la concepción clásica, pero con las particularidades que les impone la nueva orientación en relación a la protección directa de los derechos humanos. La instrumentalidad, la provisionalidad y la revocabilidad también son acogidas, pero con sus particularidades, a tal punto que ahora constituyen un mecanismo autónomo para brindar protección a los derechos humanos, con total independencia de un proceso y de una sentencia.

4. MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Se abordan las medidas cautelares y provisionales que tienen vigencia y aplicación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en donde se ha promovido la adopción, como medidas autónomas, tanto de las medidas provisionales a cargo de la Corte Interamericana de Derechos humanos como de las medidas cautelares de competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, especialmente por la jurisprudencia producida en este ámbito. Además los lineamientos aquí desarrollados han influido para la formulación de la normativa constitucional y legal de los Estados partes, permitiendo de mejor manera abordar su estudio y comprensión sobre todo en cuanto a su alcance para proteger preventivamente los derechos humanos.

Al efecto, las medidas que se pueden adoptar en el sistema interamericano de protección de derechos humanos son: medidas de urgencia a cargo del presidente de la Corte, cuando ésta no se encuentra en sesiones, por lo que dispone requerir al Estado para que adopte las medidas urgentes necesarias, claro está, para la protección de los derechos humanos, aclarando que esa intervención no tiene base convencional ni reglamentaria pero que es necesaria cuando la Corte está en receso para impedir daños irreparables; medidas provisionales que son las que ordena directamente la Corte cuando se encuentra en sus sesiones ordinarias o extraordinarias que sean necesarias para proteger los derechos o para presentar una situación jurídica; y, las medidas cautelares que la Comisión Interamericana le solicita al Estado que adopte, aclarando que esta intervención no tiene base convencional sino reglamentaria.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana el 30 de abril de 2009 en el caso Fernando Ortega y otros en contra de México, al señalarse:

Que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Las medidas se aplican siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas. De esta manera, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, para. 5)

Con tal advertencia corresponde señalar los principales elementos que identifican a las medidas provisionales y cautelares, en virtud de lo cual la temática estará circunscrita a lo siguiente: las características, cuáles son los derechos protegidos, quienes son los peticionarios que pueden intentarlas, la agilidad con la que deben ser atendidas y por supuesto concedidas, entre otros puntos. Todos estos tópicos deben quedar esclarecidos antes de comenzar el estudio de la problemática de las medidas cautelares en el escenario ecuatoriano.

4.1 Medidas Cautelares de competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

4.1.1 Sustento jurídico de la Comisión para solicitar medidas cautelares

El fundamento para ordenar las medidas cautelares, propiamente para solicitarlas, no está señalado en la Convención Americana de Derechos Humanos ni en el Estatuto de constitución de la Comisión; tal atribución más bien está instituida es en el Reglamento de la Comisión, específicamente en el Art. 25², en el cual además se ha regulado el

² Art. 25.- Medidas Cautelares.- 1. Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que

procedimiento que debe observarse cuando se promueva una solicitud. En virtud de ello se ha sostenido que esta competencia de la Comisión no tiene base convencional, por lo cual se ha pretendido desconocer su intervención en este ámbito, restándole valor y eficacia a sus resoluciones, a la hora de proteger los derechos humanos.

Sin embargo, existen criterios doctrinarios importantes así como decisiones de la propia Comisión y de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos que están encaminados a dar sustento y sobre todo reconocimiento a esta atribución preventiva instituida en el sistema de protección de los derechos humanos. Es por eso que se ha señalado que realmente las medidas adoptadas por la Comisión tienen efecto vinculante ya que en materia de protección de derechos humanos lo que debe guiar a los Estados partes es el compromiso ineludible para aplicar y cumplir las normas en todo aquello que se ajuste al principio *pro homine*, por citar, solo uno.

En cuanto a la obligatoriedad de las medidas cautelares existen algunos principios internacionales que la sustentan, teniendo en cuenta que el objeto y fin de la Convención Americana es precisamente la protección de los derechos humanos; por lo tanto, para cumplir con ese propósito es necesario que:

[...] la preceptiva internacional deba interpretarse inexorablemente siguiendo el principio *pro homine*; es decir, seleccionando la interpretación más favorable de la norma, o aplicando la norma más favorable y menos restrictiva a favor de la persona humana. [...] El principio de buena fe “que siempre ha de proyectar su esencia en el cumplimiento de cualquier obligación jurídica en virtud del derecho internacional general”, nos indica que los Estados deben actuar de buena fe cuando un organismo internacional, como la Comisión Interamericana, le solicita a un Estado Parte en la Convención Americana la adopción de medidas cautelares, con el objeto de proteger la persona humana en sus derechos humanos reconocidos en este tratado. También se suma el principio *pacta sunt servanda* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 26), por cuanto el Estado Parte tiene a su cargo el cumplimiento de las obligaciones generales de respeto y garantía del ejercicio de los derechos humanos [...]” (Rey & Rey, p. 399).

presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano.

En cuanto a las decisiones de la propia Comisión, tenemos el informe No. 20/98 emitido dentro del caso No. 11.762 *Baruch Ivcher Brnstein* contra Perú, en el que se aplicó el principio de que “se debe preferir la interpretación de la ley que proteja más eficientemente los derechos humanos” (Rey & Rey, p. 399). En este caso se aplicó, sin ninguna duda, el principio *pro homine*. Asimismo tenemos, el informe No. 52/01, emitido por la Comisión dentro del caso 12.243 identificado como Juan Raul Garza contra Estados Unidos, el 4 de abril de 2001, en el que se señaló lo siguiente:

[...] los Estados miembros de la OEA, al crear la Comisión y encomendarle, a través de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, la promoción de la observancia y protección de los derechos humanos de los pueblos americanos, se han comprometido implícitamente a implementar medidas de esta naturaleza en los casos en que ello es esencial para preservar el mandato de la Comisión. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001, para. 117)

En el mismo sentido en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006, Capítulo III, literal D, *Estado del cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH*, se lee:

El cabal cumplimiento de las decisiones de la Comisión Interamericana constituye un elemento indispensable para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA, así como para contribuir al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Por tal motivo, en la presente sección, la CIDH incluye un análisis sobre el estado del cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los informes adoptados por la Comisión durante los últimos seis años.” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006, para. 48)

En refuerzo de lo sostenido por la Comisión, encontramos que la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido contundente, tal como aparece en el Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*, Sentencia de fondo dictada el 17 de septiembre de 1997, en la que se lee lo siguiente:

Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado

internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como en el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de Estados Americanos, que tiene como función 'promover la observancia y la defensa de los derechos humanos' en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997, para. 80)

En consecuencia, existen fundadas razones para justificar y aceptar abiertamente la competencia de la Comisión para la concesión de este tipo de medidas en salvaguarda de los derechos humanos. Así se infiere de la revisión de los pronunciamientos de los expertos en esta materia, además de las exposiciones realizadas por la propia Comisión en los informes que le ha correspondido emitir en los casos que ha debido conocer, pues en ellos ha ido delineando y justificando su actuación y la necesidad de su cumplimiento; invocándose inclusive los principios *pro homine*, buena fe y *pacta sunt servanda* que rigen en el Derecho Internacional, especialmente, cuando se trata de dar protección a los derechos humanos.

Así como también por lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que en sus pronunciamientos ha señalado y reconocido sobre la importancia de cumplir las recomendaciones de la Comisión, pues sostiene que todos los esfuerzos de los órganos de la Convención están encaminados a proteger los derechos humanos que precisamente es uno de los compromisos asumidos por los Estados Partes de la Convención.

Por último, la competencia reconocida a la Comisión también está fundada respecto a los Estados que han ratificado la Carta constitutiva de la OEA, pues en tal situación de compromiso internacional además de convertirse en Estados miembros de la Organización, concomitantemente han aceptado la Comisión que la misma Carta incluyó como órgano de la OEA, entendiendo por el mismo hecho que aceptan su competencia. Lo mismo sucede con los Estados miembros que ratifican la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues en el Art. 33 le fijó *status* convencional a la Comisión y en el Art. 41 le fijó sus competencias.

4.1.2 Requisitos para solicitar medidas cautelares

El artículo 25 del Reglamento ha instituido las medidas cautelares como un mecanismo excepcional de protección de los derechos humanos, para cuyo efecto ha establecido los requisitos formales que deben observarse a fin de que la Comisión pueda tramitarlas y solicitarlas al Estado parte, pero no hace ninguna referencia a las personas que están habilitadas para peticionarlas como mecanismo de protección a los derechos del requirente o de un tercero. Así en cuanto a los requisitos formales que deben reunirse para que proceda la solicitud de medidas cautelares, tenemos: En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas. En definitiva, son tres los requisitos que se exigen para que pueda solicitarse la adopción de medidas cautelares: a) gravedad, b) urgencia y c) evitar daños irreparables a la persona.

Al respecto, según el Art. 25 numeral 2 del Reglamento han de tenerse en cuenta los parámetros allí establecidos en relación a cada uno de los requisitos que deben cumplirse, pues a efectos de tomar la decisión referida en el párrafo 1, la Comisión considerará que:

- a. la “gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;
- b. la “urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y
- c. el “daño irreparable” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

4.1.3 Aspectos procesales de las medidas cautelares

En esta oportunidad corresponde señalar cuales son los principales aspectos que se deben observar cuando se plantea a la Comisión que el Estado parte adopte determinadas medidas que están encaminadas a la proteger los derechos humanos de determinadas personas, y así tenemos:

¿Quiénes pueden solicitarlas?

Según el artículo 25 del Reglamento de la Comisión, no se hace ninguna mención sobre este particular, siendo más bien el Ar. 23 del referido Reglamento³ el que establece quienes serían los sujetos activos frente a este tipo de medidas. Además la disposición reglamentaria debe relacionársela con el Art. 44 de la Convención americana, en el cual se hace énfasis en el acceso directo que debe existir para acudir al sistema interamericano de protección de los derechos humanos ante la violación o amenaza a los preceptos convencionales. En virtud de lo expuesto en la normativa reglamentaria y convencional citadas tenemos que cualquier persona, inclusive distinta a la presunta víctima de las violaciones, está habilitada para presentar la solicitud de medidas cautelares.

Modalidades.

Las medidas cautelares pueden plantearse con petición o sin petición. Al respecto, con fundamento en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión que hemos venido citando, es posible presentar una simple solicitud de medidas cautelares por las amenazas a los derechos humanos, solicitud que inclusive podría presentársela cuando se esté realizando una visita *in loco* o inspección *in situ* por parte de los miembros de la Comisión dentro del territorio del Estado respectivo, visita o inspección que, por supuesto, debió

³ Artículo 23. Presentación de peticiones

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u a otra persona para representarlo ante la Comisión.

contar con la anuencia o invitación del gobierno del Estado, pues los miembros de la Comisión solo se desplazan al territorio de un Estado parte en los supuestos indicados. Sobre la solicitud *in situ*, tenemos que las medidas pueden solicitarse verbalmente.

Así consta en el informe de medidas cautelares acordadas por la Comisión en 1996, en el que se hace referencia a la visita *in loco*, realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a México, el 17 de julio de dicho año. En esa visita se le requirió –a la Comisión– disponer medidas cautelares en favor del señor José Nava Andrade y quince miembros de la Organización de Pueblos y Colonias OPC, quienes habían sido víctimas de secuestro y tortura por presunta vinculación con el Ejército Popular Revolucionario EPR. La Comisión, en esta oportunidad, accedió a la solicitud, sin que haya mediado formulismo alguno. (Villarreal, pp. 60-61)

Asimismo es posible solicitar las medidas cautelares conjuntamente con la petición.⁴ En este caso, la Comisión actuará con sujeción a lo dispuesto en los artículos 44 y 51 de la Convención y a los artículos 23, 26, 27, 28, 29 y 30 del Reglamento de la Comisión. En este sentido, la petición internacional equivale en el derecho interno de algunas legislaciones procesales a demanda. Por ello, podríamos traer a colación las denominaciones utilizadas en el derecho procesal interno: demanda con medidas cautelares y demanda sin medidas cautelares, o simple solicitud de medidas cautelares. (Rey & Rey, p. 477)

Por lo tanto, las medidas cautelares pueden solicitarse antes de presentarse la petición o demanda mediante una simple solicitud verbal (durante visita *in loco* o inspección *in situ*), conjuntamente con la demanda o petición internacional, o con posterioridad a la petición o demanda, sin que sea necesario cumplir con formulismo alguno por cuanto la finalidad de las medidas cautelares es la protección preventiva de los derechos humanos, para lo cual el sistema de protección internacional se ha despojado de los formulismos que son propios de las legislaciones internas al momento de asegurar los resultados de una sentencia de fondo y por lo tanto de una pretensión que es el fin remoto.

⁴ La petición equivale a demanda en el derecho interno.

4.1.4 Procedimiento ante simple solicitud de medidas cautelares

En este supuesto el procedimiento para la adopción de medidas cautelares deberá ajustarse a lo dispuesto en el Art. 25 del Reglamento de la Comisión, según el cual pueden presentarse las siguientes hipótesis:

1. Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano.

2. A efectos de tomar la decisión referida en el párrafo 1, la Comisión considerará que:

a. la “gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;

b. la “urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y

c. el “daño irreparable” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

(...).

5. Antes de tomar una decisión sobre la solicitud de medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, salvo cuando la inmediatez del daño potencial no admita demora. En dicha circunstancia, la Comisión revisará la decisión adoptada lo más pronto posible o, a más tardar, en el siguiente período de sesiones, teniendo en cuenta la información aportada por las partes.

(...)

8. El otorgamiento de estas medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre violación alguna a los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros instrumentos aplicables.

4.1.5 Procedimiento ante petición y solicitud de medidas cautelares

En este caso, si se solicitan las medidas cautelares conjuntamente con la petición (equivalente a demanda en el derecho interno), la Comisión actuará con sujeción al procedimiento establecido en los artículos 44 y 51 de la Convención y en los artículos 23, 26, 27, 28, 29 y 30 del Reglamento de la Comisión. Por medio de la petición (Rey & Rey, p. 478) se pretende que se declare la responsabilidad internacional de un Estado, por violaciones a derechos consagrados en la Convención o en la Declaración Americana, según sea el asunto.

En cuanto a la actuación evidenciada por la Comisión cuando se le presenta una petición con solicitud de medidas cautelares, puede citarse un caso emblemático, como fue el identificado como La Nación (Herrera Ulloa) contra Costa Rica. El 1 de marzo de 2001, durante su 110° periodo de sesiones, la Comisión Interamericana otorgó medidas cautelares en favor del periodista Mauricio Herrera Ulloa y del señor Fernán Vargas Rohmo, representante legal del periódico “La Nación”. En esa oportunidad se presentó una petición con solicitud de medidas cautelares, y ese mismo día la Comisión declaró abierto el caso (postergando la adopción del informe de admisibilidad) y adoptó las medidas cautelares, solicitando al Estado que suspendiera la ejecución de una sentencia judicial contra un periodista. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001, para: 27)

4.1.6 Beneficiarios

Con sujeción al Art. 25 numeral 3 del Reglamento, se ha establecido que beneficiarios pueden ser las personas naturales, las comunidades y los colectivos; pues allí consta que las medidas cautelares podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización. Al respecto, lo usual es que las medidas cautelares estén dirigidas a proteger a personas plenamente individualizadas, sin embargo, existen abundantes casos en los cuales se han ventilado situaciones de comunidades y colectivos, y entonces el beneficiario de la medida no es una persona individualmente determinada, sino que los beneficiarios son determinables de acuerdo a las características que destacan en el grupo, identificado como comunidad o colectivo.

En este sentido, las medidas podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables. En consecuencia, ante este supuesto, el número de medidas cautelares otorgadas no refleja el número de personas protegidas mediante su adopción; como se puede observar, muchas de las medidas cautelares acordadas por la Comisión extienden protección a más de una persona y en ciertos casos, a grupos de personas como comunidades o pueblos indígenas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares s. f.)

En el caso MC 141/14, por solicitud de los señores Manuel Escalona Sánchez, Wilfredo Matos Gutiérrez y Ortelio Abrahante Bacallao, contra Bahamas, la Comisión el 30 de junio de 2014, solicitó la adopción de medidas cautelares a favor de los solicitantes. La solicitud de medidas cautelares alegó que las personas mencionadas se encontrarían en una situación de riesgo, debido a su inminente deportación a Cuba. Los solicitantes alegaron que habrían sido objeto persecución en dicho país debido a su abierta oposición al régimen cubano, entre otras alegaciones. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares 2014)

La Comisión consideró que la información demostraba *prima facie* que Manuel Escalona Sánchez, Wilfredo Matos Gutiérrez y Ortelio Abrahante Bacallo se encontraban en situación de gravedad, urgencia y necesidad de evitar un daño irreparable, debido a que sus vidas e integridad personal estarían presuntamente en riesgo, por lo que la Comisión solicitó al Gobierno de las Bahamas que se abstenga de deportarlos, proporcione a los beneficiarios un remedio legal, respetando el principio de no devolución, para determinar si tendrán el derecho de asilo [...].

Asimismo la Comisión, en el caso MC 218/14 – Y.C.G.M y su núcleo familiar, contra Colombia, el 20 de junio de 2014, solicitó la adopción de medidas cautelares a favor de “Y.C.G.M.” y su núcleo familiar en Colombia. [...]. La solicitud de medidas cautelares alegó que “Y.C.G.M.” habría sido objeto de amenazas y agresiones, debido a su calidad de defensora de los derechos de las mujeres. La Comisión consideró que la información demostraba *prima facie* que la señora Y.C.G.M. y su núcleo familiar se encontraban en situación de gravedad y urgencia, puesto que su vida e integridad

personal estaban bajo riesgo inminente. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares 2014)

El 20 de octubre de 2000, la Comisión otorgó medidas cautelares en favor de las Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros (caso No. 12.053), y solicitó al Estado de Belice que adoptara las medidas necesarias para suspender todos los permisos, licencias, y concesiones que permitan la explotación de petróleo y cualquier otra actividad de explotación de recursos naturales en las tierras utilizadas y ocupadas por las Comunidades Mayas en el Distrito de Toledo, con el fin de investigar los alegatos del caso. La Comisión no recibió respuesta a su solicitud por parte del Estado. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares 2001)

El 11 de mayo de 2000 la Comisión otorgó medidas cautelares y solicitó al Estado se llevaran adelante gestiones para proteger la vida y la integridad personal de los detenidos políticos de los pabellones 1 y 2 de la Cárcel Nacional Modelo en Santafé de Bogotá. [...] los internos pertenecientes a grupos paramilitares detenidos en el patio N° 5 de la cárcel iniciaron un violento ataque contra los detenidos recluidos en el patio N° 4, con un saldo de 47 reclusos muertos y 17 heridos. Los peticionarios alegaron que varios internos de los patios Nos. 3 y 5, con brazaletes de las Autodefensas Unidas de Colombia, portaban armas de largo alcance con las que patrullaban las instalaciones, profiriendo amenazas contra los detenidos políticos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares 2000, para. 17)

El 26 de mayo de 2000 la Comisión otorgó medidas cautelares con el fin de que se llevaran adelante gestiones para proteger la vida y la integridad personal de las integrantes de la Organización Femenina Popular, con sede en Barrancabermeja. [...] un grupo paramilitar se presentó en la sede de la Casa de la Mujer de Puerto Wilches profiriendo amenazas contra la vida de la coordinadora Flor María Cañas. La Organización Femenina Popular, acompañada por miembros de las Brigadas Internacionales de Paz, presentó la denuncia ante las autoridades correspondientes, tras lo cual los paramilitares enviaron un mensaje manifestando que “saben que la presencia internacional no durará todo el tiempo y que las mujeres se quedarán en el pueblo [y] por tanto sufrirán las consecuencias”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares 2000, para. 19)

El 16 de octubre de 2000 la Comisión otorgó medidas cautelares y se dirigió al Estado colombiano con el fin de solicitar se llevaran adelante gestiones para proteger la vida y la integridad personal de los directivos y funcionarios de la Corporación Regional para la Defensa de los Derechos Humanos en Magdalena Medio (CREDHOS), con sede en la ciudad de Barrancabermeja. [...] en el curso del “Foro por la vida y los Derechos Humanos” [...] con presencia de representantes del Estado y defensores de derechos humanos, se encontraron copias de un sufragio de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) con amenazas de muerte contra miembros de esta organización. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares 2000, para. 22)

4.1.7 Derechos protegidos

Se evidencia un avance tutelar de los derechos de las personas, comunidades y colectivos pues se advierten dos momentos que marcan la cobertura protectora de derechos. Al respecto, la Comisión ha otorgado medidas cautelares no solo en referencia a situaciones que atentan los derechos a la vida, a la integridad física o a libertad de las personas, como primariamente se lo admitió, sino también en los últimos tiempos se ha ampliado esa cobertura, pues se han incluido derechos que no se adscriben a los lineamientos iniciales, pudiendo citar los siguientes derechos: a la nacionalidad, a la propiedad, a la libertad de expresión, a evitar la expulsión de personas que se encontraban legalmente en un Estado, el derecho a recibir educación, el derecho a recibir tratamiento médico, derechos políticos, entre otros.

Además las medidas cautelares han sido invocadas para proteger a miles de personas o grupos de personas que se encuentran en riesgo, en razón de su trabajo o afiliación. Tales grupos son defensores de derechos humanos, periodistas y sindicalistas, grupos vulnerables tales como mujeres, niños, comunidades afrodescendientes, pueblos indígenas, personas desplazadas, comunidades LGTBI y personas privadas de libertad. Adicionalmente se ha protegido testigos, operadores de justicia, personas en vías de ser deportadas a un país donde podrían enfrentar torturas o ser sujeto a tratos crueles e inhumanos y personas condenadas a la pena de muerte, entre otros. También medidas cautelares han pretendido proteger el derecho a la salud y la familia, situaciones relacionadas al medio ambiente que puedan derivar en daños a la vida o la salud de las

personas, o a la forma de vida de pueblos indígenas en su territorio ancestral, entre otras situaciones.

A continuación citaremos algunos casos en los que se abordan situaciones atentatorias a derechos, en los que se evidencia la evolución del sistema interamericano en la protección de los derechos humanos. Así tenemos:

Caso: MC 385-09 – 31 Inmigrantes Indocumentados Residentes en Atlanta, Georgia, Estados Unidos. El 29 de enero de 2010, la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de 31 inmigrantes indocumentados residentes en Atlanta, Georgia, quienes recibían tratamiento de diálisis en el Grady Memorial Hospital. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Cautelares 2010)

Caso: MC 370/12 – 334 Pacientes del Hospital Federico Mora, Guatemala. El 20 de noviembre de 2012, la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de 334 pacientes del Hospital Federico Mora, en Guatemala, pues se alegó que todas las personas internadas en el Hospital se encontrarían en una situación de riesgo. De acuerdo a la solicitud, los 334 pacientes, que incluía niños y niñas, compartían el mismo espacio con personas con discapacidad mental que han sido procesados y sentenciados por diversos crímenes. Además que agentes de la Policía Nacional Civil y personal del Sistema Penitenciario estarían a cargo de la custodia del lugar, y utilizarían amenazas, hostigamientos y actos de violencia en contra de los pacientes.

La Comisión solicitó al Gobierno de Guatemala que adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de las personas internadas en el Hospital; en particular, proporcionar el tratamiento médico adecuado a los internos, de acuerdo a las patologías propias de cada persona; asegurar la separación de los niños de los adultos, procurando medidas especiales, a la luz del principio del interés superior del niño; separar a los internos procesados y sentenciados, quienes están bajo orden judicial de privación de libertad, de los demás pacientes del hospital, y que la tutela de éstos sea proporcionada por personal del hospital no armado. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares 2012)

Caso: MC 13/12 – Miembros del Bufete Jurídico en Derechos Humanos, Guatemala. El 2 de mayo de 2012, la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de los

miembros del Bufete Jurídico en Derechos Humanos, en Guatemala, quienes habrían sido objeto de amenazas y hostigamientos en relación con sus labores, en particular, el impulso de los casos relacionados con el período del conflicto armado interno. La Comisión solicitó al Estado de Guatemala que adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de los miembros del Bufete Jurídico en Derechos Humanos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares 2012)

Caso: Jorge Odir Miranda Cortez e integrantes de la Asociación Atlacatl contra El Salvador. El 29 de febrero de 2000 la Comisión otorgó medidas cautelares en favor del señor Jorge Odir Miranda Cortez y otros 26 integrantes de la Asociación Atlacatl, por cuanto los derechos a la vida y a la salud de las personas mencionadas se hallaban en grave peligro. La Comisión solicitó que el Estado salvadoreño suministrara el tratamiento y los medicamentos antirretrovirales, así como las atenciones hospitalarias, farmacológicas y nutricionales pertinentes. (Comisión Interamericano de Derechos Humanos, Medidas Cautelares 2000, para. 30)

4.1.8 Concesión de medidas cautelares no prejuzgan la cuestión de fondo.

Esta es la línea establecida en el Art. 25 numeral 8 del Reglamento a la Comisión, al establecer que el otorgamiento de estas medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre violación alguna a los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros instrumentos aplicables. Es en virtud de ello que la Comisión en unos casos luego de haber emitido la resolución que otorga las medidas ha procedido a revocarla cuando tiene información de que las condiciones que llevaron a adoptarlas han cambiado precisamente porque en un primer momento actuó sobre la base de una presunción de existencia de la amenaza o violación del derecho protegido por el sistema, pues en caso de duda la decisión que se tome estará embebida en los principios *pro homine*, *pro libertatis*. Se advierte el carácter preventivo de las medidas y por lo tanto revocables.

4.2 Medidas Provisionales de Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las normas que regulan el funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos están contenidas en tres instrumentos internacionales: La Convención Americana de Derechos Humanos, el Estatuto de la Corte y las reglas formuladas en los Reglamentos que la regulan. Por lo tanto, en cuanto a la competencia de la Corte y el procedimiento que debe observarse en los casos sometidos a su conocimiento y resolución tenemos que la normativa está repartida en los instrumentos internacionales referidos, aclarando que para nuestro estudio haremos referencia a tales instrumentos exclusivamente en relación al tema que motiva nuestra investigación, específicamente, las medidas provisionales.

4.2.1 Sustento jurídico para ordenar medidas provisionales

La situación difiere totalmente con el fundamento existente para dictar medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues tratándose de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la competencia para ordenar medidas provisionales si nace en sede Convencional, en este caso, en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el Art. 63 numeral 2, dice: En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Primer supuesto: casos que esté conociendo la Corte.

Cuando el caso se encuentra en conocimiento de la Corte ésta puede ordenar las medidas provisionales ya sea de oficio⁵ o a petición de parte, según consta señalado en el Art. 27 del Reglamento del órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano. En este último caso, la petición de parte puede estar referida a instancia de la Comisión o de los presuntos afectados, quienes ostentan la condición de parte desde el momento de la admisión de la demanda o petición, por lo cual desde ese instante quedan habilitados para

⁵ Art. 27 Medidas Provisionales.- 1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.

presentar solicitudes dentro de la sustanciación de todo el proceso, y entre esas solicitudes, obviamente está la que concierne a las medidas provisionales.⁶

En este punto, es necesario hacer un señalamiento ya que en la normativa anterior solamente eran considerados partes del proceso internacional de derechos humanos, por un lado, la Comisión, y por otro, los Estados partes; pero ahora con las reformas introducidas que han promovido la intervención de los presuntos afectados, en calidad de sujetos de derecho internacional de los derechos humanos, durante toda la sustanciación del proceso ante la Corte, aquello constituye un avance en el camino que se ha debido recorrer para lograr una tutela amplia de los derechos humanos.

Segundo supuesto: casos que no están en conocimiento de la Corte.

En este otro supuesto se hace referencia a los casos que aún no han llegado a conocimiento de la Corte Interamericana, en los cuales para ordenar las medidas provisionales solo se podrá actuar a instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁷ En ese caso, es necesario señalar que no es posible que las presuntas víctimas acudan directamente a la Corte con su solicitud de medidas provisionales, pues como lo advertimos al comentar el tema anterior, esa posibilidad solo surge una vez que el caso ha llegado a conocimiento de la Corte, según lo dispone el Art. 27 numeral 3 del Reglamento, en cuyo caso las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales, las que deberán tener relación con el objeto del caso.

4.2.2 Ámbito de aplicación de las medidas provisionales

De manera general las medidas se podrían clasificar según el sujeto protegido o según el derecho protegido. En este sentido, si se trata del sujeto protegido, se podrían clasificar según se trate de la presunta víctima, de sus familiares, de un testigo, de una comunidad, etc. Pero si se clasificaran según el objeto o derecho protegido, se podrían

⁶ Art. 27. 3. En los casos contenciosos que se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales, las que deberán tener relación con el objeto del caso.

⁷ Artículo 27. Medidas provisionales (...) 3.- Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión.

dividir, por ejemplo, en vida e integridad personal, centro de detención, etc. (Segares, 2003, p. 293, c. p. Rey & Rey, p. 370).

Al efecto, la clasificación que allí se propone es la siguiente:

Según el sujeto afectado	1. Niños
	2. Grupos de personas innominadas
	3. Comunidad organizada
	4. Comunidad indígena
	5. Familiares
	6. Testigos
	7. Abogados defensores
	8. Cualquier persona
Según el derecho por proteger	1. Propiedad
	2. Garantías judiciales y protección judicial
	3. Libertad de expresión
	4. Vida e integridad personal
	5. Circulación o locomoción
	6. Trabajo
	7. Salud
	8. Derechos políticos

En cuanto al sujeto afectado con la amenaza o violación de un derecho, observamos que un primer momento la Corte, interpretando en forma restrictiva la normativa sobre derechos humanos, había establecido que cuando los casos no hubieren llegado a su conocimiento tales medidas debían considerarse de carácter extraordinario, y además que solo procedían en los supuestos que estuvieran en peligro los derechos a la vida o la integridad física de las personas. Sin embargo, con posterioridad la Corte ha debido ampliar la cobertura de las medidas provisionales no solo respecto a derechos que

podríamos llamar tradicionales sino a otros derechos que apuntan a la persona y su dignidad en un espectro amplio para su realización, para lo cual se ha vendido obrando con sujeción los lineamientos que ofrecen los principios *pro homine* y *pro libertatis*, por citar algunos.

En un primer momento la interpretación de las normas atinentes a la concesión de medidas provisionales y cautelares se cumplió en forma restrictiva, según se advierte del siguiente texto: “Como se indicó atrás, de la historia legislativa se desprende que el artículo -Art. 63.2 de la Convención- sobre medidas provisionales debe interpretarse de manera restrictiva” (Nieto, s. f. p, 389, c. p. Rey & Rey, p. 402). Mientras que con sentido progresista, la Corte ha señalado que las disposiciones de la Convención Americana y sus efectos propios (*effet utile*) deben ser garantizados por los Estados Partes en su derecho interno, principio que se aplica en relación con las normas sustantivas y las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.

Al respecto, en la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 4 de mayo de 2004, medidas provisionales respecto de Venezuela, Caso Liliana Ortega y otros, consta lo siguiente:

“Que los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, considerando 12 y 23)

En esa tendencia que promueve la interpretación progresista en relación con la normativa en materia de derechos humanos se esgrimen algunas razones que sustentan justificadamente tal posición. Al efecto, que la norma del Art. 63.2 que crea la medidas provisionales debe interpretarse en forma amplia porque el rigorismo procesal es atentatorio a la dignidad de las personas, pues sus derechos no pueden estar supeditados a

formas sacramentales, y que por lo tanto la interpretación debe ser pro homine, es decir, siempre a favor de la persona, y por último que una interpretación restrictiva se opone a las finalidades del derecho internacional de derechos humanos.

En conclusión, la tendencia que han seguido los órganos de protección que conforman el sistema interamericano de derechos humanos es de tipo progresista, tal como se ha podido advertir de los diversos casos resueltos que se han presentado hasta el momento en este trabajo. En consecuencia, siguiendo esa línea de pensamiento y de practicidad en favor de los derechos humanos enseguida se expondrán algunos casos resueltos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos que están agrupados tres direcciones:

Protección de derechos distintos a la vida e integridad física de las personas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos de un tiempo acá ha superado la cobertura de prevención y protección de los derechos humanos, pues muchas de las medidas provisionales ya no se refieren en exclusividad a los derechos a la vida o la integridad y libertad personal como había ocurrido en el pasado, sino que ahora se ha avanzado con la protección hacia otros derechos.

Entre los derechos que han merecido protección a través de medidas provisionales tenemos: El derecho a la propiedad, tal como ocurrió en el caso *Baruch Ivcher Bronstein* contra Perú; el derecho a garantías judiciales y protección judicial, en este caso porque en el año 1992 se allanó la casa habitación del expresidente Alan García Pérez, confinando a sus hijos en habitaciones y privándoles de su libertad; ante tal actuación el ex presidente acudió a la Comisión y solicitó medidas, por lo cual se pidió al gobierno de Perú que adoptara medidas tendientes a garantizar al denunciante “[el] respeto al derecho de contar con las debidas garantías judiciales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención [...], en especial en lo referido al derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial”. También merecen atención los casos referidos a derechos políticos (Jorge Castañeda Guamán contra México) y el derecho de circulación (caso Pueblo indígena de Sarayaku respecto de Ecuador). (Rey & Rey, pp. 379-384.)

Protección a colectivos humanos innominados.

En este punto el comportamiento de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos evidencia un avance significativo, pues se advierte que las resoluciones por las cuales se ordenan medidas provisionales en favor de presuntos afectados con la amenaza o vulneración de derechos no solo hacen referencia a personas individualmente consideradas, sino que también ahora se incluyen como beneficiarios de la protección preventiva a otros sujetos, como son los colectivos y las comunidades indígenas, cuando los hechos denunciados afectan a personas relacionadas por su situación social, política, geográfica, identidad, etc. Tal situación se advierte en los siguientes casos:

El primer caso de los haitianos y dominicanos de origen haitiano amplió el campo para la protección cautelar. Un grupo de personas innominadas, de origen haitiano, que corrían peligro de ser expulsadas o deportadas colectivamente. En resolución de 18 de agosto de 2000, en el numeral 8, la Corte expresó: “Que esta Corte considera indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables, razón por la cual no es factible, razón por la cual no es factible ordenar medidas provisionales de manera innominada, para proteger genéricamente a todos los que se hallen en determinada situación o que sean afectados por determinadas medidas; sin embargo, es posible proteger a los miembros individualizados de una comunidad”. (Rey & Rey, p. 372)

Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (Colombia). La Corte, en resolución de 24 de noviembre de 2000, entre sus considerandos expresó: “[...] reúne características especiales que los diferencian de los precedentes tenidos en cuenta por el Tribunal. [...] la Comunidad de Paz de San José de Apartadó [...] constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dicha comunidad, todos sus integrantes se encuentran en una situación igual de riesgo de sufrir actos de agresión en su integridad personal y su vida [...] la situación que se vive [...] ha obligado a sus pobladores a desplazarse a otras regiones del país.” (Rey & Rey, p. 373)

Caso comunidad Kankuamo (Colombia). La Corte mediante resolución de 5 de julio de 2004, resolvió: 1.- Adoptar, sin dilación, las medidas que sean necesarias

para proteger la vida e integridad personal de todos los miembros de la comunidades que integran el pueblo indígena Kankuamo. 2. Investigar los hechos que motivaron la adopción de estas medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponer las sanciones correspondientes. 3. Garantizar las condiciones de seguridad necesarias para que se respete el derecho a la libre circulación de las personas del pueblo indígena Kankuamo. (Rey & Rey, p. 374)

Comunidad indígena Mayagna-Sumo-Awas Tingui. Esta Comunidad indígena, integrada por más de 600 personas, solicitó por medio de sus representantes, que se decretaran medidas provisionales, “con el objeto de preservar la integridad del derecho y goce de la comunidad sobre sus tierras y recursos, tal como fueron reconocidos por la sentencia de la Corte sobre el fondo y reparaciones. (Rey & Rey, p. 375)

Mientras que en otros casos se ha hecho referencia a familiares de víctimas, incluyendo a los ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte, en su caso; también se ha incluido a los testigos que han declarado en el jurisdicción del Estado, o que declararon ante la Corte o que declararían en el mismo. Inclusive a los abogados defensores, no solo los que actúan en el proceso internacional que se tramita en la Comisión o la Corte, sino también los abogados de los defensores de los derechos humanos cuya vida e integridad corren peligro por razón de su trabajo. También últimamente se está abogando hacia la cristalización de una *actio popularis* en el derecho internacional, tal como se advierte en el siguiente planteamiento:

[...] Piénsese en el caso de una comunidad indígena a la que con ocasión de la construcción de obras públicas estatales se le viole el derecho a un ambiente sano y equilibrado, y se le afecte gradual y progresivamente el derecho a su salud, situación que podría agravarse eventualmente hasta poner en riesgo la vida de los indígenas. Se trataría de un derecho humano civil (la vida), en conexidad con el derecho social a la salud y el derecho colectivo al ambiente. (Rey & Rey, p. 378)

Las medidas provisionales tienen el carácter de específicas.

De acuerdo al contenido de las medidas pueden ser genéricas o específicas. En las primeras queda librado a la parte destinataria de la medida el contenido concreto de la

acción a tomar limitándose el órgano de protección a determinar su finalidad, pues se tratará de una obligación de resultados. Este tipo de medidas son las que promueve y solicita a los Estados la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, cuando solicitó al Estado de Argentina que adoptara medidas cautelares con el fin de asegurar las condiciones de seguridad necesarias para salvaguardar la vida e integridad personal de los reclusos de la Penitenciaría de Mendoza, según la solicitud formulada el 3 de agosto de 2004.

Mientras que las medidas específicas se evidencian cuando el órgano jurisdiccional dispone una o más medidas a cumplir y se detalla el comportamiento completo que se debe adoptar. En este caso se encasillan las medidas provisionales que ordena la Corte Interamericana al Estado que la debe cumplir, tal como ocurrió en el caso La Nación (Herrera Ulloa) contra Costa Rica, pues en esa ocasión la Corte dispuso “requerir al Estado de Costa Rica que adopte cuantas medidas sean necesarias para dejar sin efectos la inscripción del señor Mauricio Herrera Ulloa en el registro judicial de delincuentes el 7 de septiembre de 2007.

Requisitos para ordenar las medidas provisionales.

La presentación de la solicitud de medidas provisionales no está sujeta a mayores formalidades o rigurosidad propio de los procedimientos comunes, sino que más bien se aleja de tales condicionamientos, pues el sistema de protección de derecho tiende a la aplicación de procedimientos sencillos y rápidos, aunque aquello no debe llevarnos a suponer que a la Corte no le corresponde analizar y valorar la situación fáctica denunciada para determinar si se ajusta a los lineamientos establecidos para acogerse a ese mecanismo de protección de los derechos humanos.

En este sentido en el artículo 63 numeral 2 de la Convención se ha establecido: En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

De la disposición convencional citada se advierte que los requisitos que deben cumplirse para que la Corte pueda ordenar las medidas provisionales son los siguientes: que se trate de una situación de extrema gravedad y urgencia o que se busque prevenir

daños irreparables a las personas, siendo esta la línea que ha seguido el Art. 27 numeral 1 del Reglamento de la Corte, en el que se prescribe lo siguiente: Medidas provisionales. 1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.

Gravedad.

Sobre este aspecto se ha señalado:

La noción de gravedad, por su parte, parece aludir tanto a la jerarquía del derecho humano cuya inminente violación busca ser prevenida o cuando menos atenuada en sus efectos perjudiciales, en cuanto a la importancia de las acciones u omisiones violatorias que pueden atribuirse al Estado presuntamente responsable (...) la noción de gravedad (...) se ha de relacionar con hechos o situaciones que pongan en peligro derechos humanos fundamentales, es decir, aquellos que bajo ningún aspecto pueden verse menoscabados o limitados en su ejercicio, no siquiera en situaciones de emergencia constitucional. (...) Pero, además, la gravedad del requerimiento ha de responder a la defensa de esos derechos o ámbitos de libertad que, con bastante propiedad, la doctrina ha definido como inatacables por mandatos o prohibiciones, es decir, por las normas de clausura del sistema de libertades.” (Aguar-Aranguren, 1994, p. 25, c. p. Rey & Rey, p. 413)

[...] La gravedad de la amenaza es la consecuencia de un peligro real y no meramente hipotético”, por otro, “que la naturaleza de la emergencia de este tipo hace imposible esperar la decisión final del asunto, y requiere la adopción de acciones inmediatas que eviten un daño irreparable y que, al momento de decidir el tribunal pueda encontrarse frente a un hecho consumado”, y además porque “parece innecesario destacar que la urgencia de la medida requerida es el resultado de la naturaleza misma de la situación que lo motiva. (...) la urgencia de la situación es una consecuencia necesaria de su extrema gravedad y de la necesidad de evitar daños irreparables a las personas. (Ledesma s.f., p. 537, c. p. Rey & Rey, p. 413)

Urgencia

En este punto se ha señalado que el requisito de la urgencia se lo puede explicar en los términos siguientes:

La urgencia del asunto que motive la pretensión cautelar debe guardar relación directa con la inminencia de un perjuicio a los derechos humanos salvaguardados por la Convención Americana; ya que, de sucederse el perjuicio irreparable, la restitución en tanto que efecto principal de la responsabilidad por hecho ilícito resultaría absolutamente nugatoria. (Aguiar-Aranguren, 1994, p. 25, c. p. Rey & Rey, pp. 413-414)

Asimismo en cuanto a la urgencia se ha expresado que: “la solicitud de este tipo de medidas debe estar fundada en la urgencia de las mismas, la cual se deriva de la amenaza inminente de un daño irreparable de manera que cualquier demora resulta peligrosa (*periculum in mora*). (Ledesma s.f., p. 160, c. p. Rey & Rey, p. 414)

Evitar daños irreparables.

En primer lugar, este elemento se lo ha relacionado exclusivamente a un determinado número de derechos, los mismos que tienen que ver con la integridad física de la persona y por supuesto la vida, y además con respecto a las garantías judiciales establecidas precisamente para la defensa de sus derechos ante los jueces competentes, por lo cual se involucraría a la tutele efectiva y a la seguridad jurídica. El daño irreparable para las personas solo puede ser el resultado de una violación de su derecho a la vida o a la integridad física, y probablemente de la violación de garantías judiciales que tengan una incidencia directa sobre el disfrute de sus derechos. (Ledesma s.f., p. 160, c. p. Rey & Rey, p. 415)

En segundo lugar, en sentido opuesto, en que con la expresión evitar daños irreparables bien se podría involucrar otros derechos distintos a los tradicionales sobre la base de que todos los derechos humanos están interrelacionados y son indivisible, no pudiéndose admitir discriminación pues “[...] siendo todos los derechos humanos interrelacionados e indivisibles, no parece haber, jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno a que vengan en el futuro a amparar otros derechos humanos” (Concado, 2000, pp. IX y X, c. p. Rey & Rey, pp. 363 y 415)

La irreparabilidad del daño que se originaría, alude a la imposibilidad de rescatar, preservar o restituir el bien amenazado a través de alguna medida posterior a la lesión causada. Hay hipótesis en que es obvia la irreparabilidad del daño, como sucede cuando este consiste en la pérdida de la vida o el menoscabo de la integridad física. En otros supuestos, generalmente relacionados con asuntos patrimoniales, suele existir la posibilidad de reparar el daño causado. (García, s.f., p. 130, c. p. Rey & Rey, p. 415).

El adjetivo extrema.

Extremo, ma. Aplícase a lo más intenso, elevado o activo de cualquier cosa. Como formalidad jurídica, el caso extremo significa que la violación o amenaza a los derechos humanos es de profunda intensidad, circunstancia que unida a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito, reviste de urgencia la intervención del órgano de protección internacional, ya sea la Corte o la Comisión, a fin de evitar daños irreparables a las personas titulares de los derechos humanos; la intensidad de la violación no da espera, por ser extrema.

4.2.3 Aspectos procesales que deben cumplirse

Es necesario dejar establecido cuáles son los aspectos procesales que deben cumplirse no solo para solicitar las medidas provisionales sino también para que puedan ser adoptadas por los órganos autorizados, teniendo en cuenta que aquellas medidas tienen como objeto principal proteger los derechos humanos, protección que se circunscribe no solo a los derechos a la vida y a la integridad personal sino que también esa protección se extiende a otros derechos, para lo cual dentro de un procedimiento sencillo y rápido deben cumplirse determinadas actuaciones a fin de que las medidas que se adopten no sean vulneradoras de los derechos de otras personas.

¿Ante quién se puede presentar la petición sobre medidas provisionales?.

La petición de medidas provisionales puede ser presentada ante el presidente de la Corte, los jueces o a la Secretaría de la Corte, por cualquier medio de comunicación;⁸ es decir, la solicitud podrá enviarse vía fax, correo convencional, correo electrónico, inclusive

⁸ Art. 27. Medidas provisionales.- 4. La solicitud puede ser presentada a la Presidencia, a cualquiera de los Jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. En todo caso, quien reciba la solicitud la pondrá de inmediato en conocimiento de la Presidencia.

a través de una llamada telefónica, en los casos de extrema gravedad. Todos estos medios puestos al alcance de quienes sientan amenazados o vulnerados sus derechos están relacionados con la finalidad del sistema internacional, en virtud de lo cual para activar los mecanismos de protección preventiva de derechos humanos no se requieren de los formulismos propios de los procesos ordinarios o de conocimiento, sino que por el contrario, se debe facilitar el acceso al sistema de protección de derechos.

Presentada una solicitud de medidas provisionales si la Corte estuviere reunida en uno de sus períodos, luego de verificar que se cumplen las condiciones o requisitos de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables procede a dictar las medidas provisionales.

¿Quiénes pueden solicitarlas?

Si el caso no estuviere aún en conocimiento de la Corte el único órgano autorizado para solicitar que se impongan las medidas provisionales frente a situaciones atentatorias o violatorias de los derechos humanos es la Comisión Interamericana, pues es ante esta última que debe acudir cualquier persona para activar los mecanismos preventivos de protección de los derechos humanos, advirtiéndole que no es necesario, tanto para requerirla ni para ordenarlas, que la Corte esté conociendo o deba conocer después el caso, pues en muchos casos luego de dictadas las medidas no hubo necesidad de iniciar el proceso ante la Corte. Sobre esta temática, Villarreal (2010), menciona los siguientes casos: Chunimá, Colotenango, Bustíos Rojas, Chipoco, los cuales no estuvieron en conocimiento de la Corte ni llegaron a estarlo. (p. 79)

Las providencias urgentes.

Si la Corte no estuviere reunida el Presidente de la Corte en consulta con la Comisión Permanente, y si fuere posible con los demás jueces, requerirá al Estado que adopte las providencias urgentes con la finalidad de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que con posterioridad llegare a disponer la Corte en el siguiente período de sesiones, según lo establece el Art. 27 numeral del Reglamento de la Corte.⁹ En este

⁹ Art. 27. Medidas provisionales.- 6. Si la Corte no estuviere reunida, la Presidencia, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás Jueces, requerirá del Estado

sentido esta actuación constituye una práctica común en que los presidentes de la Corte han ordenado providencias urgentes que después han sido ratificadas por la Corte al disponer las medidas provisionales respectivas, todo lo cual sintoniza con el objetivo central del sistema interamericano que es el proteger los derechos de las personas.

Mantenimiento de las medidas provisionales.

A pesar de que las medidas dictadas por la Corte tienen como característica la de ser provisionales, en oposición a las medidas definitivas de la concepción clásica, debemos señalar que no están sujetas a ningún período de vigencia ni plazo, y que en muchas ocasiones pueden mantenerse por largo tiempo mientras subsistan las circunstancias de extrema gravedad, urgencia y la necesidad de evitar daños irreparables, tal como ocurrió en los casos Chunimá, Colotenango, Carpio Nicolle. (Villarreal, 2010, p. 80). Pero si han desaparecido las causas que las motivaron, y por lo tanto ya no existen los requisitos y condiciones antes señalados, procede su revocatoria en cualquier momento. En otros casos no obstante haberse dictado sentencia por parte de la Corte Interamericana se mantuvieron las medidas provisionales, llegando inclusive a ordenárselas cuando se había dictado la sentencia respectiva, tal como aparece en el caso Caballero Delgado y Santana. (Villarreal, p. 80).

Las medidas provisionales no prejuzgan.

De la misma manera que las medidas cautelares no prejuzgan, igual consideración corresponde hacer respecto a las medidas provisionales, pues estas tampoco significan prejuzgamiento sobre los méritos de la petición presentada a la Comisión o la demanda introducida ante la Corte, ello porque las medidas provisionales no provienen de una sentencia provisional, sino que constituyen una medida preventiva protectora de un derecho, y no decisoria de un derecho, como si ocurre en los procesos de conocimiento.

Las medidas provisionales son de carácter obligatorio.

En este punto no existe discusión si se parte de que las medidas provisionales tienen sustento convencional, y que se pronuncian respecto a los Estados partes de la Convención que han aceptado expresamente la competencia contenciosa de la Corte. En

respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones.

este punto las mayorías de las medidas provisionales ordenadas por la Corte han tenido realización, existiendo solo un caso de incumplimiento por parte de Trinidad y Tobago, mencionado por Villarreal (2010, p. 82), quien además señala que ha existido de parte de los Estados un respeto mayor hacia las decisiones de medidas provisionales dictadas por la Corte, en comparación a las medidas cautelares solicitadas por la Comisión.

¿Qué es lo que se debe constatar por parte de la Corte?.

Sobre este punto existe coincidencia respecto a que la concesión de medidas provisionales no significa un procedimiento contradictorio que requiera de producción de pruebas para justificar la existencia del derecho y de los hechos que lo amenazan o que constituyen violación. Por lo tanto, frente a una solicitud de medidas cautelares la Corte o en su defecto el presidente cuando se disponen providencias urgentes no debe exigir la justificación de la existencia del derecho ni de los hechos alegados, pues lo que se debe constatar es la manifestación de la apariencia del buen derecho o *fumus bonis iuris*, porque lo que ocurre es que se está ante un caso, que reúne los requisitos de procedencia de las medidas provisionales: extrema gravedad y urgencia y necesidad de reparar daños irreparables.

Todo lo expresado se justifica por tratarse de condiciones especiales sobre la vulneración de un derecho y porque las medidas provisionales no constituyen una decisión sobre el fondo del asunto. En este sentido se ha pronunciado la Corte el 30 de abril de 2009 en el asunto Fernández Ortega y otros respecto a México, tal como consta:

14. Que el estándar de apreciación *prima facie* en un caso y la aplicación de presunciones ante las necesidades de protección han llevado a la Corte Interamericana a ordenar medidas en distintas ocasiones.

15. Que la información presentada por la Comisión, los representantes y el Estado (*supra* Considerandos 8 a 13) demuestra, *prima facie*, que las personas indicadas por la Comisión Interamericana en su solicitud de medidas provisionales y en la Resolución de la Presidenta se encontrarían en una situación de extrema gravedad y urgencia, puesto que sus vidas e integridad personal estarían amenazadas y en grave riesgo. En consecuencia, la Corte Interamericana estima necesaria la protección de dichas personas a través de medidas provisionales, a la luz de lo dispuesto en la Convención Americana. [...]

18. Que el Tribunal estima oportuno recordar que tratándose de medidas provisionales, corresponde a la Corte considerar única y estrictamente aquellos argumentos que se relacionan directamente con la extrema gravedad, urgencia y la necesidad de evitar daños irreparables a personas. Cualquier otro hecho o argumento sólo puede ser analizado y resuelto por la Corte durante la consideración del fondo de un caso contencioso.

4.2.4 Complementariedad entre medidas provisionales y cautelares

Las medidas cautelares y las medidas provisionales tienen como característica la complementariedad, pues no se neutralizan entre ellas, sino que más bien ambas medidas, eso sí en diversos momentos, se activan con una finalidad común, que es la de servir como mecanismo preventivo hacia la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional, siendo ese el denominado común, su razón de ser, pues una y otra medida internacional atienden a un mismo fin y los mismos objetos, aunque tienen elementos que las diferencian, y que a continuación los destacaremos.

Las diferencias que existen entre las medidas cautelares y las medidas provisionales en el ámbito internacional de protección de los derechos humanos, son las siguientes:

- En cuanto a los instrumentos que las consagran. Las medidas provisionales tiene base convencional, mientras que las medidas cautelares no revisten esa misma condición jurídica porque emanan de un Reglamento (extra convencional) adoptado por la Comisión.
- En cuanto al órgano competente. La Comisión Interamericana es el órgano competente para resolver sobre una solicitud de medidas cautelares. Mientras que la Corte es el órgano competente para resolver una solicitud de medidas provisionales antes o dentro de un procedimiento de sustanciación de una petición o demanda internacional.
- En cuanto a la naturaleza jurídica del órgano que las resuelve. La Comisión Interamericana es un órgano de carácter cuasijurisdiccional. La Corte Interamericana, por su parte es un órgano jurisdiccional.
- En cuanto a la forma como se ordenan. La Comisión Interamericana solicita al Estado para que se adopten las medidas cautelares encaminadas a proteger un

derecho determinado de una persona, pueblo, comunidad o colectivo. La Corte, en cambio, ordena al Estado adoptar las medidas provisionales.

- En cuanto al acto mediante el cual se las ordena. Las medidas cautelares se adoptan mediante una resolución (no jurisdiccional), mientras que las medidas provisionales son ordenadas mediante un acto jurisdiccional (resolución).
- En cuanto a los Estados destinatarios. La Comisión puede solicitar medidas cautelares a todos los Estados miembros de la OEA, independientemente si han ratificado la Convención; mientras que la Corte solamente podrá decretar medidas provisionales a los Estados Parte de la Convención y que además hayan aceptado en forma expresa su competencia.
- En cuanto a la oportunidad. Las medidas cautelares de la Comisión se disponen por iniciativa propia, o a petición de parte, en éste último caso que podrá ser cualquier persona, o una organización no gubernamental reconocida en uno o más países miembros de la OEA. Las medidas provisionales, proceden de oficio cuando el caso esté siendo conocido por este órgano, o a solicitud de la Comisión. (Rey & Rey, p. 528.)

4.3 Recapitulación

Tanto las medidas cautelares que son de competencia de la Comisión como las medidas provisionales que son de competencia de la Corte apuntan a un mismo propósito que es el que identifica al sistema interamericano de derechos humanos: proteger los derechos de las personas acorde a la normativa de los instrumentos internacionales. Merece especial atención el desarrollo alcanzado por parte de los diversos órganos del sistema en pro de la protección de los derechos, siendo plausible la actividad que ha venido desarrollando la Comisión, particularmente, en su labor de coadyuvar en la protección de los derechos, cuya competencia en la adopción de medidas cautelares sigue sumando adeptos.

Ambos órganos en los ámbitos de sus competencias han mostrado predisposición para ampliar la cobertura de los derechos y de los sujetos protegidos por el sistema. Ello se observa cuando en sus fallos se hacen prevaler aquellos principios que apuntan a la consolidación de los derechos, como el principio *pro homine*, que constituye el núcleo del

sistema internacional, pues en base a esa orientación todas las normas de los instrumentos internacionales siempre deberán interpretarse a favor del ser humano, sobreponiéndose a los formulismos sacramentales que constituyen un atentado a la dignidad de las personas. En este sentido las decisiones siguen incluyendo otros derechos que en su origen quedaron fuera de la protección internacional, así como otros sujetos determinables o por determinarse distintos al sujeto tradicional representado por la persona física.

5. MEDIDAS CAUTELARES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO

Teniendo claro el papel que han cumplido y siguen cumpliendo las medidas cautelares, vistas desde la óptica de la concepción clásica, así como en el escenario del sistema internacional de protección de derechos humanos, corresponde ahora analizar las medidas cautelares constitucionales, instituidas en el Art. 87 de la Constitución de la República del Ecuador 2008 como herramienta preventiva puesta a disposición de las personas, comunidades y colectivos, sin ninguna distinción, para la defensa y protección de los derechos constitucionales.

Siendo ese su propósito fundamental –defensa y protección de derechos- se requiere, no solo de un procedimiento rápido, sencillo y eficaz con el cual se pueda atender preventivamente los derechos y bienes protegidos cuando se encontraren amenazados y los daños que se produjeran fueren graves, por tornarse irreversibles, por su intensidad o por la frecuencia que se den, sino que además es necesario tener un conocimiento cabal de parte de todos: Estado y particulares.

5.1 Consideraciones generales sobre las Medidas Cautelares

Se abordarán los principales aspectos que estructuran la novedosa institución jurídica de las medidas cautelares constitucionales autónomas e independientes, la que ha sido puesta al servicio de los derechos de las personas. De esta manera, con el desarrollo de tales aspectos se irán determinando las líneas sobre las cuales debe conducirse cualquier análisis y valoración jurídica que tienda a resolver en los procesos constitucionales las situaciones que se ventilen como atentatorias o vulneradoras de derechos humanos, tanto desde la visión del ciudadano, del profesional del derecho, de los defensores de los

derechos constitucionales, cómo de quienes tienen la delicada tarea de juzgar y dirimir las situaciones planteadas.

Y como se trata de una institución jurídica erigida en favor de todas las personas, pueblos y comunidades, sin hacer discriminación o distinción alguna para su ejercicio y concesión, por ello se hace necesario conocerla en su real dimensión con el propósito de darle adecuada aplicabilidad y efectividad, pues solo así estaríamos en condiciones de advertir las situaciones que podrían conducir a un uso inapropiado y hasta abusivo, hasta llegar a convertirlas en mecanismo de arbitrariedad e injusticia cuando atenten derechos constitucionales que es precisamente lo que buscan defender y proteger frente a los actos ilícitos e injustos del Estado o de los particulares, pues si se desnaturalizan estarían afectándose derechos tales como a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y la seguridad jurídica.

5.1.1 Sobre la Tutela Inhibitoria o Preventiva

En doctrina se suele partir de la clasificación tripartita de los procesos que atiende a la pretensión procesal formulada, a saber: procesos de conocimiento, de ejecución y cautelares. A través del proceso cautelar lo que se busca es asegurar por vía preventiva que el resultado del juicio principal se cumpla efectivamente. Pero actualmente “El Derecho Procesal contemporáneo ubica a la tutela cautelar dentro de la Tutela Urgente (integrada además con las medidas autosatisfactivas y tutela anticipatoria, o interinal), la cual es, a su vez, una especie de la llamada Tutela diferenciada.” (Guarderas, 2014, p. 35)

Mientras que respecto a la *tutela cautelar* se la ubica como modalidad de la *tutela judicial* y como tal está destinada a viabilizar la efectividad de la tutela en el proceso de declaración en el juicio principal, afectado de manera adecuada la esfera jurídica del demandado. Por lo tanto, la *tutela cautelar*: “[...] está destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir tal efecto.” (Ortells et al., 2010, p. 940, c.p. Guarderas, 2014, 36)

Con tal advertencia, en doctrina las medidas cautelares son abordadas como *tutela inhibitoria o preventiva*, respecto a la cual se dice que propiamente comprende una acción inhibitoria que da origen a un proceso autónomo que es de conocimiento y de naturaleza preventiva. Es inhibitoria porque tiende a impedir la práctica, la repetición o la

continuación del acto ilícito que puede producir efectos graves por constituir violaciones irreversibles, por la intensidad o por la frecuencia de la violación. Se denomina inhibitoria no porque su efecto sea lograr que no se repita un acto (inhibitoria negativa) sino porque también es posible que a través de ella se imponga una obligación de hacer (inhibitoria positiva); de tal manera se impide al demandado producir un acto ilícito sea una acción o una omisión. Además como proceso de conocimiento no declara un acto como ilícito, sino que solamente inhibe el daño que causa su comisión, condenando al demandado a un hacer o a un no hacer.

Dentro del proceso urgente se reconocen dos tipos de mecanismos con particularidades que los diferencian, por un lado están las denominadas medidas cautelares que no constituyen un fin en sí mismas, pues están preordenadas a la emanación de una sentencia definitiva y a un resultado final que aseguran (guardan similitud a las medidas cautelares clásicas) y contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia; y, por otro lado, las medidas autosatisfactivas que se agotan por su sola expedición favorable a solicitud del requirente que reclama contra un daño inminente, haciéndose innecesario otro proceso ulterior o acción principal.

En tales circunstancias, la tutela urgente se presenta en sus dos vertientes: como cautelar y como autosatisfactiva. Al respecto, cuando se trata de una tutela de urgencia cautelar se dice que se requiere la demostración de verosimilitud en cuanto se la requiere para impedir o detener un acto ilícito, además que es provisional y accesorio, y por ello instrumental; y cuando se trata de la tutela de urgencia autosatisfactiva se exige, según la doctrina, demostrar la existencia de una probabilidad de daño al derecho, en este caso es definitiva y autónoma de otro proceso. Eso sí destacando que ambos casos se las otorga inaudita parte, y de la resolución no existe recurso de apelación, salvo de la providencia que la concede que se puede acudir vía recurso horizontal de revocatoria o de reposición, procediendo luego el recurso vertical de apelación contra el auto que niegue la revocatoria.

En el Ecuador la tutela de urgencia preventiva es admitida en sus dos vertientes, como *tutela cautelar o anticipatoria* y como tutela urgente autosatisfactiva, según se advierte, en primer lugar, del Art. 87 de la Constitución de la República 2008, en el que se establece que se pueden ordenar medidas cautelares en forma conjunta o independiente de las acciones constitucionales de protección de derechos, y en segundo lugar, del artículo 28

de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el que, por su parte, prescribe que el otorgamiento de medidas cautelares no significa prejuzgamiento en relación a la declaratoria de violación para el supuesto de existir una acción constitucional por haberse vulnerado un derecho constitucional, cuya situación se resuelve mediante una tutela reparatoria, pues por el contrario si se disuelve o elimina la amenaza que representa de modo inminente y grave el daño a un derecho es posible que solo sea suficiente una tutela independiente de cualquier otro proceso principal.

Siendo así, la tutela preventiva se clasifica en: a) tutela de urgencia cautelar o anticipatoria; y, b) tutela de urgencia autosatisfactiva. Para ello se ha establecido un procedimiento diferenciado, porque solo busca ser ágil y sumario por la urgencia que se requiere para atender las situaciones planteadas por los efectos que pueden producir o están produciendo, ante lo cual constituye un imperativo la adopción de medidas provisionales o definitivas de acuerdo al momento en que ocurre el daño o la amenaza en atención a las circunstancias del caso concreto.

Ahora bien los supuestos que motivan las medidas cautelares (tutela urgente cautelar o autosatisfactiva) y las acciones de protección (tutela de reparación), no son los mismos. En la tutela cautelar preventiva urgente se requiere de un *hecho que amenace de modo inminente y grave con violar o viole efectivamente* un derecho constitucional, por lo cual hay que detenerlo a través de una de las tutelas de urgencia; la cautelar o anticipatoria para el caso que la medida tuviere el carácter provisional o la tutela autosatisfactiva para el evento que no fuere necesaria otra decisión que la confirme. Mientras que las tutelas reparatorias, reclaman como presupuesto básico *la efectiva violación de un derecho constitucional*, en virtud de lo cual a más de declarar la vulneración de un derecho constitucional procede la reparación integral, conforme lo establecen los Arts. 17 numeral 4 y 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Sin embargo, lo que debe servir de base para determinar si es suficiente una acción (cautelar) o ambas (cautelar y de protección) frente a una situación concreta que es atentatoria a un derecho constitucional, son situaciones complejas y asimétricas, especialmente en aquellos supuestos en los que se ha logrado cesar su comisión ya real o lograr que no se repita la consumada, pues en tales supuestos solo mediante una acción de conocimiento se determinará si hubo violación y si procede la reparación. En cada caso

concreto será al Juez constitucional a quien corresponderá determinar al momento de conceder la acción cautelar si es con carácter de anticipatoria o autosatisfactiva.

En conclusión, los presupuestos que se requieren para que proceda una u otra tutela son distintos, varían por regla general; y así tenemos que en la tutela preventiva urgente, sea la cautelar o la autosatisfactiva, son unos, pues aquí lo que se busca es detener la amenaza y evitar el daño, en tanto que en la tutela reparatoria, son otros, ya que allí lo que se reclama es la declaración de la violación de un derecho y la reparación integral por el daño producido.

5.1.2 Posibilidad de que se produzca la violación de un derecho

Para establecer si existe realmente la posibilidad de que se produzca la violación de un derecho constitucional será necesario constatar la concurrencia de tres elementos, a saber: En primer lugar, se requiere que estemos frente a una “amenaza”; en segundo lugar, que esa amenaza desencadene un “daño”; y, en tercer lugar, que ese daño repercuta directamente sobre un “derecho” constitucional, pero aclarando que ese daño no es ni puede ser el que es apreciado el valor económico o pecuniario, pues este tipo de acción constitucional por su naturaleza, no es reparatoria, sino netamente preventiva; en tal virtud lo que debe evidenciarse es un hecho fáctico que haga previsible que el daño ocurra, y eso solo se aprecia de la descripción de las situaciones fácticas concretas, ciertas y futuras, y no de meras suposiciones o elucubraciones, pues es precisamente de la amenaza que debe evidenciarse la inminencia de que la lesión al derecho se producirá u ocurrirá.

En virtud de ello, se dice, que la amenaza puede manifestarse en los siguientes casos:

- a) Cuando se produce un daño actual a un derecho, por lo cual hay que detenerlo hacia el futuro;
- b) Cuando se hace previsible que en el futuro se produzca ese daño al derecho; o,
- c) Que también hace que sea previsible que se repita el daño. (Zavala, Zavala, & José, 2012, p. 337).

Con tal advertencia, las cuestiones fácticas que se expongan mediante la acción cautelar, o tutela preventiva como también se la identifica en doctrina, deben ser concretas, ciertas y futuras; de tal manera que solo de su descripción se infieran las razones que hagan

previsible que la lesión al derecho se va a producir, que la lesión al derecho está produciéndose o que la lesión al derecho volverá a producirse o repetirse, mas no las meras suposiciones, sospechas o simples temores de que la lesión al derecho se pueda producir. Siendo así el hilo conductor que debe servir de guía para usar este tipo de acción de tutela preventiva es la protección directa de los derechos constitucionales por una amenaza y un ataque, en ambos casos directos.

Por lo tanto, lo que tiene relevancia cuando se propone este tipo de tutela no es propiamente la consecuencia de la lesión al derecho, sino que por el contrario la de anticiparse a que aquello ocurra, pues de las cuestiones planteadas al órgano jurisdiccional competente deberá concluirse que la lesión al derecho no se producirá si es que, en forma urgente e inmediata se concede la medida cautelar constitucional ante la amenaza que deriva de un acto ilícito y por lo tanto injusto.

Para tal efecto en este ámbito será necesario adoptar una posición de previsión del daño o afectación a un derecho fundamental, pues si existe una amenaza lo más lógico de suponer es que sea inminente el daño respecto a un derecho de rango constitucional, por lo cual técnicamente el objeto de la tutela preventiva está dado por el “acto ilícito” que causaría la vulneración del derecho fundamental y como consecuencia el daño a los intereses que protege.

Respecto al presupuesto de la amenaza que debe evidenciarse para la concesión de las medidas cautelares, especialmente en los procesos autónomos, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado lo siguiente:

El presupuesto de la amenaza, tal como se encuentra prevista en nuestra Constitución en el artículo 87, se refiere a cuando un bien jurídico que, sin ser necesariamente afectado o lesionado, se encuentra en tránsito de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración suceda. Ello se relaciona también de manera directa con la inminencia del daño y justifica una urgente necesidad de actuación por parte de las juezas y jueces constitucionales que conocen estas medidas, de lo contrario, el daño se consumaría, convirtiendo en inefectiva la medida solicitada. En este caso, lo que procede es la presentación de una solicitud de medidas cautelares autónomas y su concesión, en caso de que ello fuere pertinente. (Sentencia 0034-13-SCN-CC, 2013, pp. 36 7 37)

5.1.3 Verificación de la conducta ilícita

Cuando hablamos de la posibilidad de ordenar medidas cautelares en forma general significa que tal decisión procede frente a determinadas conductas o actos. A su vez esos actos pueden consistir en una acción o en una omisión y tendrán como característica la de ser contrarios a las normas regulativas. Éstas en la práctica pueden estar manifestadas en forma expresa en una regla o en forma reservada en un principio, o también porque tales actos lesionan valores superiores que sustentan el Ordenamiento Jurídico.

Siendo así, cuando se hace referencia a una conducta (acción u omisión) *ilícita* es incuestionable que debe tratarse de una actividad antijurídica productora, en forma real o inminente, de un *daño injusto* respecto a un derecho de rango constitucional, pues ello significa estar frente a una conducta vedada o rechazada por el Ordenamiento Jurídico, teniendo en cuenta de que existen casos en los cuales no se advierte esa ilicitud cuando el mismo ordenamiento jurídico tolera una determinada actuación.

Para reclamar por la causación de un daño que amenaza con producirse o en su defecto la no continuación del daño ya iniciado, es necesario que la conducta que genera esos riesgos y lesiones se despliegue sin respaldo del Derecho o contra Derecho. Por ejemplo, solo cabe disponer la clausura de una empresa industrial si su actividad se encuentra jurídicamente prohibida por atentar contra interés legítimo y prevaleciente de víctimas potenciales u otra razón similar. (Zavala et al., p. 338) En este sentido, se dice, debe precisarse, que la valoración de la conducta ilícita debe hacerse de manera sustancial y no meramente formal, en este caso, por ejemplo, no solo comprobando que existe la autorización de la administración pública, sino que más bien ha menester establecer si esa conducta es irracional e injusta aun cuando pueda estar apegada al texto de la Ley en su expedición. (Zavala et al., p. 339).

Y respecto a necesidad de la determinación de la ilicitud del acto que despliega la amenaza o afectación real, la Corte Constitucional para el Período de Transición en un caso concreto los calificó como legítimos y por tanto como no dignos de medidas cautelares, al señalar que:

[...] Debe entenderse entonces que el efecto jurídico que conlleva dicho fallo es que la retención de valores y embargo de cuentas que la CNEL S. A., mantiene en el Banco del Pacífico (ordenadas por el Juez de Coactivas del Municipio de

Salinas) constituyen actos legítimos que no vulneran derechos constitucionales, y, en consecuencia el Juez Vigésimo Primero de lo Penal y Tránsito de La Libertad, a fin de ejecutar la sentencia expedida por el tribunal *ad quem*, debe revocar las medidas cautelares que ordenó al avocar conocimiento de la acción de protección N." 028-2009 (no 048-2009 como equivocadamente se indica en el libelo de demanda), para garantizar que las medidas ordenadas por el Juez de Coactivas del Municipio de Salinas vuelvan al estado anterior a la presentación de la referida acción constitucional y continúe el trámite respectivo dentro del proceso coactivo [...] (Sentencia No. 0020-10-SIS-CC, 2010)

En conclusión, solo ante una conducta ilícita, es decir, la que no es aprobada por el Derecho, la que es contra Derecho, y que por ello se torna injusta o irracional, que amenaza de modo inminente y grave con producir un daño a un derecho constitucional o cuando se está produciendo la vulneración o existe la violación en forma real, es que se justifica la adopción de medidas cautelares tendientes a impedir que se consume la amenaza, a detener la violación o a que no se repita la vulneración, pues solo en esas circunstancias el juez constitucional está habilitado para actuar en el proceso preventivo y urgente, en virtud de lo cual lo más razonable es que se restrinja la libertad del agente o accionado confiriendo en su lugar primacía a la libertad de quien la requiere para no convertirse en víctima del acto injusto que se ha cuestionado.

5.1.4 Constatación de la relación de causalidad

De la relación de los hechos concretos y ciertos que se expongan por parte de quien promueve la medida cautelar constitucional deberá constatar que la conducta ilícita, es decir, la actividad que se pretende impedir aparezca como la causa idónea o adecuada para producir el daño al derecho, en forma previsible e inexorable, por lo cual en este caso lo que debe evidenciarse es una relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño inminente o efectivo respecto al derecho constitucional.

En este sentido, se dice que la relación de causalidad es la que vincula la conducta antijurídica (injusta o injurídica) con el potencial daño que se puede producir en los derechos o que realmente los está produciendo respecto a quien requiere la tutela preventiva, y que en consecuencia solo cuando se logra evidenciar, porque así fluye de los hechos concretos y ciertos presentados, que una determinada conducta antijurídica puede

producir daños en el futuro o que ya los está produciendo, decimos que se ha configurado el presupuesto exigible para la procedencia de la tutela preventiva.

5.1.5 La urgencia como característica de las medidas cautelares

Es necesario que la medida cautelar actúe siempre con urgencia sobre la base de que existen hechos o situaciones concretas que amenazan de modo inminente y grave con violar un derecho, que se lo está violando efectivamente o se ha producido la violación del derecho, teniendo en cuenta que cualquier demora en la respuesta que dé el órgano competente podría producir perjuicios irreversibles a quien aparece como afectado en la situación denunciada, por la intensidad o por la frecuencia del daño. De allí que ante los hechos que configuran la conducta antijurídica capaz de lesionar un derecho constitucional y consecuentemente idónea para producir un daño, previa constatación que la descripción delata verosimilitud y razonabilidad del derecho, mediante esta tutela se hace necesario que en forma urgente se actúe dando la respuesta adecuada.

La atención al caso que se plantee está dada por la urgencia de evitar el daño al derecho, que se avizora por una amenaza inminente y grave o por una efectiva vulneración del derecho, por lo cual resulta injustificada la demora en la solución que se podría obtener acudiendo a un proceso ordinario lleno de formalismos hasta que se decida la situación de fondo, precisamente por el *periculum in mora*, o sea, por los perjuicios que se ocasionen simplemente por la demora.

Por estas razones se ha proveído en las Constituciones modernas de una tutela judicial oportuna y rápida para brindar protección al derecho constitucional amenazado o afectado, lo cual se logra a través de mecanismos creados para el efecto: a) de manera provisional mediante una medida cautelar y anticipatoria; y, b) con una medida definitiva que opera mediante una medida urgente autosatisfactiva. En este sentido, en nuestro País, el proceso cautelar también reconoce esos dos mecanismos adecuados para atender las situaciones fácticas que se presentan como vulneradoras de derechos constitucionales.

La Corte Constitucional del Ecuador en su afán de ofrecer lineamientos generales que sirvan a manera de libreto a los juzgadores para entender el ámbito de aplicación y por lo tanto el alcance de las medidas cautelares, luego de censurar sus actuaciones, ha establecido limitaciones al ejercicio de tal acción cuando señala que si ha habido vulneración de derechos constitucionales aquellas medidas deberán ser solicitadas en

conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento, limitación que no está prevista ni en la Constitución ni en la Ley, pues precisamente la medida cautelar por su naturaleza de inmediatez y urgencia no está sujeta a condicionamientos, pues bien podría el juez concederla provisionalmente y sujetarla a que se proponga por cuerda separa la acción de conocimiento, siendo está la interpretación que más se ajusta a esta tutela preventiva. El criterio de la Corte Constitucional es el siguiente:

En caso de violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, el objeto será cesar dicha situación. Se consideran como tales, aquellas situaciones en las que el ejercicio pleno de un derecho reconocido en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, cuando la persona ya ha sido víctima de una intervención ilícita. En dicho caso, *las medidas cautelares deberán ser necesariamente solicitadas en conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento*, se deberá condicionar la concesión de la medida cautelar a la constatación de un daño grave que pueda provocar efectos irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación. (Sentencia 0034-13-SCN-CC, 2013, p. 40) Las cursivas me pertenecen.

5.2 Consideraciones particulares en el Sistema Jurídico Ecuatoriano

La disposición inserta en el Art. 87 de la Constitución de la República, prescribe: *Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.* En consecuencia, del texto transcrito se advierte que las medidas cautelares han sido establecidas, y por tanto se las puede plantear, en forma independiente o en conjunto con otras acciones constitucionales, estando en consecuencia aquellas medidas a la orden de las acciones constitucionales de protección o de conocimiento; de tal manera que éstas y la acción de medidas cautelares pertenecen al denominado control concreto de constitucionalidad. Al respecto, se sostiene:

Hay autores que sostienen que las medidas cautelares son una de las tantas acciones jurisdiccionales específicas previstas en la Constitución (acción de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento y extraordinaria de protección). Pero del examen atento de ellas se puede concluir que son distintas, no por el hecho de ser garantías jurisdiccionales, que si lo son,

sino porque constituyen procesos de conocimiento, de fondo o de cognición amplia, en tanto que las primeras son procesos instrumentales, de precaución o de cognición sumaria. En las acciones de conocimiento se resuelve el fondo del asunto controvertido y, de declararse la violación, se ordena la reparación del derecho; en las acciones cautelares, no. (Guarderas, 2014, p. 40)

Con tal advertencia, la acción de medidas cautelares constituye una garantía jurisdiccional, con sus particularidades que la distinguen de las demás, que ha sido establecida para activarla en forma preventiva en defensa y protección de los derechos constitucionales, ya se encuentren esos derechos recogidos en la Constitución de la República o en un tratado internacional de derechos humanos que haya sido ratificado por el Estado, teniendo presente además que por el Estado Constitucional de derechos y justicia que nos rige no se excluirán los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que fueren necesarios para su pleno desenvolvimiento, aclarando que todos esos instrumentos en la actualidad conforman el bloque de constitucionalidad y convencionalidad que debe conocer y aplicar el juzgador frente a acciones que tutelan los derechos humanos.

La medida cautelar de rango constitucional es relativamente reciente, y está acorde con el impulso de los procesos garantistas de los derechos humanos. En el Ecuador ya se aplicaron las medidas cautelares con el Amparo constitucional contemplado en la reforma y codificación constitucional de 1998 y la anterior reforma de 1997, que autorizaba al juez constitucional a decretar la suspensión provisional del acto u omisión impugnados. (Pérez E. , 2012, p. 28) Señala asimismo el autor en referencia, la instrucción expresa en la Constitución de 2008, en la que se las admite en forma autónoma y conjuntamente con cualquiera de las acciones de protección, destacando que se ha desplegado en forma variada esta medida, sin haberse podido establecer criterios uniformes más allá de las escuetas normas que contiene la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

Por su parte, Villarreal (2010) sostiene que esta institución, así establecida y con ese fin específico, es totalmente nueva en nuestro país, y con esa advertencia señala, “no decimos que antes de esa norma no habían medidas cautelares en Ecuador, así en los procesos civiles, penales, e incluso constitucionales, siempre concurrieron medidas

cautelares, pero no existió una regulación de medidas cautelares como institución autónoma de protección preventiva de derechos humanos y/o constitucionales. Esto sin duda, es una novedad jurídica, que está inspirada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con las medidas cautelares solicitadas por la Comisión y las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana.” (p. 84).

En esa línea de desarrollo constitucional en torno a la figura del amparo instituido en la Constitución Política de 1998¹⁰, haciendo referencia a la necesidad de volcar la interpretación jurídica en el sentido que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, se ha señalado que la tutela judicial efectiva : “[...] necesita expresiones ciertas y contundentes que en parte sean la consecuencia de la maximización en la utilización del ordenamiento jurídico vigente, lo cual incluye obviamente a las interpretaciones constitucionales que más favorezcan a la efectiva vigencia de los derechos [...]” (Hernández, 2005, p. 115).

En referencia a al amparo constitucional se ha sostenido que constituía la figura más representativa para la tutela de los derechos, y que el compromiso del Estado estaba en actuar con eficacia ante tal requerimiento, por lo cual cualquier medida tendiente a restringirla implicaba una restricción a la efectividad del Estado de Derecho y de la democracia que lo único que buscan es la materialización de los derechos de las personas. Al respecto:

“El amparo es acaso el proceso judicial más representativo de la necesidad de la tutela de un derecho, al cual el Estado debe responder con eficacia. Toda restricción a la efectividad de la acción de amparo es una restricción a la efectividad del Estado de Derecho y de la democracia en tanto ambos procuran la materialización de los derechos nacidos del ordenamiento jurídico del Estado, incluido el reconocido por éste con eficacia jurídica.” (Hernández, 2005, p. 125)

Respecto al fundamento técnico y jurídico que sustenta la admisibilidad de las medidas cautelares en cualquier sistema jurídico constitucionalizado es de considerar que esas medidas forman parte de la tutela imparcial, expedita y efectiva a la que tienen

¹⁰ El juicio de amparo constitucional nació en Ecuador, según el artículo 2 de las Reformas Constitucionales publicadas en el Registro Oficial 863 del 16 de julio de 1996.

derechos todas las personas para defender sus derechos e intereses según la proclamación constitucional¹¹, tesis que se ha venido promoviendo desde hace mucho tiempo, de manera particular en aquellos sistemas jurídicos constitucionalizados después de la experiencia dejada por la segunda guerra mundial. Ese desarrollo legislativo también se ha observado en nuestro País, pues:

[...] desde hace mucho tiempo se ha proclamado que la tutela judicial efectiva comprende a las medidas cautelares, y que ya en una sentencia del antiguo Tribunal Constitucional se había dejado establecido que “la tutela judicial no es tal sin las medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso. (Zavala et al., p. 314).

En este sentido, el Art. 87 de la Constitución de la República ha consagrado las medidas cautelares dentro del escenario de las garantías jurisdiccionales, las cuales instauran, sin duda, los mecanismos idóneos establecidos para activar la justicia constitucional, pues tales dispositivos constituyen las formas eficaces para acceder a la tutela efectiva, inmediata y eficaz, y por eso son parte de las garantías específicas establecidas para la defensa y protección de los derechos de las personas, al tenor de lo dispuesto en el Art. 25.1 de la Convención Americana y en el título III de nuestra Carta política; ya que por otra parte también tenemos la otra forma de defensa de los derechos e intereses de las personas que involucra a la justicia ordinaria, que como sabemos está, a cargo de los jueces comunes, consignada en los artículos 75 y 172 de la Constitución.

La Corte Constitucional para el periodo de transición, en relación al escenario en el que se desenvuelven las medidas cautelares y específicamente en su afán de determinar hasta dónde es posible recurrir al máximo órgano constitucional para obtener su intervención ante situaciones fácticas que evidencien incumplimiento de sus decisiones, y por tal razón la poca o ninguna efectividad en la defensa y protección los derechos constitucionales, ha considerado importante determinar cuál es la naturaleza constitucional de las sentencias expedidas en acciones de petición de medidas cautelares, dando la respuesta los términos siguientes:

¹¹ Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador

En lo referente a la petición de medidas cautelares, si bien estas no se hallan identificadas como acciones constitucionales de protección de derechos, tienen también la finalidad de “evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”, conforme lo previsto en el artículo 87 de la Constitución de la República y artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; por lo tanto, las medidas cautelares constituyen también, en el ámbito constitucional, una herramienta de protección de derechos, la cual se halla regulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuerpo normativo al que han de sujetarse las personas que las soliciten, así como los operadores de justicia, cuyo pronunciamiento respecto de la petición de medidas cautelares constituye –sin duda alguna – sentencia de carácter constitucional, siendo exigible su cumplimiento mediante la presente acción. (Sentencia No. 00-25-12-SIC-C, 2012, p. 21)

5.2.1 Finalidad de las medidas cautelares

Las medidas cautelares constitucionales constituyen una tutela judicial preventiva, pues aquella institución ha sido establecida por el Constituyente de Montecristi como un mecanismo preventivo de tutela para la defensa y protección de los derechos constitucionales, la que a su vez engarza dentro del derecho fundamental que tiene toda persona para acudir a una tutela efectiva, imparcial y eficaz, el que para su realización y cumplimiento requiere de la materialización de los derechos que sustentan el debido proceso, y que en su conjunto constituyen los derechos de protección establecidos en favor de los derechos de libertad y demás derechos sociales, culturales y económicos.

En esa línea la Constitución de 2008 ha establecido que los derechos constitucionales son plenamente justiciables, y para ello ha diseñado elementos idóneos como son las garantías jurisdiccionales a disposición de las personas para buscar protección a los derechos, es decir, no solo los recogidos en la Constitución de la República o en un tratado internacional sobre derechos humanos sino también todos aquellos que se deriven de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades y que fueren necesarios para su pleno desenvolvimiento, aclarando que aquellas garantías han sido instituidas como tutelas reparatorias; pero que como complemento en la misma Constitución encontramos a la tutela efectiva de los jueces para evitar o hacer cesar la violación o amenaza de lesión a un derecho constitucional, en cuyo

caso estamos frente a una tutela cautelar, inhibitoria y específica como la califica el profesor Zavala.

Por lo tanto, debe quedar claro que en nuestro ordenamiento jurídico todas las personas, ecuatorianas o extranjeras, gozan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la misma que es de aplicación inmediata según lo prescriben los artículos 75, 11.3 y 426 de la Constitución¹², en la que se comprende a los identificados como derechos de

¹² **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 intermediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

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.

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.

protección o de defensa de los derechos de libertad y de los otros derechos (sociales, económicos y culturales), y que además este derecho fundamental se manifiesta como una tutela judicial preventiva y efectiva para todos los derechos y como una tutela reparatoria para los derechos constitucionales. (Zavala et al., p. 317).

Sobre este punto, Salmon (2012) ha señalado que la medida cautelar como proceso autónomo tiene como finalidad proteger derechos amenazados o afectados por actos ilegítimos, tanto de particulares como de autoridades públicas, por lo que el mentado profesor inmediatamente se pregunta sobre esa protección de derechos frente a qué?. Siendo su respuesta también contundente, al señalar que es para hacer frente a las amenazas existentes que desencadenan una inminente violación de derechos constitucionales o a la afectación misma que debe ser real y efectiva, no teniendo asidero en este caso las simples conjeturas o suposiciones. Adviértase que la finalidad de la cautelar está encaminada a dar protección a las personas sin ninguna distinción respecto a sus derechos constitucionales que se encuentren amenazados fundadamente o afectados realmente por actos ilegítimos, y al decir de Zavala, respecto a actos ilícitos, o sea, contrarios al Derecho.

Sobre este mismo punto, tomando como base el inciso segundo del artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dice: *“Las medidas cautelares tiene como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”*, en armonía con las normas contenidas en el Art. 87 de la Constitución de la República y en el Art. 26, ibídem, merecen destacarse los siguientes puntos:

El uno, determinar cuáles son los derechos protegidos, concluyendo que son los derechos constitucionales, esto es, los que aparecen en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sin excluir los demás derechos derivados de la dignidad, sumando para ello el desarrollo alcanzado por el sistema interamericano de derechos humanos en cuanto a la cobertura de los derechos; y, el otro, referido al objeto de las medidas cautelares, concluyendo que hay dos momentos relevantes en la violación o afectación de un derecho: 1.- El de la amenaza del derecho, en el que evitamos, a través de la medida cautelar que la violación se consume; y, 2.- El de la violación del derecho, en el que interrumpimos o cesamos la violación a través de la medida. (Villarreal, 2010, pp. 86- 90)

En la misma línea Guarderas (2014) ha expresado “que la finalidad de las medidas cautelares en los procesos constitucionales es preservar, de manera efectiva, los derechos, bien de forma preventiva (evitando), bien de forma suspensiva (interrumpiendo o cesando).” (p. 41) Pero eso si no se debe proscribir la finalidad primigenia de las medidas cautelares de aseguramiento del resultado que se obtendrá en la garantía de conocimiento, según sostiene el mismo autor.

Mientras que la Corte Constitucional para el período de transición, en su afán de formular una adecuada cultura jurídica de lo que deben ser los procesos autónomos de medidas cautelares constitucionales, entre otros aspectos, dejó establecido que las medidas cautelares tienen como finalidad primordial la de tutelar derechos constitucionales, y no meramente legales, por lo cual esa determinación constituiría una labor fundamental a cargo del juez constitucional, quien debe comenzar en todo proceso cautelar constitucional con la verificación de la información proporcionada acerca de si lo que se está a punto de afectar o se está afectando en forma directa es un derecho constitucional, luego de lo cual deberán constatarse los presupuestos para que sean admitidas las medidas, según aparece del texto siguiente:

En función de lo analizado y para la adecuada implementación de los procesos de medidas cautelares constitucionales, la Corte Constitucional para el período de transición, señala que se debe observar lo siguiente:

1.- Finalidad del proceso de medidas cautelares constitucionales:

Las medidas cautelares solo pueden ser adoptadas para evitar o hacer cesar la amenaza o violación de un derecho constitucional y no legal. De esta manera, las medidas cautelares se encuentran configuradas para ser adoptadas bajo los siguientes presupuestos: **1.** Hacer cesar la amenaza a un derecho constitucional –se evita que la violación se consuma–; y **2.** Hacer cesar la violación del derecho constitucional –se interrumpe la violación– del derecho. (Sentencia No. 052-11-SEP-CC, 2011, p. 25)

5.2.2 La ilicitud del acto cuya inhibición se solicita

Mediante este tipo de acción lo que se busca es impedir, detener o que no se repita una acción u omisión ilícita o antijurídica que como tal es vulneradora de un derecho

constitucional, en virtud de lo cual es necesario precisar cuáles son esos actos, acciones u omisiones, que por su inminencia predisponen a una persona para que solicite una tutela a sus derechos constitucionales amenazados o afectados.

En este sentido, actos ilícitos son aquellos que se oponen a lo que predicen las normas regulativas, las que a su vez en la sociedad prohíben u obligan, y que por su origen pueden provenir de dos vías, la una, cuando aparecen manifestadas a través de una regla (norma-regla), en cuyo caso los actos que la contradicen son calificados como actos *ilícitos típicos*; y, la otra cuando emergen de principios (normas-principios) generando su transgresión los denominados actos *ilícitos atípicos*. En el primer caso (normas-reglas) los actos están descritos y concretizados en el ordenamiento jurídico, y en el segundo supuesto, (normas-principios) los actos se concretan en cada caso al elaborarse la regla (sub-regla) para aplicarla la situación fáctica planteada.

Por lo tanto, la tutela preventiva cautelar o autosatisfactiva está dirigida contra el acto ilícito típico o atípico que amenaza de modo inminente y grave con vulnerar un derecho fundamental, tal como aparece esbozada en nuestra Constitución al considerarla viable en los casos siguientes: como tutela cautelar con carácter de provisional sirviendo en este sentido como instrumento para el ejercicio o efectividad de una pretensión principal que sustenta un proceso de conocimiento en el que se deberá resolver la situación de fondo, aun cuando hubiere sido propuesta en forma separada o autónoma, pero supeditada a una garantía jurisdiccional principal –tutela reparatoria- que se deberá proponer inmediatamente; y, también como medida cautelar independiente –tutela preventiva autosatisfactiva- sin que, en este caso, haya necesidad de ejercitar después una acción jurisdiccional específica por no existir daño y no ameritar reparación. En esta línea de pensamiento la norma contenida en el Art. 87 de la Constitución de la República se señala que las medidas cautelares –en forma general- se las puede ordenar con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o también la amenaza de violación de un derecho.

Por último, de la norma constitucional referida resultan valederas las siguientes puntualizaciones, por un lado, si lo que se pretende es impedir la realización del acto ilícito causante de la vulneración de un derecho o que no se repita esa vulneración, que es lo que debemos entender cuando el texto constitucional utiliza las expresiones “evitar” o “hacer cesar”, en este supuesto decimos que estamos frente a una tutela inhibitoria; y, por otro

lado, que si lo que se pretende es “disolver” o “detener” el hecho que amenaza de modo inminente y grave con violar un derecho constitucional, conforme lo sugiere la norma suprema, en este caso nos encontramos ante una tutela preventiva que puede llevarse a cabo a través de disposiciones o mandamientos judiciales con el carácter de cautelares y autosatisfactivos.

5.2.3 Naturaleza jurídica de las medidas cautelares

En el ordenamiento jurídico constitucional aparecen formuladas como medidas cautelares y se las puede proponer en forma conjunta con una garantía jurisdiccional o también en forma autónoma o separada, estando una y otra al servicio de los derechos constitucionales que son los que aparecen exteriorizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y los inherentes a la dignidad humana. Por lo tanto, por esencia este tipo de medidas son preventivas, pudiendo ser de tipo cautelar o autosatisfactiva, según el caso. A continuación corresponde precisar cuál es su naturaleza jurídica. Al respecto:

En este sentido las medidas cautelares han dado un salto cualitativo, ya no podemos referirnos a éstas, exclusivamente como un instrumento ligado a un proceso y destinados (sic) a garantizar una eventual sentencia estimatoria, sino más bien debemos visualizarlas como un mecanismo de protección preventiva de derechos humanos autónomo, que no depende, *‘incidentalmente o por cuerda separada de un proceso principal destinado al conocimiento y la solución de una controversia’*, cuyos efectos se mantendrán en el tiempo mientras siga presente la amenaza grave e inminente del derecho. Por eso siendo coherentes con la definición que hemos dado de medidas cautelares en el ámbito de los derechos humanos, decimos que una de sus características es que buscan Proteger Preventivamente un Derecho. (Villarreal. 2010, p. 46)

Sin embargo, acto seguido sostiene el mentado autor, que las medidas cautelares protegen preventivamente un derecho para diferenciarlas de la resolución o sentencia definitiva que será resultado de haberse recorrido todo el largo camino del proceso, y que pondrá o dará. –sí podemos decirlo así- el remedio definitivo, sea reconociendo o declarando el derecho. La Ley no las establece para conseguir por sí solas un efecto concluyente, sino únicamente preventivo. (Villarreal, p. 47).

Sin ninguna duda aquella posición guarda relación con la medida cautelar considerada como un proceso urgente de tutela, en la que solo se busca detener o frenar la violación de un derecho constitucional hasta que se atienda la situación de fondo en un debido proceso, en cuyo caso la medida es provisional; pero eso no significa que no existan casos en los que no es, ni será necesario requerir de un proceso principal, siendo este tipo de medidas autosatisfactivas.

Mientras que en varios fallos constitucionales emitidos por la Corte Constitucional para el período de transición, así como los que está desarrollando la actual Corte Constitucional del Ecuador, se aborda y precisa la naturaleza de las medidas cautelares constitucionales, criterios que por provenir del máximo órgano de interpretación y aplicación de la Constitución de la República constituyen lineamientos que deben observarse no solo por parte de los demás jueces constitucionales sino por todos quienes participan dentro de los procesos correspondientes en los que se resuelven medidas cautelares, de allí la necesidad de clarificar el escenario y alcance de este mecanismo de protección de los derechos constitucionales.

En un primer caso, dentro de una sentencia catalogada como jurisprudencia vinculante, la Corte Constitucional para el período de transición dejó establecida la naturaleza de la medida cautelar constitucional, al señalar:

[...] En otras palabras, la medida cautelar puede ser adoptada en primera providencia, cuando a criterio del juez existan presunciones de una posible vulneración de derechos constitucionales que no pueda esperar a la sentencia, pero aquello no implica un pronunciamiento de fondo y, por tanto, no puede generar un efecto propio de una garantía de conocimiento, como en efecto es la acción de protección. En definitiva, el Juez Sexto de Tránsito del Guayas no podía pronunciarse en primera providencia sobre la vulneración de disposiciones legales, menos aún declarar sin efecto el acto. (Sentencia No. 001-10-PJO-CC, 2010, p. 9)

Posteriormente, la Corte Constitucional para el período de transición en su afán de precisar la naturaleza de las medidas cautelares constitucionales, acude a la doctrina expuesta en el ámbito internacional de protección de los derechos humanos, particularmente en cuanto a que las medidas cautelares presentan un carácter

esencialmente preventivo y además protegen efectivamente derechos fundamentales, tal como consta del texto siguiente:

Conforme señala Cancado Trindade: 'Las medidas cautelares en el ámbito de los derechos humanos se liberan del formalismo jurídico de la ciencia jurídica del pasado [...] y en el presente dominio tales medidas, además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales'.¹ Las medidas cautelares tienen como objetivo principal proteger de manera directa los derechos constitucionales, ya sea evitando o haciendo cesar la violación o amenaza de violación de un derecho, pudiendo ser estas solicitadas de manera conjunta o independiente a las acciones constitucionales de protección de derechos. Así lo determinan tanto el artículo 87 de la Constitución de la República como el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.¹

(1 Cancado Trindade, Antonio, Reflexiones sobre la Evolución y Estado Actual de las medidas provisionales de protección en el Derecho Internacional Contemporáneo, Prólogo en, Ernesto Rey Cantor, Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2005, p. XIX.)

De esta manera, las medidas cautelares se encuentran configuradas para ser adoptadas bajo los siguientes presupuestos: 1. Hacer cesar la amenaza a un derecho constitucional –se evita que la violación se consuma–; y 2. Hacer cesar la violación del derecho constitucional –se interrumpe la violación– del derecho. (Sentencia N.º 052-11-SEP-CC, p. 22)

En otro fallo la misma Corte Constitucional para el periodo de transición estableció que las medidas cautelares constituyen una herramienta de protección de derechos, tal como consta a continuación:

[...] Por tanto, estas medidas cautelares constituyen también, en el ámbito constitucional, una herramienta de protección de derechos, la cual se halla regulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuerpo normativo al que han de sujetarse las personas que las soliciten, así como los operadores de justicia, que en la sustanciación de los procesos en que se soliciten tales medidas, actúan en calidad de jueces de garantías constitucionales. (Sentencia No. 076-12-SEP-CC, 2012, p. 96)

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en un fallo de reciente data, respecto a la naturaleza de la acción de medidas cautelares ha señalado que no puede tener un objeto propio como el que incumbe a una garantía de conocimiento –implícitamente señala que la medida cautelar autónoma no es garantía de conocimiento- como es el de la acción de protección que es pertinente cuando ya ha existido la vulneración de un derecho constitucional para así declararlo y disponer como consecuencia su reparación integral, por cuanto el objeto de las medidas cautelares es precisamente lo contrario, el de evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, mas no la reparación, señalamiento que lo hace en los términos siguientes:

Por lo que la afirmación realizada por el juez dentro de la sentencia impugnada, no tiene asidero, por cuanto dentro de la emisión de una decisión constitucional, necesariamente debe constar la declaración de la vulneración de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas, cuando hubiere lugar.

Asimismo el inciso segundo del artículo 6 ibídem señala que: “Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”.

El artículo 87 de la Constitución de la República señala que “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.

Esta Corte Constitucional concluye que la naturaleza de la acción de protección consiste en el amparo de los derechos constitucionales y las medidas cautelares no tienen la misma naturaleza de la acción de protección, ni puede generar un efecto propio de una garantía de conocimiento, por cuanto el objeto de las medidas cautelares es evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

‘Conforme nuestro ordenamiento jurídico, las medidas cautelares de índole constitucional proceden cuando la jueza o el juez tienen conocimiento de un hecho

que amenaza de modo inminente y grave con violar un derecho, viola un derecho (artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional). Así, en relación con el presupuesto del peligro en la demora, no basta o no es suficiente un simple temor, sino la inminencia de que el daño se producirá conculcando los derechos, de ahí que la jueza o el juez deberá ordenar las medidas que considere necesarias en el tiempo más breve posible, de forma inmediata y urgente desde que se recibió la petición de medida cautelar, de ser procedente en el caso concreto (artículo 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Este es uno de los fundamentos de las medidas cautelares, lo que hace imposible, entonces, que tenga que acudir a un proceso ordinario y formalista¹

¹ Corte Constitucional, sentencia N.º 034-13-SCN-CC, caso N.º 0561-12-CN, del 30 de mayo del 2013. (Sentencia No. 093-13-SEP-CC, 2013, p. 27)

5.3 Criterios fundamentales para aplicabilidad de medidas cautelares constitucionales

5.3.1 Derechos protegidos

A través de una medida cautelar se puede proteger cualquier derecho que esté en tránsito de ser violentado o que se lo esté violentado, pero destacando eso sí que tales derechos solo deben reunir determinadas condiciones que a continuación mencionamos: a) Rango constitucional, es decir, el derecho debe estar exteriorizado en la Constitución de la República, la cual a su vez reconoce y da protección a cualquier otro derecho derivado de la dignidad humana y que fuere necesario para su pleno desenvolvimiento; o, b) estar consignados en cualquier instrumento internacional relativo a la protección de derechos humanos y fundamentales, ya que así lo reconoce nuestra Constitución en varias disposiciones, tales como son las siguientes: Arts. 10, 11 numerales 3 y 7, 424 y 426.

El artículo 26 de la Ley hace una distinción más precisa y menciona expresamente que las medidas cautelares son un instrumento de protección preventiva de los derechos regulados en la Constitución y de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, ratificándose así, que la protección de las medidas cautelares está dada a los llamados derechos humanos y constitucionales. Sin embargo, a la luz del Art. 11 numeral 7 de la Carta Suprema que reza: 'El

reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades (...)', las medidas cautelares son un instrumento de protección de todos los derechos que se deriven de la dignidad humana, así no estuvieren expresamente formulados en la Constitución o Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. (Villarreal, p. 87)

Por su parte, sobre la determinación de los derechos protegidos por las medidas cautelares, la Corte Constitucional para el período de transición, entre otros aspectos, dejó establecido que las medidas cautelares tienen como finalidad primordial la de tutelar derechos constitucionales, y no meramente legales, por lo cual se advierte que esta sería una tarea fundamental encomendada al juez constitucional. De allí que, en todo proceso cautelar constitucional lo primordial para el juzgador es que dirija su actividad inicial a verificar de si lo que se está a punto de afectar o se está afectando en forma directa repercute o repercutirá sobre un derecho constitucional, pero no solo eso sino que además se deberá constatar el cumplimiento de determinados presupuestos para que sean concedidas las medidas, según aparece del texto siguiente:

En función de lo analizado y para la adecuada implementación de los procesos de medidas cautelares constitucionales, la Corte Constitucional para el período de transición, señala que se debe observar lo siguiente:

1.- Finalidad del proceso de medidas cautelares constitucionales:

Las medidas cautelares solo pueden ser adoptadas para evitar o hacer cesar la amenaza o violación de un derecho constitucional y no legal. De esta manera, las medidas cautelares se encuentran configuradas para ser adoptadas bajo los siguientes presupuestos: **1.** Hacer cesar la amenaza a un derecho constitucional –se evita que la violación se consuma–; y **2.** Hacer cesar la violación del derecho constitucional –se interrumpe la violación– del derecho. (Sentencia N.º 052-11-SEP-CC, p. 25)

En otro fallo emitido por la misma Corte de Transición, en la que se consigna que no hubo un derecho constitucional violentado, se lee lo siguiente:

Es decir, conforme lo señalado, las medidas cautelares constituyen una garantía para evitar o cesar la violación de derechos constitucionales, y de ninguna forma puede considerarse un proceso de conocimiento o de reparación de derechos. Esto justamente es lo que se evidencia en el presente caso, donde el juez de instancia, y lo reitera la Primera Sala [...] cuando se pronuncia respecto al fondo del asunto controvertido, dejando sin efecto el expediente administrativo, declarando la vulneración de derechos y ordenando su archivo. (Sentencia No. 184-12-SEP-CC, 2012, p. 218)

Mientras que la actual Corte Constitucional del Ecuador, en un fallo de reciente data, respecto al tema en cuestión, esto es, cuáles son los derechos protegidos por las medidas cautelares, ha señalado que no puede tener un objeto propio como el que incumbe a una garantía de conocimiento como la acción de protección que actúa fundamentalmente cuando ha existido la vulneración de un derecho constitucional para así declararlo y disponer su reparación integral, sino que el objeto de las medidas cautelares es todo lo contrario, precisamente evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, mas no la reparación, tal como aparece de la siguiente cita:

Asimismo el inciso segundo del artículo 6 ibídem señala que: “Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”.

El artículo 87 de la Constitución de la República señala que “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.

Esta Corte Constitucional concluye que la naturaleza de la acción de protección consiste en el amparo de los derechos constitucionales y las medidas cautelares no tienen la misma naturaleza de la acción de protección, ni puede generar un efecto propio de una garantía de conocimiento, por cuanto el objeto de las medidas cautelares es evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. (Sentencia N.º 093-13-SEP-CC, p. 27)

5.3.2 Objeto de las medidas cautelares

Según lo establece el artículo 26 de la Ley que estamos comentando las medidas cautelares tienen por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos, por lo que si ello es así tales medidas se podrán solicitar en cuatro circunstancias, cuyo objeto estaría dado por lo siguiente:

Primera: evitar la amenaza

Segunda: Cesar la amenaza

Tercera: evitar la violación, y

Cuarta: cesar la violación del derecho. (Villarreal, p. 89)

El mismo autor después de reflexionar sobre la primera circunstancia que la considera como un supuesto incierto, difícilmente justificable, expresa que las circunstancias tercera y cuarta caen bajo las expresiones evitar la violación y/o cesar la violación del derecho, en tanto que la segunda se encuentra circunscrita dentro de la referencia circunscrita a cesar la amenaza del derecho, y concluye en que hay dos momentos en la violación o afectación de un derecho: 1.- El de la amenaza del derecho, en virtud de lo cual evitamos, a través de la medida cautelar, que la violación se consume; y, 2.- El de la violación del derecho, en el que interrumpimos o cesamos la violación a través de la medida. En esta misma línea se pronuncia, el profesor Carlos Salmon Alvear, al señalar como pretensiones básicas de las medidas cautelares como proceso autónomo, las siguientes: a) Evitar o anular la amenaza de violación de derechos, b) cesar la violación efectiva de los derechos.

La Corte Constitucional para el Período de Transición al referirse a los requisitos o presupuestos que deben cumplirse para disponer de las medidas cautelares constitucionales, dejó establecido claramente cuál es el objeto de las medidas cautelares, y ello lo hace al efectuar la siguiente formulación:

De esta manera, las medidas cautelares se encuentran configuradas para ser adoptadas bajo los siguientes presupuestos: 1. Hacer cesar la amenaza a un derecho constitucional –se evita que la violación se consume–; y 2. Hacer cesar la violación del derecho constitucional –se interrumpe la violación– del derecho.

En cuanto a estos dos presupuestos que señala la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es necesario diferenciarlos. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha señalado: “La violación lleva implícito el concepto de daño o perjuicio. Se vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado: se amenaza un derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir en mengua. En el primer caso la persona afectada ya ha sido víctima de la realización ilícita. En el segundo, por el contrario, la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de un daño. Con respecto al término amenaza es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de elección, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable de manera injustificada, la amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral”². 2. Sentencia T-225, 15 de julio de 1993, Corte Constitucional de Colombia. (Sentencia N.º 052-11-SEP-CC, p. 22)

La actual Corte Constitucional del Ecuador ha advertido que la activación de las medidas cautelares, en tanto garantías jurisdiccionales de los derechos reconocidos en la Constitución, ha sido objeto de confusiones por parte de los operadores de justicia que las conocen, y que en aplicación de su atribución para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, emite las siguientes reglas a ser observadas, bajo prevenciones de sanción en los casos en los que se conozcan solicitudes de medidas cautelares, habiendo, en relación al tema que nos ocupa, efectuados las siguientes consideraciones jurídicas:

Conforme nuestro ordenamiento jurídico, las medidas cautelares de índole constitucional proceden cuando la jueza o el juez tienen conocimiento de un hecho que amenaza de modo inminente y grave con violar un derecho o viola un derecho (artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional). Así, en relación con el presupuesto del peligro en la demora, no basta o no es suficiente un simple temor, sino la inminencia de que el daño se producirá conculcando los derechos, de ahí que la jueza o el juez deberá ordenar las medidas que considere necesarias en el tiempo más breve posible, de forma inmediata y urgente desde que se recibió la petición de medida cautelar, de ser procedente en el caso concreto (artículo 29 de la Ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional). Este es uno de los fundamentos de las medidas cautelares, lo que hace imposible, entonces, que tenga que acudir a un proceso ordinario y formalista. (Sentencia 0034-13-SCN-CC, p. 37)

5.3.3 Características

Las principales características que presentan las medidas cautelares, tanto las que se plantean en forma conjunta o como proceso autónomo, son las siguientes:

Deben ser adecuadas.

Por esta característica las medidas cautelares que se dicten deberán ser idóneas, adecuadas a su finalidad, que como hemos señalado es la de dar protección preventiva de los derechos constitucionales desde el momento que están siendo amenazados en forma inminente o ya han sido violentados, ya sea impidiendo que la vulneración se realice o deteniéndola cuando aquella se había ejecutado; es decir, las medidas deben estar relacionadas directamente con lo que constituye su finalidad: la protección preventiva de los derechos constitucionales.

En nuestra legislación este elemento de la adecuación está previsto en el Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dice:

Art. 26. Finalidad.- 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.

Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad.

Adviértase que en la disposición legal transcrita no se ofrece una enumeración taxativa sino que más bien es ejemplificativa, toda vez que a manera de ejemplo para otras situaciones o hechos, se señalan aquellas medidas que podría dictar el juzgador en un caso concreto, con lo cual queda autorizado para disponer de cualquier otra medida que sea idónea o adecuada para impedir o detener la violación de un derecho de una persona. Este principio de adecuación estará ligado siempre con la proporcionalidad de la medida, pues

no sería admisible que para proteger un derecho de la persona a su vez se afecte o vulnere otro derecho del sujeto pasivo, afectación que podría llegar a ser irreversible.

Por último esta característica de las medidas cautelares está relacionada con el principio de proporcionalidad, pues en virtud de ello no podrán ser atentatorias, desmedida o desproporcionada en cuanto a la afectación de la persona contra quien se la ordena por haber ejecutado un acto ilícito e injusto que estaba a punto de causar daño a un derecho constitucional del accionante o lo estaba causando, precisamente porque la finalidad es la protección de los derechos frente a situaciones injustas.

Deben ser eficaces.

Por esta característica decimos que la decisión que tome el juez debe ser la más eficaz para evitar o suspender la afectación del derecho constitucional frente al caso concreto planteado, toda vez que por su naturaleza constituye una garantía protectora de cualquier derecho de rango constitucional; es en virtud de ello que el legislador se ha limitado a dar algunos ejemplos de las decisiones que puede adoptar el juez dentro de este ámbito, puntualizando eso sí de ellas la única que tiene el grado de eficacia es la que consiste en la suspensión provisional del acto ilícito o antijurídico que amenaza o está afectando realmente un derecho de la persona.

Tienen el carácter de urgentes

Precisamente porque tienen por objeto impedir que ocurra un daño inminente o un perjuicio irreparable, por eso deben ser concedidas en forma urgente si se justifican las condiciones y requisitos señalados en la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Asimismo se ha señalado:

La tutela preventiva debe ser urgente, pues, pretende dar solución a problemas que se someten al órgano jurisdiccional y que no pueden soportar el transcurso del tiempo, pues, de hacerlo se podrían ver perjudicadas las expectativas de las partes en conflicto, sobre todo de quien acudió al órgano jurisdiccional en busca de una tutela realmente efectiva. (Zavala, et al., p.339)

Deben ser inmediatas.

Significa que deben ser ordenadas las medidas en el menor tiempo posible, lo más breve que fuere posible, y por ello de comunicárselas por cualquier medio, tal como lo

señala el Art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Numerus apertus.

Las medidas cautelares, en materia constitucional, no se encuentran limitadas a un catálogo predeterminado por la Ley, sino que el juzgador tiene facultad para ordenar las que sean necesarias para la protección adecuada de un derecho que se encuentra en peligro de ser vulnerado o está siendo infringido. (Velázquez, 2010, p. 254)

5.3.4 Improcedencia

Asimismo en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se han establecido los supuestos que deben darse para que no procedan las medidas cautelares, siendo ellos los determinados en el Art. 27 inciso 3 de la referida Ley, los mismos que se circunscriben a lo siguiente:

Existencia de medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias.

Respecto a este punto es necesario atender a las consideraciones por dos autores nacionales. Por un lado, sobre la base de dos supuestos tomados de la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Villarreal (2010) ha expresado lo siguiente:

“Coincidimos plenamente con este primer caso de improcedencia de medidas cautelares. Si ya existiesen medidas cautelares en otras vías de impugnación, no tiene sentido ordenarlas nuevamente, estaríamos duplicando innecesariamente la cautela para un derecho que ya se encuentra resguardado por una medida dictada en la vía administrativa u ordinaria.”

En este caso si ya existen medidas ordenadas desde la vía administrativa u ordinaria no ha menester las medidas constitucionales porque éstas no están destinadas a garantizar otras medidas, sino directamente derechos constitucionales. Y en el otro supuesto, existe la siguiente formulación:

Consideramos que la prohibición de interponer una medida cautelar contra otra medida cautelar por el mismo hecho violatorio o amenaza al derecho, es igualmente correcta, lo contrario sería generar algo así como una guerra de medidas cautelares

que desnaturalizaría la institución que estamos estudiando. Si el sujeto pasivo de la medida cautelar cree que ésta no tiene fundamento, la Ley le otorga en el artículo 35 un mecanismo de impugnación de esa medida otorgada, siendo éste el mecanismo a seguirse en caso que una medida cautelar afecte un derecho de la persona que soporta la medida. No puede interponerse una medida cautelar contra otra ya existente. (Villarreal, 2010, p. 101)

Por su parte, Zavala condiciona la improcedencia a que las medidas estén previstas en una norma del ordenamiento jurídico dentro de un procedimiento especial encaminado a proteger un derecho fundamental, y en ese sentido ha escrito:

Sería el caso de un requerimiento de medida cautelar independiente que se interponga para hacer que cese un daño contra el derecho a la propiedad (Art. 66. 26 CRE) de la persona jurídica “XYZ”, cuyo contenido protegido está siendo vulnerado directamente por un acto de un particular que ha ingresado mercancía extranjera con marca falsificada y le está causando daño grave (Art. 41, 4, c. LOGYC) y que es inadmitida porque el juez considera que la Ley de Propiedad Intelectual (Libro V “De la tutela administrativa de los derechos de propiedad intelectual”), tiene previsto un procedimiento administrativo específico, con medidas cautelares incluidas, rápido y sencillo, para proteger ese derecho fundamental y que se constituye en un mecanismo adecuado y eficiente para tutelarlos; pero el significado de la norma es que existan para proteger el derecho fundamental amenazado o vulnerado. (Zavala et al., p. 344).

En este punto nos alineamos a la posición de Villarreal por ser la interpretación que más se ajusta a la amplitud que ofrecen las medidas cautelares ante los presupuestos de admisibilidad y los requisitos que deben verificarse, pues de esta manera se impide que el juez bajo interpretaciones de legalidad las condicione y limite su acceso, más aún si admitimos que las medidas constitucionales no son subsidiarias ni residuales al estar instituidas como mecanismo directo y eficaz para la protección preventiva de los derechos constitucionales amenazados o vulnerados.

Ejecución de órdenes judiciales.

Cuando se pretende aplicar contra órdenes judiciales, pues las medidas cautelares no tienen como finalidad contradecir los mandatos judiciales, los cuales están sujetos a las

impugnaciones propias del procedimiento previsto según el tipo de juicio dentro del cual hubieren sido dictados y además a ser resueltos en la sentencia sobre lo principal.

Por su parte, la Corte Constitucional para el Período de Transición, en un proceso sobre acción extraordinaria de protección, en cuanto a la improcedencia de las medidas cautelares dejó establecido lo siguiente:

3. Circunstancias en las que no procede la adopción de medidas cautelares constitucionales:

El proceso constitucional de medidas cautelares no está previsto en el ordenamiento jurídico constitucional para: **a)** Cuando existieren medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias; **b)** Cuando se trate de la ejecución de órdenes judiciales; **c)** Cuando se interpongan con la acción extraordinaria de protección de derechos, **d)** Declarar un derecho o discutir una mera expectativa, pues para ello se encuentran previstos los procesos ordinarios; **e)** Reparar un daño o la violación de uno o varios derechos constitucionales, sino solamente para evitar o suspender tal violación. (Sentencia N.º 052-11-SEP-CC, p. 26)

La misma Corte Constitucional para el Período de Transición, en un proceso sobre acción extraordinaria de protección, por cuando con la acción de medidas cautelares se pretendió atacar realmente una orden judicial que fue el acto que dio cumplimiento la accionada, allí se dejó establecido lo siguiente:

El accionante también desnaturaliza el objetivo de la medida cautelar al presentar una demanda de medidas cautelares en contra de la actuación de un órgano administrativo, como lo es la Corporación Aduanera Ecuatoriana, la que actúa en acatamiento de una orden judicial contenida en el auto [...], acto contra el cual, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, ni era procedente ya que en el fondo se trata de la ejecución de una orden judicial, actos sobre los cuales no caben medidas cautelares constitucionales. (Sentencia No. 100-12-SEP-CC, 2012, p. 108)

5.3.5 Requisitos de la acción

Para que el juez constitucional pueda conceder las medidas cautelares dentro de un proceso autónomo es requisito *sine qua non* la existencia de una denuncia o requerimiento de parte, pues en este tipo de tutela se procede, según nuestra legislación, siempre a instancia de parte, es decir, mediante un petitorio formulado por cualquier persona o grupo de personas al juez constitucional, quienes podrán proponer la petición de medida cautelar en forma verbal o por escrito, según lo establece el Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En consecuencia, la acción de medida cautelar para su admisibilidad deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- Que la acción de medida cautelar esté dirigida en contra de un acto público o particular, es decir, por exclusión un acto no judicial, lo cual significa que involucra a cualquier acto ilegítimo y por tanto injusto de los poderes públicos o de un particular, y que específicamente sea atentatorio contra un derecho constitucional.
- Que el acto que representa la amenaza o que en lo fáctico ya es vulnerador de un derecho constitucional debe ser ilegítimo o ilícito y por lo tanto injusto, recalando que ese acto en la realidad puede manifestarse como una acción o como una omisión ilícita.
- Que el acto ilegítimo debe ser violatorio de un derecho constitucional, el mismo que puede estar previsto en la Constitución de la República o en cualquier instrumento internacional de protección de derechos humanos, sin que se excluya la posibilidad de los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, según lo proclama el Art. 11 numeral 7 de la Constitución de la República.
- Que la violación sea de manera inminente (futura) o actual (real), es decir, que la violación ocurrirá inexorablemente si no se actúa en forma urgente e inmediata con la medida solicitada, o cuando la violación está produciendo o se ha producido y se teme que se repita el acto vulnerador.
- Que se cause efectiva o realmente el daño. Al respecto, habíamos dejado establecido que deberá constatarse que la conducta, es decir, la actividad que se

pretende impedir aparezca como la causa idónea o adecuada para producir el daño al derecho, en forma previsible e inexorable, por lo cual en este caso lo que debe quedar evidenciado es una relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño inminente o efectivo respecto al derecho constitucional.

El daño inminente o real debe ser grave. En este sentido tenemos que el daño es grave, según lo establece nuestra legislación en materia constitucional, cuando se advierten cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando se puedan ocasionar daños irreversibles. Al respecto, un daño es irreversible se ha expresado cuando existe “la imposibilidad de rescatar, preservar, o restituir, el bien amenazado a través de alguna medida posterior a la lesión causada [...]” (García, 2000, p. 309, c. p. Villarreal, 2010, p. 96). Por su parte, el antiguo Tribunal Constitucional, dejó establecido:

El daño grave se determina cuando el efecto que ha de producir el acto ilegítimo es grande, cuantioso o casi permanente, es decir, cuando la declaración de voluntad del accionado produce o va a producir una lesión real en el derecho o los derechos del accionante o administrado y sus efectos son perjudiciales en gran medida. (Sentencia 0034-13-SCN-CC, 2013, p. 37)

- b) Por la intensidad del daño. Se hace referencia al nivel de fuerza con que se expresa la amenaza o violación del derecho. Ha señalado Villarreal (2010) que “este supuesto encierra dos nociones, por un lado, el valor, la categoría del derecho violado o amenazado y por otro la fuerza impetuosa con que se afecta ese derecho.” (p. 98) Mientras que Guarderas (2014) ha expresado:

En mi criterio, hay un equívoco respecto a la primera noción pues, de acuerdo con la Constitución, todos los derechos son de igual jerarquía. Por lo tanto, no interesa la clase de derecho violado o amenazado; basta tomar en consideración la fuerza impetuosa con que se afecta ese derecho. (p. 55)

Efectivamente de acuerdo al artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República todos los derechos son de igual jerarquía, por lo cual mal podría

estar relacionado este supuesto a al rango o importancia de un derecho, pues en este aspecto la carta fundamental no hace ninguna distinción.

c) Por la frecuencia del daño. En este sentido Villarreal (2010) ha señalado:

La frecuencia de la amenaza o violación hace relación a la repetición de estos actos dañosos para el derecho. Vale la pena aclarar que el juez no ha de exigir que haya repetición en la amenaza o violación para conceder una medida cautelar, sino que debe considerar a ésta –la frecuencia- como un elemento que le servirá de pauta para establecer que está ante una amenaza o violación grave del derecho.” (p. 98)

Mientras que Guarderas (2014) ha efectuado la siguiente objeción al supuesto: “Este parámetro constituye una serie restricción, a menos que se entienda por frecuencia la repetición de varias amenazas ‘no graves’. Pero considerar que la violación o la amenaza deban reiterarse es restrictivo.” (p. 55)

En este punto de la forma de manifestarse la gravedad de la amenaza o violación de un derecho ha recibido crítica por parte de algunos, pues se sostiene que la sola violación de un derecho constitucional es grave por sí misma. “Al exigirlo, constituye una restricción tanto del derecho como de la garantía pues implica la formalización de las medidas cautelares” (Guarderas, 2014, 55).

La Corte Constitucional para el Período de Transición, sobre este tópico que hace referencia a los requisitos que deben cumplirse para que proceda la acción de medida cautelar en un proceso autónomo, ha establecido lo siguiente:

1. Presupuestos para la adopción de medidas cautelares constitucionales:

Para la adopción de medidas cautelares se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: **a)** que se encuentre comprometido un derecho constitucional; **b)** inminencia cuando se pretenda hacer cesar la amenaza de violación del derecho; y **c)** gravedad –evitar daños irreversibles, hacer cesar la intensidad o frecuencia de la violación. Por ende, se establece que las medidas cautelares no tienen por objeto reparar el daño, sino solamente evitarlo o suspenderlo. Para reparar la violación de

uno o varios derechos constitucionales, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que el mecanismo adecuado para ello son las acciones de fondo o conocimiento. (Sentencia N.º 052-11-SEP-CC, pp. 25-26)

En un caso específico, en el cual el accionante, de acuerdo a que la situación fáctica planteada emergía del marco de la Ley, se había basado en un fundamento estrictamente legal para solicitar las medidas cautelares, la Corte Constitucional para el período de transición, previo a resolver, procedió a formular algunos lineamientos que, señaló, debían observarse en el desarrollo de los procesos autónomos sobre medidas cautelares, estableciendo que constituye una condición básica la de determinar la afectación de un derecho constitucional, pues en el caso que se estaba analizando no se había cumplido con tal presupuesto, y así se lo declaró:

Conforme lo constata la Corte, las medidas cautelares solicitadas están fundamentadas en el inciso tercero del artículo 216 del Código del Trabajo, que posibilita que los trabajadores jubilados puedan solicitar que el empleador les entregue un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales a que tienen derecho como trabajadores jubilados, a fin de que dicho fondo sea administrado por el propio trabajador. Esto claramente evidencia que dicho derecho es de carácter legal y no de carácter constitucional; por lo tanto, las medidas cautelares concedidas carecen de fundamento constitucional, pues no buscan evitar o hacer cesar la amenaza o violación de un derecho constitucional. (Sentencia N.º 052-11-SEP-CC, p. 22)

Inclusive la Corte Constitucional para el período de transición en esa oportunidad señaló que al no haber estado encaminada la acción planteada a precautelar un derecho constitucional, el auto que la concede constituye una vía de hecho, y por ello se torna arbitrario, con el cual se ha terminado vulnerando el derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, pues ante tal situación anómala el accionado ha sido obligado a cumplir pretensiones que solamente podrían ventilarse en un proceso ordinario, claro está si en él se cumplieran con todas las garantías del debido proceso.

5.3.6 Efectos Jurídicos

La decisión sobre el otorgamiento de medidas cautelares en nuestra legislación, no constituye un prejuzgamiento del asunto de fondo que puede ser materia de discusión en una acción principal que se llegare a plantear, ya que mediante esta acción de cautela constitucional no se declara la violación de ningún derecho constitucional y por tanto tampoco se dispone de medida reparatoria alguna, sencillamente porque aquello no es pertinente a la naturaleza de la acción cautelar o tutela preventiva (la tutelar o la autosatisfactiva), lo cual en cambio sí será posible que se resuelva en la correspondiente acción de conocimiento, como es la acción de protección.

Por lo tanto, si la decisión de conceder medidas cautelares no constituye prejuzgamiento del asunto de fondo, tampoco se le podrá endilgar un valor probatorio para a través de ella arribar a una sentencia de fondo, especialmente cuando se la hubiere ordenado en forma autónoma y fuere necesario proponer por cuerda separada la acción reparatoria, y porque no cuando se la hubiera ordenado dentro de la sustanciación de la garantía de protección, que es acción de conocimiento, en la cual se resolverá sobre la violación del derecho constitucional y la forma de repararlo, si así aparece del proceso constitucional instaurado una vez que las partes involucradas hayan controvertidos sus posiciones observando a cabalidad las garantías del debido proceso material y formalmente.

5.3.7 Legitimados activos

No existe limitación respecto a quienes pueden figurar como legitimados activos para instaurar este tipo de acción. Por lo tanto, tenemos que cualquier persona o grupo de personas podrá proponer la petición de medida cautelar, en forma verbal o escrita, según lo establece el Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, disposición que armoniza con la norma contenida en el artículo 9 de la misma Ley que hace referencia a la amplitud de los sujetos habilitados para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y en la Ley, pues tales acciones podrán ser ejercidas por las mismas personas determinadas en el artículo 32 *ibídem*, y además por el Defensor del Pueblo. En consecuencia, pueden plantear este tipo de demanda: a) El afectado directo; b) una tercera persona; y, c) el Defensor del Pueblo o sus Delegados.

Sin embargo, el Art. 9 de la LOGJCC contempla una restricción legal al señalar que Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas: a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) Por el Defensor del Pueblo. Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce. En el caso de las acciones de hábeas corpus y extraordinaria de protección, se estará a las reglas específicas de legitimación que contiene esta ley.

Por su parte, el Art. 86 de la CRE, específico para las garantías jurisdiccionales, amplía a cualquier persona la capacidad para presentar peticiones respecto a las acciones previstas en la Constitución, por lo cual debería aplicarse la norma constitucional que amplía este derecho, por así ordenarlos las normas de los artículos 11 numeral 5 y 427 de la Constitución.

5.3.8 Oportunidad

En la tutela cautelar preventiva es necesario *prima facie* estar en la presencia de un *hecho que amenace de modo inminente y grave con violar o viole efectivamente* un derecho constitucional, por lo cual se requiere de la urgencia para detener el daño a través de una de las tutelas de urgencia, por un lado, la tutela urgente cautelar para el caso que la medida tenga el carácter provisional; y, por otro lado, la tutela urgente autosatisfactiva para el caso que no se requiera de otra decisión que la confirme. En todo caso, vale puntualizar que en la tutela preventiva urgente cautelar o en la autosatisfactiva lo que se busca es detener la amenaza y evitar el daño al derecho.

Ahora bien, tratándose de la tutela preventiva independiente o medida cautelar no siempre se requerirá de una acción principal, pues aquella solo será pertinente cuando haya existido un daño al derecho, el que por haber sido efectivo ha sido detenido e impedido que progrese o se ha evitado que se repita, en cuyo caso para resolver el asunto de fondo se requiere de la acción de protección; pero no cuando lo que se ha logrado es impedir que la amenaza se concrete, pues en tal caso se habría evitado que se produzca el daño, si ello es así habría operado la tutela urgente autosatisfactiva. En conclusión, si hubo un daño

efectivo a un derecho constitucional para obtener la reparación necesariamente debe plantearse la acción de protección, y por el contrario, si no hubo daño al derecho constitucional, porque se eliminó el acto ilegítimo e injusto, no ha menester la acción reparatoria, por ello no se requiere de un proceso principal.

En consecuencia, de acuerdo a nuestra legislación, la acción de medidas cautelares puede plantearse:

- a) Antes de que ocurra la violación, es decir, ante una amenaza que debe ser cierta. En este caso bien podría ser suficiente la medida cautelar autónoma o tutela urgente autosatisfactiva.
- b) Después de ocurrida la violación, esto es, ante la afectación real y efectiva del derecho. En cuyo caso procede la tutela urgente cautelar que requerirá de la acción principal para determinar si hubo violación del derecho constitucional y como consecuencia la reparación integral.

5.4 Procedimientos de la medida cautelar como proceso autónomo

En cuanto al procedimiento, la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional, en correspondencia con el Art. 86 letra a) de la Constitución de la República, ha establecido en el artículo 31, lo siguiente:

En primer lugar, el procedimiento para ordenar las medidas cautelares será informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus etapas, es decir, de manera expresa se está declarando que este procedimiento no estará sujeto a las ritualidades que son propias de los procedimientos ordinarios o de conocimiento; también será sencillo, a tal punto que la demanda puede proponérsela en forma verbal y por estar abierto a todas las personas que se encuentran en situaciones que se les pudieran afectar un derecho constitucional; asimismo será rápido por no estar supeditado al agotamiento de etapas rituales con efectos de preclusión; y, por último, será eficaz, porque todo el procedimiento y los actos que se practiquen deben estar encaminados a prestar la tutela efectiva preventiva si se cumplen las condiciones establecidas en la Constitución y la Ley.

En segundo lugar, la Jueza o el juez tiene la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado, es decir, aquí se representan los dos momentos hacia los cuales está dirigida la

tutela preventiva cautelar: Si estamos frente a una amenaza que irradie la inminencia de daño respecto a un derecho constitucional, entonces lo procedente será eliminar esa amenaza con lo cual se impide que el daño ocurra, y ello se logra con la tutela de urgencia autosatisfactiva; pero si estamos frente a un daño real y efectivo respecto a un derecho constitucional que es necesario detener o impedir que progrese o impedir que se repita, eso se logra con la tutela preventiva urgente de tipo cautelar o anticipatoria.

A este respecto, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que:

La característica de las garantías jurisdiccionales de los derechos de contar con un procedimiento sencillo, rápido y eficaz (artículo 86 numeral 2 literal a) de la Constitución de la República), se acentúa mucho más dentro de la sustanciación de las medidas cautelares, precisamente por el rol de protección preventivo. Por su naturaleza propia de evitar o cesar la amenaza o vulneración de derechos constitucionales, pueden proponerse conjunta o independientemente de las acciones constitucionales (artículo 87 de la Constitución) [...] (Sentencia 0034-13-SCN-CC).

Lo expresado además guarda correspondencia con lo previsto, entre otros, en los numerales 7 y 11 del Art. 4 de la Ley citada, que constituyen normas de aplicación general a todo proceso constitucional.¹³

¹³ **Art. 4.-** Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

7. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.

(...)

11. Economía procesal.- En virtud de este principio, la jueza o juez tendrá en cuenta las siguientes reglas:

- a) Concentración.- Reunir la mayor cantidad posible de cuestiones debatidas, en el menor número posible de actuaciones y providencias. La jueza o juez deberá atender simultáneamente la mayor cantidad de etapas procesales.
- b) Celeridad.- Limitar el proceso a las etapas, plazos y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias.

5.4.1 Forma de presentar la demanda

Según lo dispone el Art. 32 de la LOGJYCC, la demanda puede presentarse en forma oral o escrita, tal como consta del siguiente texto: Cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier jueza o juez. Al efecto, si la demanda es oral, el juez ordenará que el Secretario la transcriba por escrito. Si la demanda es oral o escrita, y existen varios jueces, se deberá radicar la competencia por sorteo. En este caso, en la sala de sorteos se atenderá con prioridad a la persona que presente una medida cautelar. Esta disposición guarda armonía con la norma constitucional contenida en el Art. 86 numeral 2 letra a) de la Constitución, en cuanto a que el procedimiento debe ser rápido.

Siendo oral la presentación de la demanda se hará el sorteo solo mediante la identificación personal del actor. En este sentido, el Art. 86 numeral 2, letra c), de la Constitución de la República, dice: c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.

5.4.2 Juez competente

En cuanto a la determinación del juez competente, y por lo tanto el autorizado para admitir, sustanciar y resolver este tipo de tutela preventiva o acción de medida cautelar, debe tenerse como base la norma contenida en el Art. 86 numeral 3 de la Constitución de la República, en la que se establece que las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las disposiciones allí prescritas, entre la cuales aparece la que señala que será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o el del lugar en que se producen sus efectos. Por lo tanto, la tutela preventiva o acción de medida cautelar podrá ser propuesta o ante el juez constitucional del lugar en se origina el acto o la omisión ilegítima e injusta, o ante el juez del lugar en que se producen los efectos de aquel acto, de acuerdo a la determinación que realice quien platee la petición.

En correspondencia con la norma constitucional citada, el Art. 7 de la LOGJCC establece que será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en

c) Saneamiento.- Las situaciones o actuaciones afectadas por la omisión de formalidades pueden ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establecen.

donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley.

En conclusión, la petición de medida cautelar como proceso autónomo se podrá presentar:

- a) Ante cualquier juez, no interesa la materia.
- b) Para el evento de que exista más de un juez, la competencia se radicará por sorteo que tendrá prioridad.
- c) La demanda debe presentarse ante el juez territorialmente correcto, en cualquiera de los siguientes casos:
 - Puede ser el del lugar donde se produce el acto ilícito, o,
 - El del lugar donde el acto ilícito produce sus efectos.

La inadmisión procede por incompetencia del Juez, en situaciones puntuales determinada en la Ley. En virtud de ello, la jueza o juez ante quien se presente la demanda podrá inadmitir la acción de medida cautelar en dos casos, según lo establece el Art. 7 de la LOGJCC: La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia.

5.4.3 Procedimiento general.

De acuerdo a la normativa constante en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es factible considerar la existencia de un procedimiento general que debe observarse para la sustanciación de la petición sobre medidas cautelares. Al efecto, en el procedimiento general se deben cumplir especialmente los siguientes pasos:

- a) La presentación de la demanda verbal o escrita, tal como lo hemos señalado en líneas precedentes.

- b) Revisión por parte del Juez, pues todas las garantías jurisdiccionales, incluida la tutela preventiva o acción de medida cautelar, deben ser examinadas por el juez constitucional en forma inmediata y urgente, y con sujeción al principio de informalidad de la justicia constitucional, teniendo en cuenta que la Constitución ecuatoriana ha adoptado un rol antiformalista al momento del diseño de las garantías jurisdiccionales; en este sentido la Corte Constitucional ha señalado que para garantizar la efectividad de la justicia constitucional así como el acceso de las personas a estos mecanismos se han diseñado filtros no rígidos con el objeto de cumplir con el mandato constitucional de simplicidad e informalidad en la administración de justicia constitucional. (Dictamen No. 0001-14-DRC-CC, 2014, p. 39)
- c) Otorgamiento o no de la medida cautelar, pues, según el Art. 33 de la LOGJYCC, la jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución, respecto a la cual no se podrá interponer recurso de apelación. Al respecto, si la jueza o juez verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en la Ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes, señalándose además que no requerirá la producción de pruebas para su otorgamiento ni la notificación previa a las personas o instituciones involucradas.

Contra la decisión que la acepta o niega no cabe recurso de apelación.

Conforme lo prescribe el Art. 33 de la LOGJYCC la jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución respecto a la cual no se podrá interponer recurso de apelación. En este sentido, la Corte Constitucional para el período de transición, en relación a la imposibilidad legal existente para proponer recurso de apelación de la resolución que niega petición de medidas cautelares, con ocasión de haberse admitido un recurso de apelación y el superior haber fallado sobre lo principal, ha considerado lo siguiente:

Por tanto, queda claro que si no cabía recurso de apelación de la resolución que negó la petición de medidas cautelares, el mismo ha sido indebidamente concedido por el juez séptimo de lo Civil de Cuenca y también indebidamente conocido y resuelto por el tribunal de alzada, el cual carece de competencia para ello; es

obligación de los jueces, "garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes", asimismo es un derecho de las personas ser juzgadas por un juez o tribunal competente; sin embargo, ello no ha sido observado por los jueces que conocieron y resolvieron la petición de medidas cautelares, incurriendo en vulneración de los derechos consagrados en el artículo 76 numerales 1 y 7 literal k de la Constitución de la República.

Esta indebida actuación de los jueces accionados implica afectar el derecho a la seguridad jurídica, la cual "se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes", conforme lo previsto en el artículo 82 del texto constitucional. Pero la vulneración de derechos se advierte desde la interposición e indebida concesión del recurso de apelación "de la providencia que niega la apelación interpuesta", por parte del representante legal de la compañía Constructora Carvallo A. Z. Cía. Ltda., y del juez séptimo de lo Civil de Cuenca, respectivamente, y todo lo actuado a partir de fojas 59 del proceso N.º 677-2010; por tanto, es evidente que existe vulneración de derechos constitucionales que afectan al Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), derechos que deben ser reparados mediante la presente acción. (Sentencia 0076-12-SEP-CC, pp. 97 y 98)

5.4.4 Procedimiento excepcional

En observancia estricta a la normativa constante en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como advertimos que se ha establecido un procedimiento general que debe seguirse para la sustanciación de la petición de medidas cautelares como acción autónoma, también encontramos situaciones que requieren una sustanciación variada y que merecen estudiarse bajo el rubro de un procedimiento excepcional, para diferenciarlo del procedimiento general analizado en el punto precedente. Con tal precisión, en términos generales el procedimiento excepcional se caracteriza por lo siguiente:

- a) Presentación de la solicitud o demanda, que constituye el requisito *sine qua non* en el procedimiento general, conforme lo señalamos en líneas precedentes.
- b) Revisión por parte del Juez. En este punto son aplicables las mismas consideraciones realizadas al analizar el procedimiento general, sobre todo el

principio de informalidad que rige para el ejercicio de toda la justicia constitucional.

- c) Audiencia, en caso de ser necesaria. Como lo hemos señalado la regla general es de que no se llame a audiencia para el otorgamiento o denegación de la solicitud de medidas cautelares, toda vez que el juez adoptará la resolución por los méritos de los hechos que evidencien o no reunirse los requisitos señalados en la Ley, aunque por excepción, la jueza o el juez puede disponer la realización de una audiencia antes de resolver sobre el otorgamiento de las medidas, según lo prescribe el Art. 36 de la LOGJYCC.
- d) Otorgamiento o no de la medida cautelar, según la regla del Art. 33 de la LOGJYCC, que establece que la jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación. Al respecto, en este caso si la jueza o juez luego de realizada la audiencia verifica que se reúnen los requisitos previstos en la Ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares, precisándose que en este caso pueden haberse producido pruebas para su otorgamiento, y señalando además que tal audiencia debió llevarse a cabo con notificación a las personas o instituciones involucradas.
- e) No cabe recurso de apelación. De acuerdo a la regla general prevista en el Art. 33 de la LOGJYCC 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 este aspecto nos remitimos a la posición de la Corte Constitucional esbozada en el punto precedente.

Bajo este rubro de un procedimiento excepcional que debe adoptarse para atender determinadas situaciones que se presentan una vez que se han concedido las medidas cautelares, teniendo en cuenta siempre la normativa legal vigente, y siguiendo la línea del profesor Salmon (2012) encontramos que también pueden considerarse los siguientes casos:

- En primer lugar para modificar las medidas cautelares, según se advierte de la facultad prevista en la norma contenida en el Art. 36 de la LOGJYCC.

- En segundo lugar, para solicitar la revocatoria de las medidas cautelares en los casos previstos en la Ley, según se advierte de la norma con tenida en el Art. 35 de la LOGJYCC.
- En tercer lugar, para supervisar las medidas cautelares. En este caso, el procedimiento está destinado a verificar el cumplimiento de las medidas cautelares ordenadas, ya directamente o ya indirectamente a través de un tercero delegado, según se advierte de los artículos 34 y 36 de la LOGJYCC.
- Y, por último, cuando se presente alguna situación especial, en virtud de la cual se hace necesario activar un procedimiento especial como el que venimos señalando que tiene un propósito específico.

5.4.5 Cumplimiento y supervisión de ejecución de la medida cautelar

Por disposición de la Ley corresponde al juez constitucional realizar un seguimiento para constatar que se cumpla a cabalidad la resolución que otorgó las medidas cautelares, pues las mismas están destinadas a eliminar toda amenaza que ponga en riesgo un derecho constitucional, por ser inminente su vulneración; o también, cuando hubieren sido dictadas para detener o evitar que se repita la vulneración al derecho constitucional, advirtiéndose en este caso, que aquellas medidas deben estar activas y tener eficacia mientras se mantengan vigentes las condiciones que autorizaron al juez a concederlas, pues en tal caso solo dejarán de existir en el momento que se resuelva la situación de fondo en un proceso adecuado.

Al respecto, esa obligación de seguimiento la puede cumplir el juez constitucional, en dos formas:

- a) Directamente, es decir, por sí mismo utilizando todos los mecanismos necesarios para darle efectividad a las medidas.

En la siguiente transcripción aparece evidenciada la intervención directa de la juez constitucional en la ejecución de la medida cautelar, a pesar que la autoridad que debió cumplirse no lo hizo.

El accionante afirma que el ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca no cumplió el mandato judicial, a pesar de que intervino la Defensoría del Pueblo por

delegación de la judicatura, por lo cual, según afirma el legitimado activo, la jueza noveno de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Guayaquil procedió a la ejecución de su sentencia de medidas cautelares, dirigiendo el oficio N.º 3279-931-2010JFMNA9 del 18 de noviembre del 2010 al registrador de la propiedad de Guayaquil, mediante el cual ordenó que se inscriba la resolución del 21 de mayo del 2010 a las 08h30, dictada por el ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca en el expediente N.º 074-R-2003- RTV, acto que fue cumplido por el registrador de la propiedad de Guayaquil el 24 de noviembre del 2010, como se indica en el oficio N.º 7090-2010RPG del 24 de noviembre del 2010, remitido por el registrador de la propiedad a la jueza noveno de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Guayaquil. (Sentencia No. 025-12-SIC-C, pp. 21-22)

b) Indirectamente, a través de un tercero delegado.

En este último caso, tenemos que esa delegación puede estar encomendada a las siguientes instituciones:

- I. La Defensoría del Pueblo; y,
- II. Una institución estatal encargada de la protección de Derechos.

En esa misma línea para que las medidas cautelares tengan efectividad, la Corte Constitucional del Ecuador reitera la función de los jueces constitucionales en esta materia, tal como se lee del siguiente texto: “[...] h) La jueza o juez tienen la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares, hacer el seguimiento de las mismas, e informar a las partes sobre la necesidad de mantener las medidas.” (Sentencia 0034-13-SCN-CC, p. 40)

5.5 Procedimiento para revocatoria:

¿Cuáles son las condiciones para solicitarla?

- a) Cuando se hubiere evitado o interrumpido el daño
- b) Cuando hayan cesado los requisitos determinados en la Ley para su procedencia
- c) Si no se cumplieron los fundamentos para su otorgamiento

La Corte Constitucional para el Período de Transición sobre la procedencia de la revocatoria de medidas cautelares ha expresado lo siguiente:

3.- Revocatoria de medidas cautelares constitucionales por falta de fundamento constitucional: Cuando la solicitud de revocatoria de las medidas cautelares sea interpuesta por considerar que no existe fundamento constitucional para su adopción, la condición de presentar un informe sobre el cumplimiento de las medidas cautelares concedidas para que proceda dicha solicitud de revocatoria, sin que ello signifique menoscabar la efectividad de la medida cautelar, y adoptarse por parte del juez constitucional las medidas coercitivas necesarias para su eficaz cumplimiento, no constituye impedimento o motivo para que el juez constitucional, que incluye a las Cortes Provinciales de Justicia, en sede de apelación, valore y se pronuncie sobre los argumentos o pruebas presentadas con tal solicitud de revocatoria, pudiendo incluso convocar a audiencia para discutirlo, conforme lo prevé el artículo 36 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues dicha valoración y pronunciamiento forma parte del derecho a la defensa del peticionario. (Sentencia No. 052-11-SEP-CC, p. 26)

Mientras que la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido la siguiente regla:

[...] g) En el caso de las medidas cautelares autónomas, de ser procedentes, deben ser ordenadas en la primera providencia. El destinatario de la medida cautelar podrá solicitar a la misma jueza o juez que dictó la medida su revocatoria por las causales establecidas en la ley. Cuando la jueza o juez considere que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, que podrá ser apelado en el término de tres días.” (Sentencia 0034-13-SCN-CC, p. 40)

Procedimiento para Revocatoria: Trámite

El demandado solicita al juez constitucional la revocatoria de la medida cautelar. Para tal efecto, alega y argumenta la causal que fuere aplicable para revocar la medida, especialmente cuando hubiere sido concedida inaudita parte, pues en tales circunstancias el juzgador deberá si lo considera necesario convocar a audiencia a las personas involucradas con la finalidad de proveerse de argumentos suficientes para adoptar la resolución adecuada.

Cumplido lo anterior el juez dispone lo pertinente, aceptando la revocatoria o negando la solicitud dirigida a tal propósito. Particularmente en el supuesto de una decisión que contiene la negativa de revocatoria de una medida cautelar cabe interponer recurso de apelación en el término de tres días; y, si la decisión hubiera sido de revocarla las medidas entonces tenemos que el actor también podría apelar de la decisión, sobre la base de que no existe normativa que haya vedado ese recurso

5.6 Revisión de providencias

Toda providencia por la cual se conceda o niegue las medidas cautelares será remitida a la Corte Constitucional. En este caso, esa obligación ha sido impuesta al Juez Constitucional, a quien corresponde cumplir con la mentada remisión. Además se ha establecido que en cada caso resuelto se debe remitir a la Corte un informe sumario sobre la situación litigiosa y lo resuelto por el Juez Constitucional. Al efecto, la Corte Constitucional seleccionará los casos que corresponda, revisando lo resuelto y pronunciándose al respecto.

5.7 Jurisprudencia constitucional

A lo largo de este trabajo investigativo el análisis de los temas que estructuran esta tesis han sido complementados con los criterios emitidos por la Corte Constitucional para el periodo de transición en fallos relacionados con acciones extraordinaria de protección y un caso de selección, así como un fallo emitido por la Corte Constitucional del Ecuador dentro de una consulta que le fue planteada, que conforman la jurisprudencia constitucional. En esas sentencias, específicamente, en la *ratio decidendi* se advierten consideraciones jurídicas importantes que constituyen precedentes de manera especial para los jueces constitucionales, pues constituyen reglas que deben aplicarse en los procesos constitucionales. Respecto a la expresión jurisprudencia, Rafael Oyarte (2014) ha señalado:

[...] que se suele confundir a la jurisprudencia con la sentencia y con el precedente vinculante. La jurisprudencia es el conjunto de fallos dictados en el mismo sentido

por los jueces y tribunales relativos a un mismo punto de derecho. La sentencia, en cambio, es la providencia por la que el juez decide el o los asuntos principales del juicio (Art. 269 CPC), [...] Una sentencia contiene una decisión, la misma que tiene fuerza obligatoria solo respecto de la causa en que se pronuncia (Art. 3 CC), razón por la cual el fallo solo beneficia o perjudica, en principio, a los justiciables. Pero toda sentencia, además de contener una decisión, se basa en un razonamiento (Art. 76, No. 7, letra 1, CE). Esta *ratio decidendi*, parte motiva del fallo, es lo que establece el precedente, y es ese precedente el que configura la jurisprudencia. (p. 30)

5.7 Recapitulación

En esta parte las medidas cautelares han sido analizadas desde tres vertientes: de acuerdo a la doctrina, siguiendo a la normativa vigente en Ecuador y teniendo en cuenta los pronunciamientos del máximo órgano de interpretación y administración de justicia constitucional en el Ecuador.

Así se advierte que en el Derecho Procesal contemporáneo se ubica a la tutela cautelar dentro de la Tutela Urgente (integrada además con las medidas autosatisfactivas y tutela anticipatoria, o interinal), la cual es, a su vez, una especie de la llamada Tutela diferenciada. A la *tutela cautelar* se la ubica como modalidad de la *tutela judicial*, y como tal está destinada a viabilizar la efectividad de la tutela en el proceso de declaración en el juicio principal, afectando de manera adecuada la esfera jurídica del demandado.

Asimismo la doctrina identifica a la medida cautelar como una tutela inhibitoria o preventiva. Inhibitoria porque tiende a impedir la práctica, la repetición o la continuación del acto ilícito que puede producir efectos graves por constituir violaciones irreversibles, por la intensidad o por la frecuencia de la violación. Se impide al demandado producir el acto ilícito, sea una acción o una omisión.

La tutela urgente se presenta en sus dos vertientes: como cautelar y como autosatisfactiva. La cautelar requiere la demostración de verosimilitud del derecho en

cuanto se la requiere para impedir o detener un acto ilícito, además que es provisional, accesoria e instrumental; la autosatisfactiva exige demostrar la existencia de una probabilidad de daño al derecho, en este caso es definitiva y autónoma de otro proceso.

Por su parte, en la legislación ecuatoriana, las medidas cautelares constitucionales han sido concebidas como un mecanismo de defensa y protección de los derechos de los nacionales y extranjeros, sin ninguna distinción. Esas medidas constituyen una garantía jurisdiccional con particularidades específicas que las distinguen de las acciones de conocimiento, además que encuentran sustento como tutela preventiva en la tutela judicial efectiva.

La finalidad de las medidas cautelares constitucionales consiste en preservar, de manera efectiva, los derechos, bien de forma preventiva (evitando), bien de forma suspensiva (interrumpiendo o cesando), pero aclarando que no se puede proscribir la finalidad primigenia de las medidas cautelares de aseguramiento del resultado que se obtendrá en la garantía de conocimiento.

Por último, cada componente de las medidas cautelares constitucionales ha sido analizado teniendo en cuenta los pronunciamientos demitidos por el máximo órgano de justicia constitucional en Ecuador, con la única finalidad de evidenciar la observancia de la normativa vigente, especialmente la constitucional, en los casos concretos en los que se han atendido este tipo de medidas.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Se utilizará el enfoque de investigación cualitativo, en virtud que se realizará un estudio descriptivo mediante la aplicación de la técnica de análisis documental, teniendo en cuenta para tal efecto los estudios existentes en torno a los derechos, el sistema de protección de derechos a nivel americano, el sometimiento de todos los poderes al sistema jurídico que proponen los modernos estados constitucionales, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la Constitución de la República de 2008 y la normativa vigente en torno al sistema de garantías establecido para la realización de la supremacía constitucional y de los derechos humanos.

Asimismo constituye material de obligatorio análisis el que está conformado por algunos fallos emitidos por los organismos internacionales y por el ente nacional autorizado para administrar justicia constitucional desde el año 2008, en este caso, solo en relación a la temática de las medidas cautelares. Al efecto, en la jurisprudencia nacional el criterio empleado para tal análisis ha estado dirigido a constatar si en los casos resueltos se han cumplido los parámetros constitucionales y legales vigentes, y cuáles son las reglas impartidas por el máximo organismo de Justicia Constitucional en Ecuador: La Corte Constitucional.

Al final, con esta investigación se ha pretendido señalar, a manera de pautas, algunas líneas maestras que deben ayudar al conocimiento y comprensión de esta herramienta constitucional, así como coadyuvar en la formulación de criterios que deben observarse en los procesos constitucionales en los casos concretos sometidos a resolución, así como también a todos los estamentos de la sociedad, tanto los entes del Estado en sus diversas ramificaciones como los propios particulares.

Hipótesis

¿En las sentencias dictadas por los jueces constitucionales sobre petición de medidas cautelares para la protección de derechos se aplican adecuadamente los criterios

establecidos en la normativa interna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos?

Tipo de investigación

El presente trabajo se desarrolla mediante un tipo de investigación pura, descriptiva, transversal y macrosocial.

Es pura porque se busca acrecentar los conocimientos teóricos para manejar correctamente las acciones constitucionales de medidas cautelares que han sido establecidas para la defensa y protección de los derechos constitucionales y humanos ante las amenazas de vulneración, o la efectiva vulneración por actos ilícitos emitidos por los entes públicos o los particulares.

Es descriptiva porque consiste fundamentalmente en caracterizar una situación concreta indicando los rasgos más peculiares que identifican a la institución denominada medidas cautelares constitucionales, tomando como para el estudio la normativa nacional e internacional sobre derechos humanos aplicable, como por las sentencias producidas en la País como en el sistema interamericano.

Es de tipo transversal porque con los fallos constitucionales expedidos en Ecuador se pretende describir una problemática y analizar la incidencia e interrelación de los factores que la integran de parte de los administradores de justicia constitucional.

Es macrosocial porque involucra a todo el País, pues para determinar el *alcance de las medidas cautelares como medio de protección a priori de los derechos constitucionales*, ha sido necesario acudir especialmente a la normativa interna, tanto la constitucional como la secundaria, así como los fallos producidos hasta el momento por el máximo órgano de justicia constitucional con competencia en toda la República: Corte Constitucional.

CAPÍTULO IV

MARCO ADMINISTRATIVO

Plan de Trabajo

Recursos:

Institucionales: Especialmente fue necesario acudir a la Biblioteca de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Santiago de Guayaquil, visitar especialmente las oficinas de los administradores de justicia constitucional en la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Materiales: Revisión de la doctrina científica en materia constitucional. Análisis del Derecho comparado más avanzado en esta materia, especialmente la de aquellos países que han sido referentes para muchas legislaciones en el mundo. Examen de las resoluciones emitidas por los organismos de protección de los derechos humanos en nuestra región y en Europa.

Técnicos: Contar con los siguientes instrumentos:

- Computadora
- Impresora
- Internet

Humanos: Asesoramiento y ayuda profesional para el uso de las bondades del Software y programas informáticos para la elaboración de la tesis.

Económicos:

Redimibles

Maestría costo Ocho Mil dólares de los Estados Unidos de América.

Bibliografía, especialmente sobre doctrina extranjera, cuya inversión, leyes, registros oficiales, entre otros, por Cinco Mil dólares de los Estados Unidos de América.

No Redimibles

- Copias, hojas, tintas, internet, transporte.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES:

- Con el afianzamiento de los derechos todos gozan de una misma categoría, pudiéndoselos identificar como aquellos derechos que protegen un espacio de la libertad individual frente a los demás y en relación al mismo Estado; los derechos económicos, sociales y culturales que están en cabeza del Estado en favor de los individuos, también conocidos como prestacionales; y, los derechos de los pueblos y de las generaciones futuras.
- Los derechos aparecen exteriorizados en normas cerradas y abiertas, ya que la normativa jurídica está conformada por reglas y principios. Las reglas contemplan el caso genérico en forma cerrada y se les aplica el método subsuntivo (regla de acción) o finalista (regla de fin); mientras que los principios, los propiamente dichos y las directrices, como no contemplan el supuesto genérico en forma cerrada sino que lo hacen en forma abierta, requieren del método de ponderación y proporcionalidad para encontrar la regla que permita aplicar a su vez alguno de los dos modelos: el subsuntivo o el finalista.
- Los jueces no solo aplican reglas sino también principios. Esto último ocurre en los siguientes casos: Cuando no existe una regla aplicable a un caso concreto, situación que es conocida como laguna normativa; o también, cuando existe una regla pero ella es incompatible con los valores y principios establecidos por el sistema, en cuyo caso se dice que estamos ante una laguna axiológica.
- En la concepción clásica las medidas cautelares estuvieron concebidas sobre la base de un proceso principal en el que se desarrolla la pretensión del demandante que debe ser resuelta en sentencia luego de transcurrir un largo período en el que se producen pruebas y debates. Pero hasta que eso ocurra y se concluya el proceso principal es necesario asegurar que la composición del caso no pierda efectividad cuando llegue el momento. En tales circunstancias, las medidas cautelares tuvieron y siguen teniendo como fin inmediato asegurar la

eficacia de la sentencia y como fin mediato el derecho o la situación cautelada expresada en la pretensión.

- Los presupuestos que deben cumplirse para su otorgamiento son la apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*), no de la certeza del derecho, sino de la probabilidad de que si es cierto la sentencia de fondo así lo admitirá. Y el peligro en la demora (*periculum in mora*), por cuanto por el formulismo procesal para preparar la contienda al estado de sentencia se requiere de un tiempo prudencial, dentro del cual podría alterarse el objeto o situación pretendida.
- Este tipo de medidas son instrumentales por cuanto acceden a un proceso principal, son temporales por estar relacionadas al juicio principal y a otras situaciones procesales, siendo por ello provisionales y no definitivas; además son revocables.
- Las medidas cautelares en la concepción del sistema internacional tienen como finalidad primordial la protección directa de los derechos humanos, en los casos en que la afectación fuere inminente y grave o realmente estuvieren siendo afectados. Tienen como propósito evitar, detener o suspender su vulneración, en virtud que esa situación no puede esperar a la resolución que se deba obtener en un proceso principal, más aun cuando en este ámbito es el Estado a quien le corresponde brindar protección.
- Los presupuestos que deben cumplirse para su otorgamiento son: peligro en la demora (*periculum in mora*), apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*) y la adecuación, los cuales se trasuntan desde la concepción clásica, pero con las particularidades que les impone la nueva orientación de protección directa de los derechos humanos. La instrumentalidad, la provisionalidad y la revocabilidad también son acogidas, pero con sus particularidades, pues hoy aquellas medidas constituyen un mecanismo autónomo de protección de derechos, con total independencia de un proceso y de una sentencia.
- Tanto las medidas cautelares que son de competencia de la Comisión como las medidas provisionales que son de competencia de la Corte apuntan a un mismo

propósito que es el que identifica al sistema interamericano de derechos humanos. Merece especial atención el desarrollo alcanzado por parte de los diversos órganos del sistema en pro de la protección de los derechos, siendo plausible la actividad que ha venido desarrollando la Comisión, en su labor de coadyuvar en la protección de los derechos, cuya competencia en la adopción de medidas cautelares sigue sumando adeptos.

- Ambos órganos en los ámbitos de sus competencias han mostrado predisposición para ampliar la cobertura de los derechos y sujetos protegidos por el sistema. Ello se observa cuando en los fallos se hacen prevaler aquellos principios que apuntan a la consolidación de los derechos, como el principio *pro homine*, que constituye el núcleo del sistema internacional, pues en base a esa orientación todas las normas de los instrumentos internacionales siempre deberán interpretarse a favor del ser humano, sobreponiéndose a los formulismos sacramentales que atentan a la dignidad de las personas.
- En el Derecho Procesal contemporáneo se ubica a la tutela cautelar dentro de la Tutela Urgente (integrada además con las medidas autosatisfactivas y tutela anticipatoria, o interinal), la cual es, a su vez, una especie de la llamada Tutela diferenciada. A la *tutela cautelar* se la ubica como modalidad de la *tutela judicial*, y como tal está destinada a viabilizar la efectividad de la tutela en el proceso de declaración en el juicio principal, afectando de manera adecuada la esfera jurídica del demandado.
- La doctrina identifica a la medida cautelar como una tutela inhibitoria o preventiva. Es inhibitoria porque tiende a impedir la práctica, la repetición o la continuación del acto ilícito que puede producir efectos graves por constituir violaciones irreversibles, por la intensidad o por la frecuencia de la violación. Se impide al demandado producir un acto ilícito, sea una acción o una omisión. Como proceso de conocimiento no declara un acto como ilícito, sino que solamente inhibe el daño que causa su comisión, condenando al demandado a un hacer o a un no hacer.
- Dentro del proceso urgente se reconocen las medidas cautelares que no constituyen un fin en sí mismas, pues están preordenadas a la emanación de una

sentencia definitiva y a un resultado final que aseguran contribuyendo a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia; y, las medidas autosatisfactivas que se agotan por su sola expedición favorable a solicitud del requirente que reclama contra un daño inminente, haciéndose innecesario otro proceso ulterior o acción principal.

- La tutela urgente se presenta en sus dos vertientes: como cautelar y como autosatisfactiva. La cautelar requiere la demostración de verosimilitud del derecho en cuanto se la requiere para impedir o detener un acto ilícito, siendo provisional, accesorio e instrumental; la autosatisfactiva exige demostrar la existencia de una probabilidad de daño al derecho, en este caso es definitiva y autónoma de otro proceso.
- En la normativa interna las medidas cautelares constitucionales han sido concebidas como un mecanismo de defensa y protección de los derechos de los nacionales y extranjeros, sin distinción. Constituyen una garantía jurisdiccional con particularidades específicas que las distinguen de las acciones de conocimiento, además que encuentran sustento como tutela preventiva en la tutela judicial efectiva.
- La finalidad de las medidas cautelares en los procesos constitucionales consiste en preservar, de manera efectiva, los derechos, bien de forma preventiva (evitando), bien de forma suspensiva (interrumpiendo o cesando), pero aclarando que no se puede proscribir la finalidad primigenia de las medidas cautelares de aseguramiento del resultado que se obtendrá en la garantía de conocimiento.
- Para establecer si existe la posibilidad de que se produzca la violación de un derecho constitucional es necesario constatar la concurrencia de tres elementos: En primer lugar, estar frente a una “amenaza”; en segundo lugar, que esa amenaza desencadene un “daño”; y, en tercer lugar, que ese daño repercuta directamente sobre un “derecho” constitucional.
- Para reclamar por la causación de un daño que amenaza con producirse o en su defecto la no continuación del daño ya iniciado, es necesario que la conducta

que genera esos riesgos y lesiones se despliegue sin respaldo del Derecho. Esos actos ilícitos o antijurídicos, pueden ser típicos o atípicos, según que la norma regulativa se origine en una regla o en un principio.

- Solo ante una conducta ilícita, por ello injusta o irracional, que *amenaza* de modo inminente y grave producir un daño a un derecho constitucional o cuando se está produciendo la vulneración o existe la violación en forma real, se justifica la adopción de medidas cautelares tendientes a impedir que se consuma la amenaza, a detener la violación o a que no se repita la vulneración.
- La atención al caso que se plantee está dada por la urgencia de evitar el daño al derecho que se avizora por una amenaza inminente y grave o por una efectiva vulneración del derecho, por lo cual resulta injustificada la demora en la solución que se podría obtener acudiendo a un proceso ordinario lleno de formalismos hasta que se decida la situación de fondo, precisamente por el *periculum in mora*.
- Las Constituciones modernas proveen de una tutela judicial oportuna y rápida para brindar protección al derecho constitucional amenazado o afectado: a) de manera provisional mediante una medida cautelar; y, b) con una medida definitiva que opera mediante una medida urgente autosatisfactiva.
- La Corte Constitucional ha establecido que la acción de medidas cautelares no puede tener un objeto propio como el que corresponde a una garantía de conocimiento, pues la medida cautelar autónoma no es garantía de conocimiento, como si lo es la acción de protección que es pertinente cuando existe vulneración de un derecho constitucional, que así lo declara y dispone su reparación integral; mientras que el objeto de las medidas cautelares es precisamente lo contrario, evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, mas no la reparación
- La acción de medidas cautelares está dirigida a derechos que provengan: a) de rango constitucional; o, b) que estén consignados en cualquier instrumento internacional relativo a la protección de derechos humanos y fundamentales.

- La Corte Constitucional para el período de transición, entre otros aspectos, ha proclamado que las medidas cautelares tienen como finalidad primordial tutelar derechos constitucionales, y no meramente legales.
- Las medidas cautelares están configuradas para ser adoptadas bajo los siguientes presupuestos: 1. Hacer cesar la amenaza a un derecho constitucional –se evita que la violación se consume–; y 2. Hacer cesar la violación del derecho constitucional –se interrumpe la violación– del derecho.
- Las principales características que presentan las medidas cautelares, tanto las que se plantean en forma conjunta o en proceso autónomo, son las siguientes: Deben ser adecuadas, eficaces, urgentes, inmediatas y *numerus apertus*.
- La improcedencia de medidas cautelares se da en los siguientes casos: Existencia de medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias; cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales y en las acciones extraordinarias de protección.
- |Los requisitos de la acción de medida cautelar son: Que la acción esté dirigida contra un acto público o particular; que el acto que representa la amenaza o que en lo fáctico ya es vulnerador de un derecho constitucional debe ser ilegítimo o ilícito y por lo tanto injusto; que la violación ocurrirá inexorablemente si no se actúa en forma urgente e inmediata con la medida solicitada, o cuando la violación está produciendo o se ha producido y se teme que se repita el acto vulnerador. Que se cause efectiva o realmente el daño.
- El daño inminente o real debe ser grave. El daño es grave cuando se cumplen cualquiera de los siguientes supuestos: Cuando se puedan ocasionar daños irreversibles, por la intensidad del daño y por la frecuencia del daño.
- La decisión sobre el otorgamiento de medidas cautelares no constituye prejuzgamiento del asunto de fondo que puede ser materia de discusión en una acción principal, ya que mediante esta acción de cautela constitucional no se declara la violación de ningún derecho y no se dispone de medida reparatoria alguna.

- Por imperio del Art. 86 de la Constitución, cualquier persona tiene capacidad para presentar peticiones respecto a las acciones previstas en la Constitución, antes que el Art. 9 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que las restringe a los afectados y sus parientes.
- La acción de medidas cautelares puede plantearse: a) Antes de que ocurra la violación, es decir, ante una amenaza que debe ser cierta. En este caso puede ser suficiente la medida cautelar autónoma o tutela urgente autosatisfactiva. b) Después de ocurrida la violación, esto es, ante la afectación real y efectiva del derecho. Aquí procede la tutela urgente cautelar que requiere de la acción principal para determinar si hubo violación del derecho constitucional y como consecuencia la reparación integral.
- En primer lugar, el procedimiento para ordenar las medidas cautelares será informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus etapas, es decir, sumario. En segundo lugar, la Jueza o el juez, buscará los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado
- La demanda puede presentarse en forma oral o escrita, ante cualquier jueza o juez. Si la demanda es oral, el juez ordenará que el Secretario la transcriba por escrito. Si la demanda es oral o escrita, y existen varios jueces, se deberá radicar la competencia por sorteo. En este caso, en la sala de sorteos se atenderá con prioridad a la persona que presente una medida cautelar. Siendo oral la presentación de la demanda se hará el sorteo solo mediante la identificación personal del actor.
- La petición de medida cautelar como proceso autónomo se podrá presentar: Ante cualquier juez, no interesa la materia; para el evento de que exista más de un juez, la competencia se radicará por sorteo que tendrá prioridad; debe presentarse ante el juez territorialmente correcto, que puede ser: a) el del lugar donde se produce el acto ilícito, o, b) el del lugar donde el acto ilícito produce sus efectos.
- De acuerdo a la normativa legal vigente existen dos procedimientos: uno llamado general y otro denominado excepcional. Este último es aplicable para

modificar las medidas cautelares; para solicitar la revocatoria de las medidas cautelares en los casos previstos en la Ley; para supervisar las medidas cautelares; y, por último, cuando se presente alguna situación especial, en virtud de la cual se hace necesario activar un procedimiento especial.

- Respecto al cumplimiento y supervisión, el juez constitucional podrá cumplirla en dos formas: Directamente, o indirectamente, a través de un tercero delegado, que puede ser: La Defensoría del Pueblo; y, una institución estatal encargada de la protección de Derechos.
- Las condiciones que deben cumplirse para solicitar la revocatoria de medida cautelar son las siguientes. a) Cuando se hubiere evitado o interrumpido el daño; b) Cuando hayan cesado los requisitos determinados en la Ley para su procedencia y, c) si no se cumplieron los fundamentos para su otorgamiento.
- Toda providencia por la cual se conceda o niegue las medidas cautelares será remitida a la Corte Constitucional.
- En un fallo dictado por la Corte Constitucional hace constar que ha advertido que en la activación de medidas cautelares constitucionales existen confusiones por parte de los operadores de justicia que las conocen. En virtud de ello establece reglas de carácter obligatorio.
- Que el conocimiento cabal de esta acción constitucional contribuye a la eficacia de la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y en definitiva la realización de los derechos del buen vivir que es adonde apunta la Constitución de la República.

2. RECOMENDACIONES

- Actualización en forma periódica a los jueces constitucionales en base las líneas sentadas por la Corte Constitucional.
- Promover la participación de las instituciones y organismos que promueven la defensa de los derechos humanos respecto al uso adecuado de las garantías jurisdiccionales, especialmente, la de medidas cautelares.

- Que las Universidades y centros de educación superior promuevan cursos de formación y actualización en el tema de garantías jurisdiccionales y medidas cautelares.
- Empoderar a la ciudadanía de esta herramienta para la defensa de sus derechos frente a amenazas y violaciones por actos ilegítimos e injustos del Estado y de los particulares, sobre la base que con esta herramienta tendrán efectividad los derechos del buen vivir.
- Tomar como referente los lineamientos dados por la Corte Constitucional en materia de medidas cautelares.
- Tomar como referencia especialmente las resoluciones emitidas por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.
- Que los operadores de justicia deben constituirse en verdaderos garantes de los derechos constitucionales de quienes acuden con sus acciones, tanto de los accionantes como de los accionados.

Bibliografía

- Atienza, M. (2006). *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Baquerizo, J., & Leuschner, E. (2011). *Sobre neoconstitucionalismo, principios y ponderación*. Lima: Edilex S.A. Editores.
- Carbonell, M. (2010). *Neoconstitucionalismo y Derechos fundamentales*. Quito: Cevallos.
- Carbonell, M. (2010a). *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos claves*. Lima: Palestra.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (20 de Octubre de 2000). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Comunidades Indígenas Mayas contra Bélize: <http://www.cidh.org/medidas/2001.esp.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (11 de Mayo de 2000). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Caso contra Colombia: <http://www.cidh.org/medidas/2000.sp.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (26 de Mayo de 2000). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Organización Femnina Popular: <http://www.cidh.org/medidas/2000.sp.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (16 de Octubre de 2000). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Medidas Cautelares 2000: <http://www.cidh.org/medidas/2000.sp.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (4 de abril de 2001). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU12.243.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1 de Marzo de 2001). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Medidas Cautelares en Caso La Nación (Herrera Ulloa) contra Costa Rica: <http://www.cidh.org/medidas/2001.esp.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Informe Anual: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap3d.2006.sp.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (29 de Enero de 2010). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Caso MC 385-09: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2 de Mayo de 2012). Obtenido de Medidas Cautelares 2012: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (20 de Noviembre de 2012). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Medidas Cautelares 2012: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (30 de Junio de 2014). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Caso MC 141/14 Wilfrido Matos y Otros contra Bahamas: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (20 de Junio de 2014). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Caso MC 218/14 contra Colombia: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s. f.). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Medidas Cautelares: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s. f.). *Sobre Medidas Cautelares*. Obtenido de Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- Comisión Interamericano de Derechos Humanos. (29 de Febrero de 2000). Obtenido de Medidas Cautelares 2000: <http://www.cidh.org/medidas/2000.sp.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (4 de Septiembre de 1997). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Caso Loyza Tamayo vs Perú: http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoLoayzaTamayoVsPeru_Fondo.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (4 de Mayo de 2004). Obtenido de Caso Liliana Ortega y otros contra Venezuela: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/medidas-provisionales>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de abril de 2009). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/medidas-provisionales>
- Cruz, A. (1992). *Las Acciones del Acreedor*. Guayaquil: Ecuador.
- Dictamen No. 0001-14-DRC-CC, Caso No. 0001-14-RC (Corte Constitucional del Ecuador 31 de Octubre de 2014).
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta.
- García, E., & García, J. (2005). *Medidas Cautelares*. Bogotá: Temis.
- Guarderas, S. (2014). *Medidas Cautelares en procesos constitucionales*. Quito: Cevallos.

- Hernández, M. (2005). *La Tutela Judicial Efectiva como instrumento esencial de la Democracia*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Marín, J. (2004). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Nuques, T., & Velazquez, S. (2008). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Guayaquil: Edino.
- Pérez, E. (2012). Las Medidas Cautelares Constitucionales. En A. Pérez, *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales* (págs. 25-54). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Rey, E., & Rey, Á. (2008). *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Temis.
- Salgado, H. (2012). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Ediciones Legales.
- Salmon, C. (2012). *El Control Constitucional. Medidas Cautelares como proceso autónomo*. Guayaquil: Material Maestría en Derecho Constitucional Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Sentencia 0034-13-SCN-CC, Caso 0561-12-CN (R.O. Suplemento 42 de 23 de Julio de 2013) (Corte Constitucional del Ecuador 30 de Mayo de 2013).
- Sentencia No. 00-25-12-SIC-C, Caso No. 0024-11-IS (R.O. S. 154 de 3 de enero 2014) (Corte Constitucional para el período de transición 7 de Junio de 2012).
- Sentencia No. 001-10-PJO-CC, Caso No. 0999-09-JP (Gaceta Constitucional 001, R.O. S2 de 29 diciembre 2010) (Corte Constitucional para el período de transición 22 de Diciembre de 2010).
- Sentencia No. 0020-10-SIS-CC, Caso No. 0029-10-IS (R.O. S. 333 de 2 de diciembre de 2010) (Corte Constitucional para el período de Transición 21 de Octubre de 2010).
- Sentencia No. 052-11-SEP-CC, Caso No. 0502-11-Ep (R.O. S. 629 de 30 enero 2012) (Corte Constitucional para el período de transición 15 de Diciembre de 2011).
- Sentencia No. 076-12-SEP-CC, Caso No. 1722-10-EP (R.O. S. 756 de 30 de julio 2012 (Corte Constitucional para el período de transición 29 de Marzo de 2012).
- Sentencia No. 093-13-SEP-CC, Caso No. 0793-11-EP (R.O. S. 143 de 13 de diciembre de 2013) (Corte Constitucional del Ecuador 30 de Octubre de 2013).
- Sentencia No. 100-12-SEP-CC, Caso No. 0554-10-EP (R.O. S. 724 de 14 de junio de 2012) (Corte Constitucional para el período de transición 3 de Abril de 2012).

Sentencia No. 184-12-SEP-CC, Caso No. 0465-10-EP (R.O. S. 756 de 30 de julio de 2012) (Corte Constitucional para el período de Transición 3 de Mayo de 2012).

Villarreal, R. (2010). *Medidas Cautelares, Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos.

Zavala, J., Zavala, J., & Acosta, J. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil: Edilex S.A.