

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La aplicabilidad de las Medidas Cautelares en la Acción
Extraordinaria de Protección**

Gabriela Gálvez González

Xavier Sisa, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogada.

Quito, mayo de 2013

(

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“La aplicabilidad de las medidas cautelares en la Acción Extraordinaria de

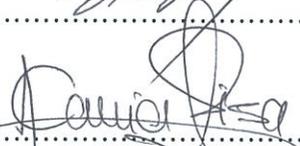
Gabriela Gálvez González

Dr. Jaime Vintimilla
Presidente del Tribunal e Informante



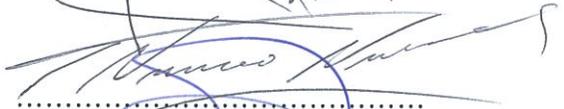
.....

Dr. Xavier Sisa
Director de Tesis



.....

Dr. Marco Morales
Informante



.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....

Quito, 27 de Mayo de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: "La aplicabilidad de las medidas cautelares en la Acción Extraordinaria de Protección".

ALUMNA: Gabriela Galvez

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El análisis de la vigencia de los derechos fundamentales en un Estado parte de la revisión de las garantías positivas provistas, es decir, de los mecanismos o técnicas de defensa y tutela jurisdiccional, política y normativa de tales derechos existentes en el ordenamiento jurídico.

En la evolución de la normativa constitucional ecuatoriana se ha producido la paulatina inclusión de una serie de derechos que conllevan a prestaciones positivas del Estado, acompañada también de una serie de garantías positivas adecuadas tanto cautelares como para la reparación integral de los derechos, lo que genera una serie de expectativas sociales para consolidar un régimen de amplia protección de los derechos de los ciudadanos. Entre tales garantías, se reconocen a la acción extraordinaria de protección y a las medidas cautelares de ámbito constitucional, objeto de la tesina en referencia.

La primera de tales garantías, novísima para el Derecho ecuatoriano, propugna en forma general la actuación de la Corte Constitucional para reparar la violación a los derechos fundamentales, principalmente por violación al debido proceso y sus componentes, en sentencias o autos definitivos o ejecutoriados. En cambio, la segunda de las garantías enunciadas, esto es, las medidas cautelares, de naturaleza cautelar, tienen por finalidad evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

A pesar de la amplitud con que ambas garantías están reguladas en la Constitución, en cambio, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares, llegando a negarlas cuando “*se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos*”.

Precisamente la exclusión legal anotada es el objeto de la tesina analizada, la cual provoca la reflexión sobre la validez y coherencia de tal limitación, es decir, luego de estudiar la naturaleza jurídica de ambas garantías, cuestiona y contradice la necesidad de mantener tal prohibición legal y, deja sentados los fundamentos para una reforma legal en tal sentido.

En consecuencia, el problema presentado en la tesina y la forma en que ha sido abordado, generan una serie de reflexiones de suma importancia para incentivar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por el investigador en cuanto cuestiona la validez de la prohibición legal para interponer medidas cautelares en una acción extraordinaria de protección, podrá generar un importante debate sobre la compatibilidad o no de tales acciones y quizás una reforma legal para superar tal limitación, lo que genera una particular importancia al tema materia de la tesina.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

La tesina recoge con acierto una serie de opiniones de diversos actores involucrados con la temática de los derechos fundamentales y lo que es más, sintetiza en debida forma los documentos analizados tanto de origen nacional como internacional, recogiendo en el estudio singulares citas que son referidas para justificar la hipótesis propuesta.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

A pesar de que el tema presenta una difícil definición, es importante señalar que en la tesina el investigador llega a justificar en forma técnica los elementos que, para su convicción, permiten justificar la hipótesis planteada y que en resumen se podría referir a la posibilidad –casi necesidad- de que interponer medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección, lo cual considero que sirve como elemento para apuntalar el debate referente a este tema poco explorado por los operadores jurídicos del país.

Atentamente,



Dr. Xavier Sisa Cepeda

DIRECTOR TESINA

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:



Nombre: Gabriela Gálvez González

C. I.: 171268479-2

Fecha: 30 de mayo de 2013

INDICE DE CONTENIDO

RESUMEN.....	iii
ABSTRACT.....	iv
INTRODUCCIÓN.....	1
1. CAPITULO 1: ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN	4
1.1 Antecedentes.....	4
1.2 Incorporación a la Legislación Ecuatoriana.....	8
1.3 Su relación con los derechos constitucionales y la teoría garantista.....	12
1.4 Naturaleza Jurídica.....	19
1.5 Definición y características.....	21
1.5.1 Legitimación Activa y Pasiva.....	24
1.5.2 Término para accionar.....	30
1.5.3 Requisitos de la Demanda.....	31
1.5.4 Admisión.....	35
1.5.5 Sentencia.....	37
1.6 Efectos.....	44
1.7 Conclusiones.....	48
2. CAPITULO 2: MEDIDAS CAUTELARES.....	50
2.1 Definición.....	51
2.2 Naturaleza Jurídica de las medidas cautelares.....	52
2.3 Objeto de las medidas cautelares.....	56
2.4 Características.....	56
2.5 Efectos de las Medidas Cautelares.....	62
2.6 Las medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	62
2.6.1. Características.....	69
2.7 En el Derecho Constitucional Ecuatoriano.....	71
2.7.1. Antecedentes.....	72
2.7.2. Definición.....	75
2.7.3. Presupuestos o Requisitos.....	76

2.7.4. Características.....	78
2.7.5. Procedimiento.....	80
2.7.6. Efectos.....	83
3. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCION EXTRARODINARIA DE PROTECCIÓN.....	84
3.1. Las Garantías constitucionales, y el Derecho Procesal Constitucional.....	84
3.2. En el ordenamiento ecuatoriano.....	90
3.2.1. Tipos de garantías	91
3.3. Las contravenciones del artículo 27 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales.....	99
3.4. El artículo 27 de la LOGJCC frente al Derecho a la defensa, la seguridad jurídica y al principio de Tutela Efectiva: eficacia y celeridad.....	107
3.4.1. En relación a la Tutela Efectiva.....	109
3.4.2. En relación a la Defensa.....	111
3.4.3. En relación a la seguridad jurídica.....	112
3.5. La viabilidad de la solicitud de medidas cautelares conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección (Amparo dividido en dos)....	113
3.6. Efectos de su aplicación.....	119
3.7. Posibles soluciones.....	120
3.7.1. La contracautela.....	120
3.7.2. Delimitación de la ley.....	122
CONCLUSIONES.....	126
BIBLIOGRAFÍA.....	132
Libros.....	132
Páginas Web.....	136
Normativa Citada.....	136
Sentencias Ecuador.....	137
Sentencias Internacionales.....	137

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar si las Medidas Cautelares constitucionales, expresamente señaladas en el artículo 84 de la Constitución pueden, o no, ser interpuestas conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección. Este análisis se desprende de la lectura del artículo de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que regula la aplicación de las acciones constitucionales. La mencionada norma pone una limitación a la aplicación de las medidas cautelares prohibiendo, de manera expresa, su interposición conjunta con la Acción Extraordinaria de Protección. La evidente inconstitucionalidad de esta norma es el primer paso para intentar analizar si, a través del estudio de los fundamentos filosóficos, doctrinarios y prácticos que envuelven a la actual Constitución, es procedente su aplicación. El objetivo, por tanto, es dar suficientes elementos de juicio para justificar la utilización de este instrumento de garantía, con el fin de complementar la tarea proteccionista de la nueva Acción Extraordinaria de Protección.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze if the Constitutional Precautionary Measures, explicitly detailed on article 48 of the Constitution, can be filed together with Extraordinary Protective Action, or not. This work derives from the reading of the article from the Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional that regulates the enforcement of constitutional actions. The mentioned law limits the enforcement of the precautionary measures by prohibiting its joint interposition with the Extraordinary Protective Action. The obvious violation of the constitution in this law is the first step on attempting the analysis, through the study of the philosophical foundation, doctrine and practice that evolve around prevailing constitution, of its feasibility. The aim, therefore, is to give sufficient evidence to justify the use of this warranty instrument, in order to complement the work of the new protectionist special action.

INTRODUCCIÓN

La nueva Constitución, vigente desde el 20 de octubre de 2008, entraña una gama de transformaciones que atraviesan a todo el Estado, desde su concepción política y jurídica, hasta su estructura organizacional. La valoración positiva o negativa de estos cambios se irá realizando con el transcurso del tiempo, cuando testifiquemos, con la práctica, si los objetivos que se plantearon pudieron realizarse o no. Mientras tanto, como aspirantes a abogados, tenemos la oportunidad de analizar las innovaciones de la norma suprema y, dado el caso, determinar las posibles falencias que pudiéramos detectar, con el fin de aportar una posible solución.

Este es el origen de la presente tesina, la misma que en el contexto del Neoconstitucionalismo, donde la Constitución se define como un conjunto de límites y vínculos, se desarrollará como una veeduría de las disposiciones constitucionales sobre garantías constitucionales y su aplicación, específicamente de las Medidas Cautelares con la Acción Extraordinaria de Protección. Es por esto, que al haber reconocido una incongruencia entre un artículo de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y la Carta Magna, sobre la prohibición de incoar el proceso cautelar conjuntamente con el proceso jurisdiccional de Acción Extraordinaria de Protección, surge un cuestionamiento muy válido que es el tema medular de nuestro trabajo, que nos obliga a preguntarnos si más allá de un análisis de inconstitucionalidad, el contenido del artículo 27 contraviene principios de protección de los derechos, y si existe alguna razón de fondo para permitir que tales prohibiciones persistan, o si, por el contrario, los efectos de dicha vinculación pueden justificar una sanción para el artículo atentatorio.

En función de lo expuesto, se intentará justificar que las medidas cautelares pueden accionarse conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección y cesar los efectos de las sentencias que serán revisadas por la misma acción.

Para los propósitos descritos, me he propuesto desarrollar los temas conexos en cuatro capítulos que específicamente intenten demostrar los argumentos para invalidar el texto del artículo 27 de la ley.

En el primer capítulo intentaré contextualizar al lector en el objeto de la protección de las Garantías Constitucionales, es decir, los Derechos constitucionales. El afianzamiento de los significados específicos es requisitos indispensables para entender su dinámica en el estudio de la Constitución dentro de un nuevo sistema jurídico, en donde los individuos gozan de la oportunidad de ejercer y gozar una gama muy extensa de derechos, y frente a los cuales se ha previsto acciones específicas para su cautela y tutela. El objetivo de este capítulo es dimensionar la importancia tanto de la positivización de los derechos, su interpretación extensiva, y principalmente, la interrelación sustancial con las Garantías. Asimismo, intentaré dar una explicación sucinta del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el tratamiento que éste realiza frente a los derechos, como paradigma del nuevo concepto neoconstitucionalista, que rebasa los límites de la “mera legalidad”, superando los límites Estatales, comprendiendo que los derechos y los principios que los rigen, son transnacionales y aplicables a todos los seres humanos, en razón única de su condición natural, y su aplicación inmediata y directa.

En el segundo capítulo haré una aproximación sobre las medidas cautelares donde intentaré presentar las características de esta institución de larga data. La presentación de las particularidades comunes a todas las ramas del derecho y su vacación cautelar, expresada en las diversas formas de aplicación, esto es en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el Derecho Constitucional, permitirá tener un panorama global de su naturaleza y fin.

El Tercer capítulo estará dedicado a la Acción Extraordinaria de Protección, cuyo debut en la Constitución vigente ha provocado reacciones memorables, tanto a favor como en contra. Procuraré definir en forma clara su concepto, características y objetivos, y principalmente, intentaré proyectar los méritos por los cuales se encuentra ahora integrando las garantías constitucionales en el Ecuador. Finalmente, intentaré precisar los efectos y sus

alcances, determinados en la Constitución de la República del Ecuador, así como en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El Cuarto y último capítulo estará destinado a abordar de lleno la problemática que existe en la aplicación de las Medidas Cautelares conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección, que por disposición del artículo 27 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se encuentra expresamente prohibido. Para dicho propósito, haré una condensación de los temas más importantes tratados en los capítulos precedentes, y dirigiré sus contenidos a justificar la pertinencia de revertir la disposición legal de este artículo, dirigiendo el análisis sobre las consecuencias jurídicas de esta reglamentación y haciendo una exposición de las razones por las cuales la parte pertinente de este artículo debería ser removido de nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, concluiré determinando los beneficios de permitir la interposición de las Medidas Cautelares conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección, para lo cual especificaré los efectos que se generarían y sus consecuencias positivas frente al espíritu de la nueva Constitución.

Por último, realizaré en las conclusiones, un registro de los objetivos conseguidos en cada uno de los capítulos redactados, y haré una exposición clara de la conclusión principal sobre la pertinencia de la interposición conjunta de las dos garantías.

CAPITULO I

ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

En el presente capítulo, se intentará hacer una aproximación a la Acción Extraordinaria de Protección desde sus antecedentes políticos y jurídicos como una garantía nacida de la nueva definición del Estado ecuatoriano como social, de derechos y justicia¹. Veremos cómo las características de esta acción jurisdiccional, por sí solas, se apegan o no a las aspiraciones garantistas que inspiraron su introducción al sistema jurídico, y sobre todo si cumple en su totalidad las expectativas de obtener una justicia eficaz, bajo los lineamientos de la protección de derechos. Con este análisis, estableceremos el carácter reparatorio de la acción y la ausencia de su carácter preventivo, con el fin de afianzar la necesidad de complementar su gestión con otra acción que cubra las deficiencias proteccionistas efectivas, como se lograría a través de las medidas cautelares.

1.1. Antecedentes.-

En el año 2005, el economista Rafael Correa Delgado asumió la Presidencia del Ecuador, después de numerosas acontecimientos que produjeron transformaciones importantes en la vida democrática del país. Desde su posesión en el poder, vaticinó algunos cambios sustanciales en la estructura estatal política del Ecuador, los cuales empezaron a revelarse con la llamada a una consulta popular en las que se preguntó a los ciudadanos ecuatorianos si deseaban formar una Asamblea Constituyente para que ésta estudie, formule, analice y redacte una nueva Constitución. El pueblo del Ecuador se manifestó positivamente en las urnas el 15 de abril de 2007. Con el semáforo en verde, el Presidente Correa llamó a elecciones para elegir a los miembros que conformarían la Asamblea, y a quienes se les encomendaría tan importante tarea. Una vez elegidos los constituyentes, la Asamblea empezó a funcionar el 30 de noviembre de 2007 y terminó sus

¹ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

funciones el 25 de julio de 2008. Inmediatamente se convocó a otra consulta popular para aprobar o rechazar los diseños de este documento. Con la mayoría a favor de lo actuado por la Asamblea, el 28 de septiembre de 2008 (oficialmente, el 20 de octubre de 2008) entró en vigencia nuestra novísima Constitución, algunas veces criticada, pero mayoritariamente aceptada, introduciendo cambios sustanciales y bastante notorios, que produjeron airoas discusiones y comentarios.

Los cambios relevantes y definatorios, que emparejaron a nuestra Constitución con algunas corrientes filosófico jurídicas contemporáneas, empezando por la concepción política y jurídica neoconstitucionalista, atravesaron longitudinalmente al sistema institucional, al sistema económico, y especialmente al sistema de justicia. Dentro de estos cambios, el más evidente es el que se refiere a los derechos fundamentales, su constitucionalización, y sus garantías. Entre éstas últimas, se introdujo una acción que aporta en sí misma un cambio radical en lo que se refiere al sometimiento de todas las funciones estatales, específicamente a la función judicial, a un control constitucional efectivo en cuanto a la protección de los derechos fundamentales: la Acción Extraordinaria de Protección.

La introducción de esta garantía jurisdiccional responde a una situación fáctica, frecuente en el desarrollo de la práctica de la justicia en el Ecuador, que consistía en la deficiente aplicación de los preceptos constitucionales en las decisiones judiciales de los jueces de instancia, incluso los de casación, provocando sentidas violaciones a los derechos constitucionales que nunca fueron protegidos, mucho menos resarcidos. Así, en palabras de César RODRÍGUEZ, ex asambleísta constituyente, citado por C. C. MORÁN MARIDUEÑA:

[Los] jueces jamás observaron el orden jerárquico de las normas y [...] en muy pocas y honrosas excepciones aplicaron la Constitución por sobre normas inferiores. [Además] la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] ya ha condenado varias veces al Ecuador por la violación de los derechos humanos y de las garantías constitucionales que sus jueces y magistrados no observan, causando con ello la obligación del Estado de pagar millonarias indemnizaciones a los perjudicados.²

² C. C. Morán Maridueña. *La Acción Extraordinaria de Protección*. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2009/25/25_accion_extraordinaria.pdf, (acceso: el 16 de julio de 2011)

Hasta octubre de 2008, esta actuación inconstitucional de ciertos jueces, que incluso contravenía las disposiciones constitucionales expresas de control difuso de la Constitución que se aplicaba en esa época, no tenía consecuencias específicas ni sobre los jueces que actuaban en manifiesta contradicción con los preceptos jerárquicos, ni sobre las sentencias dictadas con arbitrariedad, haciendo de la justicia una función estatal deficiente y, encima, irrefutable.

Sin embargo, la Asamblea Nacional de 2007 no fue la primera que analizó esta situación. Años atrás, en 1998, la Asamblea Constituyente que dio paso a la Constitución de ese año, ya hizo un análisis sobre la figura del recurso de amparo sobre decisiones judiciales, pero se llegó a la conclusión que tomando en consideración a la cultura litigiosa de nuestro país, en la práctica tal recurso iba a degenerar en una cuarta instancia, tomando como referencia la suerte que corrió la Casación. En el año 2005, la Comisión de Reformas Constitucionales del Congreso Nacional, presidida por el Dr. Luis Fernando Torres, también contempló la posibilidad de la Acción de Amparo Constitucional en relación a las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia del país.³ Así también, la Comisión de Juristas del Consejo Nacional de Educación Superior, en una propuesta de nueva constitución, planteó el amparo de decisiones judiciales definitivas, pero solo en lo relativo a las violaciones de las garantías constitucionales del debido proceso, dejando por fuera cualquier otro motivo; sus efectos serían la nulidad y la devolución del expediente a la función judicial para que se continúe el proceso desde donde se produjo la violación.⁴ Esto demuestra que, durante los años anteriores a la Constitución 2008, ya ha existido un reconocimiento de la utilidad de esta institución para un mejor desarrollo judicial, pero por ser el amparo una figura constitucional, gozaba del candado constitucional que impedía realizar los cambios requeridos.

En este contexto, se produjo la consulta, al texto de la nueva Constitución en la que se abrió la oportunidad de ingresar todas estas modificaciones a la figura del amparo, la cual

³ José García Falconí, *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución*. Quito: Ediciones Rodín. 1ª. Edición, 2008.

⁴ Santiago Velázquez, *Manuel de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*. Guayaquil: Editorial Edino. 2010, p. 167.

fue eliminada para dar paso a las acciones más específicas, como la Acción Ordinaria de Protección y la Acción Extraordinaria de Protección. Ciertamente, estos cambios produjeron más de un sobresalto, especialmente de quienes serían afectados directamente. Así, la ex Corte Suprema, elaboró un comunicado⁵ en el que exponía todos los desaciertos y desventajas de la acción extraordinaria de protección cuando ésta se encontraba todavía en Proyecto, sin tomar en consideración aspectos doctrinarios, técnica jurídica, antecedentes en el derecho comparado, y principalmente, la realidad del tipo y de la calidad de las sentencias que se expedían.

Entre las razones esgrimidas en contra de esta figura, se expuso el criterio de que la instauración de un amparo contra sentencias judiciales propiciaría la pérdida de independencia de los jueces ordinarios durante los procesos judiciales, además del riesgo de que esta acción se convierta en una tercera o cuarta instancia, sacrificando la jerarquía en la Función Judicial, especialmente de la Corte Suprema; también se postularon los temores sobre la cosa juzgada y la seguridad jurídica en general. Todos estos recelos se tomaron en cuenta, no para prohibir una tutela frente a las actuaciones judiciales, sino para realizar los correctivos necesarios en los límites del amparo, bajo la nueva forma de acción extraordinaria de protección.

En el devenir del proceso de formación del texto constitucional, durante la Asamblea de Montecristi, el tema del amparo contra decisiones judiciales se manifestó abiertamente, pero esta vez, sí pudo materializarse en el texto de la Constitución. Se podría decir que el constituyente entendió lo que A. GRIJALVA lo expresa con extrema claridad cuando manifiesta que “[...] *al concebir al juez ordinario como sujeto a la Constitución y a su vez garante de la misma resulta perfectamente lógica la existencia de amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección*”⁶.

Por otro lado, se neutralizó el riesgo de convertirse en una instancia más de apelación al introducir el principio de subsidiaridad, el cual exige que previamente se agoten todas las

⁵ Luis Cueva Carrión. *Acción Constitucional Extraordinaria de Protección*. Ecuador: Editorial Cueva Carrión, 2010, p. 47.

⁶ Agustín Grijalva. *La acción extraordinaria de protección en Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 657.

vías ordinarias y extraordinarias que la ley prevé, como parte de los requisitos para su admisibilidad, y la limitación de ordenarla únicamente después de hacer una valoración exclusiva sobre si efectivamente existe la violación invocada. Por otro lado, en lo que se refiere a la seguridad jurídica -que a decir de algunos opositores se ve afectada- la ley que se encargó de desarrollar la garantía constitucional, esto es la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, promulgada en el suplemento N° 52 de 22 de octubre del 2009, estableció términos perentorios para su interposición⁷, evitando que su posibilidad de accionar sea indefinida.

En lo que se refiere a los riesgos de indebida injerencia en el proceso judicial y su dilación temporal A. GRIJALVA opina que “pueden solucionarse mediante una adecuada regulación legal y reglamentaria, y una prudente auto-limitación de la Corte Constitucional”.⁸

A pesar de que estos remedios propuestos por la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional buscan subsanar los peligros descritos, es muy probable que no consigan su objetivo en su totalidad, ya que en la práctica los operadores jurídicos intentan manipular los recursos y acciones procesales con el fin de dilatar, interferir y hasta evitar que las sentencias contrarias a sus pretensiones se efectivicen. Es, por tanto imprescindible que se intente modificar la idiosincrasia de la práctica judicial, a través de un control exhaustivo de las conductas abusivas de los operadores jurídicos, a través de sanciones disciplinarias concretas.

En estos términos, se conceptualizó y estableció la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución, consagrándose así como una acción constitucional de protección de derechos, y consolidándose como un avance jurídico trascendental para el país.

1.2. Incorporación a la Legislación Ecuatoriana.-

⁷ De acuerdo al artículo 60 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el término para la interposición de la acción extraordinaria de protección es veinte días.

⁸ Agustín Grijalva. *La acción extraordinaria de protección en Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2010, p. 660.

La Constitución, dice Kelsen, da unidad al orden jurídico pues “una pluralidad de normas, forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez”.⁹ En este sentido, la Constitución organiza el sistema normativo, y valida al resto de normas, las cuales deben estar en perfecta concordancia con ella, para producir así, una armonía de la administración de justicia con los principios que rigen al Estado, y ser por tanto, eficaces y válidas. La Constitución del 2008 recoge este principio de supremacía y lo incorpora de forma explícita y amplia en su texto, produciendo una metamorfosis profunda en todo el sistema, especialmente en la Justicia.

Hasta antes de la Constitución actual, existía en el Ecuador una fijación al modelo liberal, en el cual los formalismos positivistas jurídicos regían la aplicación de la normativa vigente, con clara incapacidad para adecuarse a las realidades políticas, sociales, económicas, pluriculturales y ambientales de la época. Esta concepción decimonónica justificó el monopolio de la ley y la supremacía del legislador como único responsable del proceso de creación del Derecho, propiciando el desencadenamiento de situaciones, por demás vergonzosas, de las que fuimos testigos durante casi 25 años de régimen democrático en el Ecuador moderno, donde los jueces no eran más que “la boca muda de la ley”, y ésta era el fundamento de la actuación estatal, incluso fuera de los límites de los derechos que derivan de la dignidad humana. En otras palabras, se perpetuó un sistema donde el hombre estaba al servicio de la ley en lugar de que la ley esté al servicio del hombre. Todo esto se fortaleció con la tolerancia a las instituciones mediocres, a una burocracia que fue devorando al Estado en favor de minorías, provocando la inestabilidad política que profundizó las diferencias sociales en nuestro país.

En este contexto, la Constitución del 2008 incluyó temas tales como la democracia participativa, directa y ciudadana, se reformularon de forma ampliada y profunda a los derechos humanos, eliminando su categorización y división generacional, otorgándoles justiciabilidad, unicidad, indivisibilidad e interdependencia, y se incorporaron derechos

⁹ Santiago Velázquez. Manual de Derecho.... op.cit.. p. 30.

como los de la naturaleza, el agua, género y diversidad, todo esto dentro de un modelo del Buen Vivir, que se fundamenta en la dignidad del ser humano.

De esta manera, somos testigos de un sistema extremadamente protector de los derechos, que determinan casi todo el accionar público y privado. A pesar de ser muy atractiva la propuesta “humanizadora” de nuestra Constitución, no deja de preocupar los alcances de la misma, en relación con su propia efectividad, legitimidad, así como la saturación que podría producir en el sistema de justicia, una acelerada e incuantificable demanda por materializar los derechos reconocidos. Por este motivo, es tan importante concatenar las disposiciones legales con la producción jurisprudencial, la misma que irá marcando los lineamientos para proteger estos derechos.

Para viabilizar la aplicación de todos los principios garantistas incorporados en la Constitución, era necesario realizar una transformación profunda del sistema y del modelo de justicia. Para empezar, la denominación del Estado Ecuatoriano como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia señala el primer paradigma transformador, ya que concentra en sus letras el fundamento ideológico que sustenta a todo el sistema. Lo “Constitucional” refiere a la subordinación de todo el sistema normativo a una norma rectora suprema que es la Constitución, la misma que organiza al Estado conforme a principios que son aplicables a todas las actuaciones, tanto de los entes públicos como de los privados; todos los poderes o funciones del Estado están subordinados a sus determinaciones. La expresión de un Estado de “Derechos” involucra la supremacía de éstos sobre cualquier otro fin del Estado; y el Estado de “Justicia” expresa el fin último que todo el aparataje Estatal debe perseguir en todas y cada una de sus actuaciones para conseguir una convivencia armoniosa que permita el desarrollo de cada uno de sus miembros y la ordenación del país en general. Así, y como lo señala el Presidente de la Corte Constitucional, P. PAZMIÑO FREIRE, “el Estado como tal se convierte en un “Estado jurisdiccional” debido a la metamorfosis del rol de los jueces que asumen un papel activo y esencial en el proceso de creación del derecho vigente y se convierten en

realizadores materiales de los valores y principios constitucionales”¹⁰. De esta manera, el ejercicio de la función judicial se transforma en el mecanismo básico de generación de legitimidad del sistema político, desde donde el papel de los jueces toma notoria trascendencia como productores de las definiciones y control de las políticas públicas en concordancia con los derechos constitucionales, a través de un proceso de argumentación e interpretación, haciendo que la realidad del Derecho se encuentre en las acciones de los tribunales.

Todo este entramado filosófico de transformación no tendría asidero sin una estructura institucional que lo garantice y lo materialice. En este sentido, la Constitución construyó un sistema integral que asegura la protección de los derechos, el cual está asentado en las garantías jurisdiccionales que se distribuyen en dos categorías: mecanismos no jurisdiccionales normativos y relativos a las políticas públicas, y mecanismo jurisdiccionales propiamente dichos. En este sentido, se erige una nueva “arquitectura jurídica”¹¹, como la denomina L. CUEVA CARRIÓN, que se manifiesta en la conversión de la justicia constitucional, que se devela en los siguientes cambios: todas las acciones constitucionales son ahora acciones populares; la antigua acción de amparo preventivo y reparatorio se divide en dos acciones distintas: la acción de medidas cautelares de carácter preventivo y la acción de protección de naturaleza reparatoria; la creación de la acción extraordinaria de protección, a través del cual se realiza un control jurídico de las decisiones de los jueces, las mismas que deben estar sujetas a los derechos constitucionales; la creación de la Corte Constitucional, un órgano especializado, independiente, altamente técnico, encargado de la interpretación auténtica de la Constitución, de incorporar y producir jurisprudencia vinculante y obligatoria para poder hacer coherente y unificar los criterios legales, y propiciar la promoción de todos los jueces ordinarios en jueces constitucionales.¹²

¹⁰ Patricio Pazmiño Freire. *Proceso Constituyente y Cambio constitucional y la modernización del sistema de justicia en Ecuador*. en <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/index.php?view=article&catid=10%3Aboletines-2010&id=174%3Ap>

¹¹ Luis Cueva Carrión. *Acción Constitucional*. op.cit.. pp. 9-16.

¹² Patricio Pazmiño Freire. *Proceso Constituyente*. op.cit.. p. 5.

Así nace la Acción Extraordinaria de Protección, como una garantía constitucional para obtener sentencias ajustadas a los derechos constitucionalmente protegidos, y a obtener el resarcimiento de los daños provocados por la emisión de sentencias violatorias a estos derechos. Esta acción está expresamente establecida en el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador, y desarrollada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional desde su artículo 58 al artículo 64, completada por el artículo 437 de la Constitución. Además, se rige por las determinaciones de la Corte Constitucional a través de la Jurisprudencia vinculante que, sobre la materia, este organismo emana.

1.3. Su relación con los derechos constitucionales y la teoría garantista

El ex Tribunal Constitucional jurisprudencialmente consideró que “los actos emanados de la jurisdicción convencional no atentan contra ningún derecho constitucional [...]; y por lo tanto no son susceptibles de acción de amparo constitucional”¹³. Esta es la jurisprudencia que emanaba del principal órgano de control constitucional, cuya simple lectura nos releva de cualquier otra argumentación a favor de la urgencia de los cambios constitucionales que se requerían, ya que si los propios jueces no podían reconocer las deficiencias y falencias del sistema, poco o nada podíamos esperar del sistema judicial en general, independientemente de la presunción de validez que las sentencias y autos judiciales deben ostentar. No obstante, iniciaremos por aquí para justificar la relación de la acción extraordinaria de protección con los derechos constitucionales y la teoría garantista, y la inminente urgencia de un control judicial, ya que la sola negación de una situación fáctica, evidente para todos, sobre la producción de fallos inconstitucionales o violatorios de los derechos constitucionalmente protegidos, devela otras motivaciones que nada tienen que ver con la justicia, y ponen en duda la probidad y autoridad de estos magistrados para realizar la importantísima tarea de impartir justicia. Por ende, tendremos que hacer una aproximación rápida a este nuevo sistema neoconstitucionalista, como base de todo el resto de actuaciones garantistas.

¹³ Fallo dictado por la Segunda sala del Tribunal Constitucional, del 2 de diciembre de 1998 en el proceso seguido por Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días contra Urbanizadora del Salado S.A.

En los últimos tiempos, hemos podido ser testigos de algunas grandes transformaciones dentro del Estado Constitucional, inspiradas en lo que se ha venido a llamar Neoconstitucionalismo. Este concepto, cada vez más introyectado en la consciencia jurista contemporánea, ha producido una compleja serie de fenómenos, que constituyen una novedad, y se manifiestan en textos jurídicos, prácticas jurisprudenciales, y desarrollos teóricos que actuando coordinadamente marcan la verdadera innovación y el verdadero aporte de nuestra Constitución.¹⁴ Los sistemas estatales sufren modificaciones importantes en su estructura y desde sus cimientos, y en una suerte de círculo vicioso, los engranajes de este nuevo sistema se necesitan mutuamente para permitir que el sistema siga rodando.

La base conceptual de este nuevo sistema se asienta en el protagonismo de un solo texto: la Constitución. Es el mismo texto fundador y compilatorio de los Estados, que hemos conocido desde finales del siglo XVIII, pero con un nuevo tratamiento que lo consolida como el pilar fundamental, no solo del sistema normativo de una nación, sino de todo el Estado, con normas materiales y formales fundadas en principios y valores que provocan nuevos roles y retos para todos los actores de la sociedad, pero principalmente del Estado.

De esta manera, el Neoconstitucionalismo se proyecta, como lo dice M. CARBONELL en una “constitucionalización del ordenamiento jurídico”¹⁵, donde la Constitución se inmiscuye en todos y cada uno de los componentes del Estado, en su formación, organización, fundamentos y demás elementos que lo edifican. Como habíamos dicho en líneas anteriores, la Constitución es la ordenadora del sistema jurídico, y si constitucionalizamos al ordenamiento jurídico, lo que realmente está sucediendo es que se está “ordenando al ordenamiento”, lo que llevará a una armonía de todo el conjunto estatal, haciendo la metamorfosis a un Estado Constitucional de Derechos. En este escenario, me parece oportuno citar a C. CARLOS RIERA, quien con diáfana integralidad comenta lo siguiente:

¹⁴ Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y Derechos fundamentales*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2010, p. 30.

¹⁵ *Id.* p. 31.

“En el Estado Constitucional de Derechos, [...] se constituye todo un modelo garantista, para que el derecho y, por lo tanto, los derechos no solo tengan vigencia y validez formal, sino vigencia y validez material, de manera que la forma y la sustancia, los signos y significados, la legitimidad formal y la legitimidad sustancial se correspondan en la realidad, lo cual implica que los llamados derechos fundamentales tengan todo un sistema de garantías que atraviesa a todo el Estado en sus diversas funciones y en toda su actividad, de tal manera que el énfasis final supone el encuentro de la libertad y la igualdad, pero no solo en su forma sino en la materialidad, lo cual implica, a su vez, la construcción de una nueva sociedad, basada en un nuevo modelo de desarrollo y, por lo mismo, una nueva democracia social, cuyo cimiento solidario y humanista es la “ley del más débil”.¹⁶

El conjunto de principios y valores en los que se sustenta el contenido de la Constitución son, en esencia, los derechos y como tal, deben estar materializados tanto en las normas secundarias como en todas las actuaciones públicas y privadas. Por lo tanto, la positivización de los derechos, la constitucionalización de los derechos, la extensión de la enumeración, la ampliación de sus contenidos, la interpretación más exacta y sobre todo la protección de éstos a través de mecanismos idóneos y ágiles son el resultado lógico de este sistema neoconstitucional.

El Derecho internacional de protección de derechos humanos, cumple un papel trascendental en esta mutación, porque sirve de paradigma de la institucionalización de un proceso reformativo que pone al individuo y a su bienestar en la cúspide de sus objetivos y fines, y ha desarrollado, a través de los organismos creados para este propósito, un sistema fundado, al igual que las Constituciones de esta era, en los derechos fundamentales del ser humano, y ha puesto al servicio de éste, todo un mecanismo de defensa, de prevención y de tutela de aquellos. Inspirados en esta función, y en parte por la influencia de las organizaciones no gubernamentales en los Estados, a partir de la aceptación de éstos de formar parte de una comunidad respetuosa de “las más altas aspiraciones del hombre”, se vivifica lo que el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del

¹⁶ Carlos Castro Riera. Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008 en Desafíos Constitucionales. la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 114.

Ciudadano establece: “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada [...] no tiene Constitución”.

En nuestra Constitución, el artículo 424, recoge y proyecta todo este pensamiento y designa a la norma constitucional como suprema y prevalente respecto de cualquiera otra del ordenamiento jurídico, la misma que debe ser acatada por el poder público en todos sus actos y manifestaciones, bajo la prevención de que dichas actuaciones carezcan de eficacia jurídica, en caso de probarse contrarias a las regulaciones constitucionales. Como consecuencia, ésta se proclama como el límite en el ejercicio del poder dentro del Estado, por su carácter preferente, vinculante y obligatorio. Y ya que los derechos son el núcleo del contenido de las disposiciones constitucionales, son éstos, los derechos, los que marcan las prohibiciones y obligaciones que deben observar y respetar todos los poderes del Estado, superando así, la teoría tradicional de la división de poderes, donde el único poder en sí mismo es la Constitución, y por tanto, a ésta se someten todas las funciones o poderes del Estado, conjuntamente con sus actores.

El primer paso, por tanto, es el reconocimiento de los derechos que el ser humano puede detentar por el solo hecho de ser persona, y nuestra carta fundamental lo hace de una manera ampliada con una clasificación novedosa de los derechos, agrupando a estos en: derechos del buen vivir; derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; derechos de la naturaleza; y derechos de protección. Todos estos derechos se encuentran desarrollados desde el capítulo segundo al capítulo noveno del Título II de la Constitución. Asimismo, el no limitarlos a una determinación taxativa, sino liberarlos al crecimiento que parte de la contemplación de la evolución de las circunstancias sociales, que se irán manifestando en la jurisprudencia que emerja del papel creador de los jueces, se manifiesta primeramente en el numeral 8 del artículo 11 que decreta que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas; así también, en el numeral 7 del artículo 11 que dispone que los derechos y garantías señalados, tanto en la Constitución como en Instrumentos Internacionales, no excluyen los demás derechos derivados de la dignidad de las personas,

comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. Esto deriva en el establecimiento del principio “pro homine” consagrado tanto en el artículo 427, como en el numeral 5 del artículo 11, a través del cual la interpretación sobre derechos y garantías debe aplicarse en el sentido que más favorezca su efectiva vigencia; y en el artículo 424, que además lleva más allá a este principio, indicando que en el caso de que existieran normas en los tratados internacionales que reconozcan derechos más favorables, éstas prevalecerán sobre cualquier otra norma o acto del poder público. En concordancia, el numeral 4 del artículo 11 dispone que ninguna ley podrá restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. De forma concomitante, el numeral 6 del mismo artículo dispone que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, con lo cual quedan enraizados de forma permanente, y asegurados para su inequívoca aplicación.

Una vez realizado el reconocimiento apropiado, el segundo paso, es dotar a estos derechos de un conjunto de herramientas que permitan que sean exigibles y efectivamente aplicables. Así, la Constitución ha previsto una serie de Garantías, que son exigibles en su plenitud, tanto al Estado como a los particulares, las cuales pueden dividirse en normativas, jurisdiccionales y extrajudiciales.¹⁷ Las primeras son el conjunto de principios y reglas constitucionales que permiten la libre operatividad de los derechos, prohíben su restricción y ofrecen el resarcimiento necesario en caso de violación. Las segundas son procesos constitucionales en sí mismas, para tutelar los derechos cuando estén amenazados o cuando hayan sido violentados, y están expresamente señaladas así: Medidas cautelares (Art. 87), Acción de protección (Art. 88), Hábeas Corpus (Art. 89), Acción de acceso a la información pública (Art. 91), Acción de Hábeas data (Art. 92), Acción por incumplimiento (Art. 93) y Acción extraordinaria de protección (Art. 94). Finalmente, las garantías extrajudiciales son aquellas que se sirven de funcionarios u organismos, no jurisdiccionales, legitimados para la protección y defensa de los derechos, tales como el Defensor del Pueblo (Art. 215), la Defensoría pública (Art. 191), El Consejo de Participación Ciudadana y

¹⁷ Santiago Velázquez. Manual de Derecho..., op.cit., p. 50.

Control Social (Art. 207), Las Fuerzas Armadas (Art. 158), el Presidente de la República (Art. 147 numeral 1), y en general todos los ecuatorianos (Art. 83 numeral 5). Con esto vemos como la Constitución aplicó de forma integral la teoría o modelo garantista de los derechos expresada por su mejor exponente, Luigi Ferrajoli, quien manifiesta que la mayor expresión del Estado Constitucional de Derechos se encuentra en el “*derecho sobre el derecho*, en forma de vínculo y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad [...]: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”¹⁸. Son precisamente estos contenidos los que determinan el carácter garantista de la Constitución, y de la cual nuestra Constitución se ha hecho eco para introducirla, con paso firme, en nuestro ordenamiento jurídico.

De forma concomitante, y para viabilizar este nuevo modelo constitucional, se creó todo un sistema que controla la constitucionalidad de las actuaciones del poder público, con las respectivas determinaciones de sanciones previstas para los casos de incumplimiento de este mandato.

Como lo expresa PAZMIÑO FREIRE, toda esta “revolución teórica no sería más que papel mojado, letra muerta [...] si no viniera acompañada de una transformación profunda del sistema y del modelo de justicia”.¹⁹ Esta transformación profunda inicia con la introducción, como vimos, de un completo régimen garantista, indispensable para apuntalar el régimen de un Estado constitucional de derechos. Como complemento necesario, el Estado se autodetermina, a través del numeral 9 del artículo 11 como el máximo responsable de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, no solo en los medios sino en el resultado, y de además de la correspondiente reparación que haya lugar por eventuales transgresiones. Por último, la determinación de ciertos principios en relación a la aplicación como la previsión de un procedimiento preferente y sumario para su protección jurisdiccional, de una reparación integral y de instrumentos para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia o resolución contribuyen a mantener la integridad de la acción extraordinaria de protección tal como fue pensada y programada.

¹⁸ Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías. la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 19.

¹⁹ Patricio Pazmiño Freire. *Proceso Constituyente...*, op.cit., p. 3.

Dentro de este régimen garantista, la Constitución vigente realizó uno de los aportes más sísmicos al sistema, que fue la introducción de la función judicial, que hasta el 2008 estaba exenta de cualquier veeduría, dentro de este control, no solo en el cumplimiento de los mandatos constitucionales sino como responsable de respetar, hacer respetar y proteger efectivamente los derechos de las personas y colectivos dentro de los procesos judiciales. Como ya hemos mencionado, este control constitucional se institucionalizó en la figura de la Acción Extraordinaria de Protección, cuya inspiración también deviene de la Convención Americana de derechos Humanos en sus artículos 43, 44 y 63. Así, el artículo 94 de nuestra carta Magna la introduce dentro del título de las Garantías jurisdiccionales antes mencionadas, estableciéndose de manera terminante y definitiva la incorporación de todos los poderes del Estado al control constitucional, logrando que el individuo esté cubierto, en la protección de sus derechos, desde todas las perspectivas posibles.

Es imperativo entender que el control no implica una destrucción de aquello que se regula, sino que, al contrario, lo fortalece porque le compele a perfeccionarse, le obliga a depurarse y a mejorar para no desaparecer.

Por esto, queda infundados los temores de quienes eran contrarios a esta figura procesal; lo que sí termina es la impunidad de aquellos que, por mala fe, ignorancia, incapacidad o corrupción, no respetaban los derechos fundamentales dentro de una de las labores más enaltecidas del funcionario público: dictar y hacer justicia. En este sentido, la acción se conecta con los derechos de una manera interdependiente.

Finalmente, es preciso hacer referencia que a pesar de lo novedoso que pueda resultar para nosotros esta figura, en lo que se refiere al Derecho Comparado, esta acción ya tiene algún tiempo de existencia. El Amparo, cuya existencia se agradece al Estado Mexicano, está expresado en otras constituciones como la chilena, con el nombre de Recurso de Protección, en la colombiana como Acción de Tutela, en la brasileña como Mandato de Seguridad, entre otras. Así también, como ya hemos tenido oportunidad de ver, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la esencia de la Acción Extraordinaria de Protección es, por demás, una de las manifestaciones más claras de su composición con aplicaciones muy esmeradas y eficientes. Pero quizá la figura que más se acerca a la

Acción Extraordinaria de Protección, por sus características, es el Amparo español, cuya subsidiariedad como principio de aplicación de la justicia ordinaria, asemeja mucho a nuestro sistema. Sin embargo, en este sistema, como lo explica S. ANDRADE, la interposición de este recurso de amparo debe ir acompañada, a más de los requisitos formales y materiales, de la justificación de la “especial trascendencia constitucional”, entre otros requisitos, que sirven de filtro a la inmensa cantidad de recursos ante el Tribunal Constitucional Español. Esto nos permite corroborar la idea de que se puede ir delimitando los requisitos para ir circunscribiendo de la forma más eficaz la interposición de la acción, evitando la saturación del sistema.

1.4. Naturaleza Jurídica

La Acción Extraordinaria de Protección, con sus características esenciales, tiene su razón de ser en la consagración del Estado Ecuatoriano como un Estado Constitucional de derechos y justicia dentro del modelo neoconstitucionalista contemporáneo. La novedad de esta acción no reside solamente en el nombre que se le ha dado, sino en el objeto de control que se le ha confiado, esto es, de las sentencias, autos y resoluciones definitivas, en otras palabras, de las decisiones firmes o ejecutoriadas emanadas de los órganos jurisdiccionales.

Dentro del sistema garantista de derechos, que es el rector de las disposiciones legales y normativas de todo el sistema jurídico del Ecuador, la Acción Extraordinaria de protección llega a completar el ámbito de protección de los derechos reconocidos en la Constitución. Por tal motivo, esta acción es básicamente un instrumento procesal constitucional que sirve de medio para garantizar los derechos constitucionales frente a las producciones judiciales definitivas violatorias de los derechos fundamentales.

En esencia es una acción procesal, a pesar que la letra de la ley se refiere a ella, en algunos momentos, como un recurso.²⁰ Tomando en cuenta las características de esta garantía, a simple vista podríamos colegir que esta falta de distinción entre estos dos

²⁰ Art. 94 Constitución: “La *acción* extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado.... El *recurso* procederá cuando se hayan agotados los recursos ordinarios...”

conceptos (acción / recurso) no envuelve más que un error de redacción, ya que es evidente que el espíritu de la norma le otorga características esenciales de una acción, ya que en primer lugar su tramitación no tiene por objeto discutir la pretensión jurídica original, y en segundo lugar, no es una fase procesal dentro de un proceso. Así, el presupuesto de admisibilidad más importante de la acción extraordinaria de protección es la existencia de la violación de un derecho constitucional o del debido proceso, que no es lo mismo que el hecho de que la sentencia sea recurrible por ley. Esto nos demuestra que esta garantía es una acción desde que inicia un proceso diferente al mérito de la causa en sí misma. Asimismo, siendo una característica importante de la acción extraordinaria el no pronunciarse sobre el fondo de la sentencia, además de analizar la posible violación de derechos a través de la sentencia, auto o decisión definitiva, así como por las otras características que veremos más adelante, es perfectamente lógico concluir que estamos frente a una acción y no de un recurso. Por otra parte, los recursos se caracterizan por ser “medios que la ley concede a las partes dentro del proceso, para obtener que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto”, y como ya dijimos, la acción de protección inicia un proceso donde la pretensión, que es el resarcimiento del derecho violentado, no es la misma que la que dio inicio al proceso anterior.

En consecuencia y siguiendo a GOZAINI, “la acción extraordinaria de protección es un derecho constitucional de petición, que implica el acceso a la justicia y, un derecho subjetivo de recibir tutela jurídica; es decir, supone una garantía constitucional que vigila la protección jurisdiccional o proceso jurisdiccional. En concordancia con esta formulación, VÉSCOVI señala que la acción constituye un “derecho” o “poder” jurídico que se ejerce frente al Estado, en sus órganos jurisdiccionales, para reclamar la actividad jurisdiccional²¹. La Acción Extraordinaria de Protección, es por tanto, un derecho abstracto a reclamar la protección jurisdiccional, contra las sentencias, autos o decisiones definitivas violatorias a los derechos constitucionalmente protegidos.

²¹ Enrique Vescovi. *Teoría General del Proceso*. Edit. Temis. 2ª. Edición: Bogotá, 1999, p. 4

Por último, y como conclusión podemos decir que su naturaleza es privada desde que es una “proyección de la personalidad”²², pero se convierte en pública por la finalidad social que persigue el Estado y la sociedad en que los derechos constitucionales sean respetados, ejercidos y protegidos por las autoridades públicas. Por tanto, se podría decir que tiene una finalidad particular y una finalidad pública que es conformar jurisprudencia constitucional vinculante sobre acciones de protección y garantizar el imperio de la Constitución, y de más instituciones y normas legales.

Finalmente, la Acción Extraordinaria de Protección tiene una naturaleza supremamente excepcional, es decir, que su uso cabe solamente bajo requisitos únicos, no por la frecuencia de las violaciones que eventualmente pueden darse en una producción jurídica humana, sino porque anudando con su carácter subsidiario, solo se configuran los requisitos de admisión en muy pocos casos, porque se supone que los jueces ordinarios ya han hecho un examen o una fiscalización sobre la observancia y respeto a todos los derechos constitucionales durante y dentro de los procesos que se sustanciaron en sus manos. Así también, es extraordinaria por la presunción de validez y eficacia con la que cuentan las decisiones judiciales, especialmente las sentencias; más aún si aceptamos el papel veedor que tienen todos los jueces como primeros protectores de los derechos constitucionales dentro del mandato constitucional.

Como veremos más adelante, la naturaleza jurídica de esta acción como lo hemos planteado, es la justificación de su existencia como parte del proyecto neoconstitucional de protección de derechos, lo cual implica que es indispensable que se viabilicen todos los medios para que sea eficaz en su primer y principal objetivo, que es la protección de derechos, ya que el resarcimiento solo es un medio de obtener el fin de protección.

1.5. Definición y características

La Constitución Ecuatoriana no define de manera precisa a la Acción Extraordinaria de Protección, solo hace una enunciación de la procedencia, y otros aspectos procesales para

²² Eduardo Couture. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 3er. Ed. Póstuma. Depalma: Buenos Aires, 1987, pp. 71, citado por OSVALDO GOZAINI,....

su aplicación, no obstante, partiendo de las características esbozadas en la Constitución, autores como L. CUEVA CARRIÓN ensaya la siguiente definición: “La Acción Constitucional extraordinaria de protección es una acción excepcional que se la tramita ante la Corte Constitucional, luego de agotados los recursos ordinarios y extraordinarios, por quien tuviere legitimación activa; ampara y protege los derechos reconocidos en la Constitución cuando hubieren sido violados, por acción u omisión, en sentencia o en autos definitivos”.²³ Para D. URIBE “es la Garantía Jurisdiccional, creada por la Constitución, para proteger los derechos fundamentales de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades contra las vulneraciones producidas a través de los actos jurisdiccionales”²⁴. En esencia, la Acción Extraordinaria de Protección es una Garantía jurisdiccional, de las normadas en el Capítulo tercero del Título III de la Constitución de la República del Ecuador, que se encuentra establecida en los siguientes términos:

Art. 94: La Acción Extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotados los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

En concordancia, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LGJCC) ha desarrollado esta acción en el siguiente artículo:

Art. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

Por su parte, el artículo 437 de la Constitución, dispone los requisitos de esta acción con el siguiente texto:

Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas.

²³ Luis Cueva Carrión. Acción Constitucional..., op.cit. p.57.

²⁴ Daniel Uribe. Las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales en el Ecuador. Módulo 2. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2010, p. 63.

2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso y otros derechos reconocidos en la Constitución.

El mandato de esta norma es claro y permite vislumbrar dos situaciones específicas: la primera refiere a las violaciones al debido proceso en general, que pueden ocurrir en el juzgamiento o proceso en el que se hubiere obtenido la resolución definitiva cuya impugnación se trate; mientras que la segunda aplica a los casos donde se constate que a través de los actos jurisdiccionales, como los expresamente señalados o en su juzgamiento, ha existido una violación a los derechos constitucionales. Solo bajo estos dos supuestos se podrá accionar esta figura, por tanto, en ningún caso la Corte entrará a analizar el fondo del asunto o el mérito del litigio, aunque indirectamente debe revisar todo el proceso o juzgamiento para verificar si se ha respetado el debido proceso. La jurisprudencia de la Corte ha sido extensa en lo que se refiere al objeto de la acción, de ahí que se han rechazado múltiples acciones por pretender, los accionantes, que la Corte entre a dilucidar situaciones ajenas a las propias de la naturaleza de esta acción, como examen de la legalidad de las sentencias recurridas.

Es importante anotar que en el caso de transgresiones al debido proceso se entiende que éstas pueden haberse producido en cualquier momento del proceso, sea durante las primeras instancias, o al tramitar cualquier acción o recurso ordinario o extraordinario. Es aquí que el principio de subsidiariedad de esta acción se vuelve trascendente, ya que al ser un requisito de procedibilidad el agotar todas las instancias y recursos previos, y al ser un deber de todos los actores jurisdiccionales hacer un control constitucional minucioso del debido proceso, al igual que el resto de derechos constitucionales, se reduce notablemente la perpetuación de dicha violación hasta la Corte Constitucional, minimizando el número de demandas. El otro caso, es que la sentencia, auto o resolución definitiva sea el objeto de la demanda de acción extraordinaria de protección, tanto en su forma de producción como en su contenido. En este caso, su consideración requiere el despliegue de otros principios y requisitos que veremos más adelante.

Adicionalmente, es importante recalcar que el análisis de violación a los derechos, realizado por la Corte, no se limitan a los “derechos fundamentales” sino en general a todos

los “derechos reconocidos en la Constitución”²⁵ y la Corte ha hecho varias aclaraciones en este sentido.²⁶ Por tanto, se puede decir que es amplísimo el catálogo de los derechos que pueden ser objeto de protección en la Acción Extraordinaria de Protección, lo que desde el punto de vista práctico, esta proclamación tan amplia podría generar varios inconvenientes, como la prostitución de la acción por parte de los recurrentes en nombre de la protección de cualquier derecho. Esta situación merece un análisis que involucraría un estudio profundo, pero más adelante haremos un acercamiento somero cuando hablemos sobre los cuestionamientos.

El resto del concepto refiere a las condiciones o características que, sin dejar de ser definitorias a la hora de su procedibilidad, eventualmente pueden estar o no, ya que su ausencia no modifica la esencia de la Acción Extraordinaria de Protección, que como repito, tiene su fundamento en el aseguramiento o protección de los derechos constitucionales frente a las resoluciones judiciales, con lo cual queda inmerso el control constitucional de la función judicial.

Esta acción es, en parte, el resultado de la evolución del Amparo constitucional de 1998, pero emerge como consecuencia de la ideología proteccionista y garantista en su ampliación del sometimiento de todos los poderes, incluyendo al judicial, al Control Constitucional y de protección de derechos. Es el resultante de la división de la antigua acción de amparo en dos acciones diferentes: una preventiva y otra reparatoria; a ésta última le corresponde la Acción de Protección, mientras que la primera está confiada a las Medidas Cautelares. Por su parte, la Acción Extraordinaria es la evolución de la Acción ordinaria de protección para las decisiones judiciales. Es, por lo tanto, esta característica tutelar contra actuaciones judiciales, pero en forma excepcional, la que definen de manera esencial a esta acción.

1.5.1. Legitimación Activa y Pasiva

²⁵ Efraín Pérez. La acción extraordinaria de protección en las sentencias de la Corte Constitucional. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 46.

²⁶ Sentencia N° 003-09-SEP-CC, Caso: 0064-08-EP, Sentencia N° 007-09-SEP-CC, Caso: 0050-08-EP, Sentencia N° 021-09-SEP-CC, Caso: 017-09-EP Quito, D.M., entre otros.

En relación a la legitimación activa, nuestra Constitución establece que:

Art. 437: Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

Por su parte, la LOGJCC también hace una referencia directa a la legitimación activa de esta acción en los siguientes términos:

Art. 59.- Legitimación activa.- La acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte de un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial.

De acuerdo a lo expuesto, el artículo 437 de la Constitución limita la legitimación solamente a los “ciudadanos”, es decir a las personas naturales que están vinculadas al Estado ecuatoriano de acuerdo al artículo 6 del mismo cuerpo legal. Las personas extranjeras, sin embargo, también están garantizadas de acuerdo al artículo 9 de la Constitución, a quienes se les reconoce los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas. En cuanto a las personas jurídicas, no hay una referencia explícita, sin embargo se entiende que están inmersas en la legitimación desde que la Carta Magna, por un lado, no las excluye explícitamente, y por otro, al hablar de derechos violados no hace referencia únicamente a los derechos humanos sino a todos los derechos recogidos en la Constitución. Esta declaración es importante ya que el antiguo Tribunal Constitucional se manifestó en contra de otorgar el Amparo a personas jurídicas, basado precisamente en la normativa constitucional de esa época que señalaba que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los *derechos humanos...*” (arts. 16 y 17) y, por tanto, las personas jurídicas quedaban relegadas por no poder detentar este tipo de derechos. Así lo entendió la Primera Sala, que en su Resolución en la Resolución N° 009-RA-00-I.S. dentro del caso N° 400-99-RA lo explicó en los siguientes términos:

[...] Una de las garantías a los derechos humanos es el amparo, además del hábeas corpus y el hábeas data, y que en virtud de esta disposición sólo correspondería a los habitantes, personas naturales y no jurídicas, y, para mayor abundamiento, solo respecto de derechos humanos que, insistimos, no pueden ser ejercidos por personas jurídicas.

En nuestra normativa constitucional, a través del artículo 3, dentro de los deberes del Estado, se encuentra el de “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución (...)”, los mismos que no se circunscriben únicamente a los denominados “derechos humanos” sino a todos los que están garantizados en la Constitución. Así también lo entiende la Corte Constitucional, y en su sentencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 372 de 27 de enero del 2011, pp. 44 y 45 señala “...esta Corte reitera que pese a que las personas jurídicas no sean titulares de todos los derechos constitucionales fundamentales, sí lo son de aquellos que les correspondan, según su naturaleza social y siempre en atención a la definición constitucional de los derechos de los que se trate...”, y por tanto, la Corte acepta que las personas jurídicas también sean beneficiarias de las garantías constitucionales de acuerdo a los derechos que les asisten. Asimismo, y de forma más ampliada la Sentencia N° 027-09-SEP-CC, dentro del Caso: 0011-08-EP del 08 de octubre de 2009, la Corte se pronunció en los siguientes términos:

En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 436, numeral 1 de la Constitución, esta Corte interpreta el artículo constitucional 437 en el sentido de que la legitimación activa en la acción extraordinaria de protección podrá ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, o entidad estatal.

En estos mismo términos, la sentencia N° 023-10-SEP-CC, emitida por la Corte dentro del Caso N° 0490-09-EP del 11 de mayo de 2010 afianza la posición expresada anteriormente, haciendo un análisis desde varios principios constitucionales desde la interpretación extensiva y no literal del artículo 437 de la Constitución, continuando con los principios filosóficos de la actual Constitución que es de corte garantista, como el principio de acceso gratuito a la justicia de cualquier persona o grupo de personas, el principio de igualdad en el proceso, el principio de no discriminación desde que la acción extraordinaria de protección “busca revisar los autos y sentencias que son parte de un

proceso judicial. El derecho al debido proceso contiene en sí el derecho a la igualdad en el proceso” y ya que “las personas jurídicas de derecho público y privado son también sujetas de procesos judiciales” le son aplicables los principios de igualdad en el proceso y acceso efectivo a la justicia, así como el de la tutela judicial efectiva.

No obstante, el artículo 59 de la LOGJCC legitima a “cualquier persona o grupo de personas”, pero con una condición extra que es que “han o hayan debido ser parte de un proceso por sí mismas o por medio de un procurador judicial”. En este sentido, aparentemente la ley deja a la legitimación sin otra consideración que la que pueda resultar del análisis de admisibilidad que realiza la Corte Constitucional en función de la conexión entre la pretensión y el actor (cualquier persona) que la reclama, sin embargo, al escharbar un poco más podemos ver la sensibilidad de la expresión “han o hayan debido ser parte” ya que parecería que trata a la legitimación desde una perspectiva más restrictiva desde el punto de vista procesal, desde la cual se acerca más a una legitimación *ad processum*, entendida ésta como la capacidad de una persona de comparecer como lo ha hecho. Es decir, en palabras de O. GOZAINI, la Legitimación “*ad processum*” “explica las aptitudes necesarias para actuar en juicio y las condiciones que ha de tener la relación jurídica procesal para que pueda dictarse una sentencia útil a los “contradictores necesarios”...”²⁷, y desde esta condición, solo podrían aplicar aquellas personas que fueron parte en el proceso, legítimamente, o aquellas que debieron estarlo y que por razones concretas y no por falta de diligencia, no lo han estado. Por ende, se entendería que quedan desplazadas aquellas personas que, aunque tengan un interés jurídico válido que haya sido lesionado por un auto definitivo o por la sentencia definitiva, no fueron o no debieron ser parte en el proceso judicial que dio como resultado la sentencia violatoria. Desde otro vértice, DEVIS ECHANDÍA citado por S. ANDRADE explica que en la legitimación en la causa o *legitimatio ad causam* “no se necesita ser el titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o de la relación jurídica material (lo que supondría que ésta siempre existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe (y por lo tanto, aún cuando en realidad no exista). Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial

²⁷ Osvaldo Gozaíni. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Editorial La Ley. 1ª. Edición. Buenos Aires: 2009, Tomo I, p. 346

pretendido... Es decir, no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenían en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquellos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso.”²⁸ A mí entender, esta legitimación en la causa está ignorada en la literalidad del artículo 59 de la LOGJCC sobre la legitimación activa de la Acción extraordinaria, ya que como veremos más adelante, la sentencia violatoria puede generar nuevas legitimaciones *ad causam* distintas de las controvertidas durante el proceso que dio paso a la sentencia violatoria de derechos. Por ejemplo, en un juicio de reivindicación donde las partes legitimadas *ad procesum* hayan estado presentes, y cuya sentencia ha sido pronunciada en armonía con la legitimación *ad causam*, pero que al mismo tiempo dicha decisión viola derechos de terceros que no debían formar parte de la controversia sino hasta el momento en que esa sentencia se pronunció contra derecho, estas personas, a quienes se les ha violado el derecho, aparentemente no tendrían legitimación para presentar una acción extraordinaria. Este tema amerita un análisis más extenso que por no constituir tema de la presente disertación, solo dejaremos expuesto el problema, el mismo que podría ser objeto de estudio de otra tesina.

Por otro parte, en lo que se refiere a la legitimación pasiva, primeramente es necesario puntualizar que la acción extraordinaria de protección procede cuando ha intervenido un órgano judicial y cuando dicha intervención ha tenido lugar en el juicio produciendo una sentencia o auto definitivo que ha violado un derecho constitucional, causando un agravio. Esto quiere decir que dado el carácter excepcional de esta acción, no solo por su carácter residual sino por los bienes jurídicos que protege, y sobre todo por ser al accionar de los funcionarios judiciales en tanto los fallos que emiten, la materia especial de control, la legitimación pasiva se comparte entre el juez y la otra parte. A diferencia de la Casación, en donde se entiende que el legitimado pasivo sigue siendo la contraparte, a pesar de haber sido el juez sustanciador quien incurrió en alguna de las causales de esa acción; en cambio, en la acción extraordinaria de protección es el juez el llamado a hacer escritos de descargo

²⁸ Santiago Andrade. *La Casación Civil en el Ecuador*. Editorial Andrade y Asociados. Quito: 2005, p. 125

por ser él quien elaboró una sentencia o un auto violatorio, y por tanto, quien dio pie a que se desencadenara la legitimación de la parte accionante. Sin embargo, la contraparte en el proceso, se la toma en cuenta como parte interesada obviamente, pero contra quien se interpone la acción es contra quien produjo la sentencia violatoria, objeto de la acción, es decir contra los servidores judiciales, en este caso concretamente de los jueces o tribunales. Por tal motivo, la comparecencia y/o descargo debe presentarlo el juez o tribunales actuantes directamente, ya que, de acuerdo a lo estudiado por E. PEREZ, no cabe la citación a los superiores o representantes de la Función Judicial²⁹, sino a quienes son responsables directamente de la producción de la sentencia impugnada. Esto puede entenderse desde el actual papel de los jueces como los primeros garantistas de los derechos constitucionales, y por lo tanto, los primeros responsables de la producción jurisprudencial y del quehacer jurisdiccional. De ahí que el inciso 4 del artículo 61 de la LOGJCC solicita como requisito de la demanda señalar la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional, de manera que se establece intrínsecamente la legitimidad pasiva, y por otro lado, la Sala de Selección de la Corte Constitucional, al elaborar el registro de las causas donde debe estar detallados los datos de cada caso como la legitimación activa y pasiva, en ésta última se señala al juez o al tribunal del cual emergió la sentencia o auto definitivo objeto del reclamos constitucional. En este mismo sentido, el artículo 67 de la misma ley establece la repetición del Estado contra servidores públicos por violación de derechos que se haya producido “en el ejercicio de sus funciones”; y dado que éstas, en el caso de los jueces y tribunales, es precisamente sentenciar sobre asuntos sometidos a su resolución dentro de su jurisdicción, es lógico que el último inciso de este mismo artículo puntualice: “Este artículo también se aplica para los servidores y servidoras judiciales”. De manera más clara, la Corte lo explica en su sentencia N° 007-09-SEP-CC, dentro del caso 0050-08-EP.SRO N° 602, en la que señala que la acción extraordinaria “(e)s por ende una acción constitucional para proteger, precautelar, tutelar y ampara los derechos constitucionales que han sido violados o afectados por la acción u omisión en un fallo judicial (sentencia o auto definitivo) dictado por un juez”, y que es requisito “(q)ue exista una violación contra un derecho

²⁹ Efraín Pérez. La acción extraordinaria..., op.cit., p. 37.

constitucional, ya sea por acción u omisión; en este caso, de aquellos que tienen por destinatario al juez en su función de interpretar y aplicar el derecho...”. De esta manera, queda claro que el sujeto pasivo dentro de la legitimación en esta acción constitucional es el juez, y por ende está llamado a hacer el descargo respectivo, tanto por escrito a través de un informe, de acuerdo al artículo 37 y 38 de la LOGJCC, o en la audiencia, de ser el caso.

1.5.2. Término para accionar

De acuerdo a la letra de la ley, el legislador estableció un término de veinte días, el cual se inserta en los siguientes términos:

Art. 60.- Término para accionar.- El término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional para quienes fueron parte; y, para quienes debieron serlo, el término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia.

Esta norma cuenta con una importancia meridiana desde que la falta de determinación de un plazo para la interposición de la acción en el texto de la Constitución, permitió airoas críticas en cuanto a la seguridad jurídica y al imperio de la cosa juzgada. No fue sino hasta la promulgación de la LGJCC, cuando se acuñó este artículo, dejando que las críticas contra esta institución se encaminaran hacia otros rumbos.

El término determinado en este artículo es ostensiblemente más largo que el de los recursos ordinarios, quizás por la importancia del bien jurídico que se intenta proteger a través de esta acción, y por la notoriedad y trascendencia que las sentencias de la Corte tienen como productos jurisprudenciales vinculantes. También puede ser por el carácter extraordinario de la acción y por la intención de facilitar la tutela efectiva de los derechos a través de las acciones jurisdiccionales. Desde este punto de vista, resulta coherente la estandarización del tiempo, aunque no existe una explicación del porqué se estableció esa cantidad de días. Sin embargo, es interesante compaginar este tiempo con las demás determinaciones de la ley sobre las otras características de la acción, para determinar si se materializa el carácter urgente de esta acción.

Parecería un poco inapropiado la redacción de este artículo en lo que se refiere al término providencia, ya que éste puede tener otras acepciones y dar pie a equivocaciones. Sin embargo, la Corte ya ha dejado claro el alcance que la acción extraordinaria tiene en referencia a los actos o decisiones judiciales que pueden ser susceptibles de revisión. En lo que se refiere a los autos en particular, son impugnables: 1. Los decretos con fuerza de sentencia, 2. De llamamiento a juicio, 3. Interlocutorio definitivo ejecutoriado, y 4. En general, auto firme.³⁰ Finalmente, una de las condiciones *sine qua non* para que estén firmes las decisiones jurisdiccionales es que estén agotadas todas las vías de apelación y revisión, y solo en este estado puede ser interpuesta la Acción extraordinaria. Subsiste la inquietud sobre la determinación del término para “los que debieron ser parte conocieron de la providencia”, ya que emerge la inquietud de cómo probar cuándo supieron de la decisión judicial, lo que aparentemente debería ser determinado o comprobado por la Secretaría General o por la Sala de Admisión, lo que implica que los jueces hagan un proceso previo donde se presente pruebas de tal situación, aunque la norma no hace una referencia de este particular, por lo que la Corte debería pronunciarse sobre este tema haciendo la interpretación pertinente.

1.5.3. Requisitos de la Demanda

La Demanda (característica propia de la acción y no de los recursos) da inicio a la tramitación de la Acción siempre para ante la Corte Constitucional, y una vez recibida la demanda se realiza la consecuente calificación de la misma y se realiza la notificación. El procedimiento está regulado en la LOGJCC en los artículo 61 y 62, y en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional en los capítulos I, II, III, IV y V del Título II, y de forma más específica a la acción extraordinaria de protección en el capítulo II del Título III, el cual señala que la demanda será presentada en la

³⁰ Sentencia N° 007-09-SEP-CC, Caso 0050-08-EP.SRO N° 602, 1° de junio del 2009; Sentencia N° 0010-10-SEP-CC, Caso N° 0502-09-EP SRO N° 177, 22 de abril del 2010; Sentencia N° 017-09-SEP-CC, Caso N° 0061-08-EP SRO N° 651, 7 de agosto del 2009

judicatura, sala o tribunal que expidió la decisión judicial impugnada, y será enviada a la Corte en un máximo de 5 días. La Secretaría General recibirá la demanda y verificará que no exista ninguna otra acción constitucional con iguales identidades y realizará una individualización del caso e identificará plazos constitucionales y legales para resolver. De esta manera, en un plazo de 6 días efectuará el ingreso, registro y remisión de toda la documentación a las diferentes Salas del Organismo para continuar con el trámite. La Sala de Admisión deberá verificar que los requisitos de la demanda hayan sido observados, además que conste la pretensión concreta, el señalamiento de la casilla judicial, constitucional o correo electrónico y la firma o huella del accionante. Por último, las causas deberán ser ordenadas y clasificadas, por parte de la Secretaría General, de acuerdo al tipo de acción para su posterior sorteo entre los integrantes de la Sala para establecer el juez ponente de los autos de admisibilidad, quienes elaborarán una ponencia de admisibilidad que deberá ser remitida a la Secretaría General para la resolución de la Sala de Admisión. Finalmente, la Sala recibirá los proyectos de providencia y se pronunciará admitiendo, inadmitiendo, rechazando o disponiendo que se complete o aclare la demanda en el término de cinco días. De acuerdo al artículo pertinente, la norma establece como requisitos los siguientes:

Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener:

1. La calidad en la que comparece la persona accionante.
2. Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada.
3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.
4. Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional.
5. Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial.
6. Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la juez o juez que conoce la causa.

El numeral 2 de este artículo se complementa con el artículo 36 del Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, el cual establece que dentro de la documentación habilitante, la sala o tribunal que recibe la acción, solicitará la copia certificada de la sentencia o auto definitivo para que el juez de instancia haga cumplir lo resuelto, en concordancia con el artículo 62 inciso penúltimo de la LOGJCC, en el cual se exhibe la prohibición expresa de que se suspendan los efectos de la sentencia que se está demandando. Esta disposición se entiende desde la perspectiva de la acción como un instrumento reparatorio, donde la protección que se brinda a los derechos se dirige a la compensación del daño sufrido, es decir en su efecto devolutivo. Sin embargo, es complicado a mi entender, compaginar esta norma con los principios proteccionistas de la Constitución, ya que esencialmente el fundamento de la defensa de los derechos empieza *a priori*, es decir, evitando que las personas sean perjudicadas o violentadas en el uso y goce de sus derechos, a través de mecanismos idóneos y eficaces de custodia y apoyo (por ejemplo, las políticas públicas...) y complementariamente, el sistema garantista patrocina un sistema instrumental que permite exigir el fiel cumplimiento de esas salvaguardas de derechos, a través de mecanismos sancionadores, para que los derechos no sean simplemente meras expectativas. En este sentido, la ley deja de lado el primer objetivo de tutela y solo se concentra en el segundo, a través de la reparación integral. Esto podría entenderse desde una sola posición, la cual entiende a la acción extraordinaria de protección básicamente como una acción reparatoria, y no un mecanismo preventivo. Sin embargo, considero que es innecesaria la exigencia del cumplimiento de la sentencia, o la prohibición de suspender los efectos de la misma, cuando se está analizando la violación de un derecho, mucho más tomando en cuenta que las consecuencias que pueden devenir de ese cumplimiento pueden ser graves o irreparables, con lo cual la compensación o reparación integral queda insuficiente, o no es tan efectiva como lo sería la detención de los efectos. En este escenario, solo quedaría complementarla con las acciones preventivas que puedan caber para evitar estos riesgos como las Medidas Cautelares constitucionales. Sin embargo, de la lectura del artículo 27 de la LOFJCC se entiende prohibida la interposición de las Medidas Cautelares conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección, con lo que la situación se vuelve mucho más grave desde la perspectiva de la protección, ya que

abandona totalmente cualquier posibilidad de un resguardo cautelar y podría consagrar una situación violatoria de derechos, al menos hasta que la Corte acepte la acción lo que implica varios meses de mantener una violación activa, situación que la volveremos a tratar más adelante.

Por otro lado, es importante detenernos en el numeral 3 del artículo 61 que indica la obligación de demostrar que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios antes de interponer esta acción. Esta determinación hace referencia al principio de subsidiariedad, a través del cual se configura el presupuesto de admisibilidad de esta acción. Esta característica es de suma importancia de cara a las múltiples críticas en razón del riesgo de saltarse la justicia ordinaria para atacar a la Corte Constitucional con reclamos que no han recibido el tratamiento y la tutela de los órganos de la justicia ordinaria, con la consecuente saturación que esto produciría. En este sentido, C. STORINI declara que la razón de este requisito es “la condición de garantes naturales de los derechos fundamentales de los órganos de la justicia ordinaria”³¹. En este sentido, queda plasmada la necesaria participación de los jueces como los primeros veedores de la justicia constitucional, para lo cual se requiere una transformación en el pensamiento meramente legalista del positivismo jurídico que ha dirigido a nuestro ordenamiento jurídico durante muchos años, y adecuarse a la nueva formulación ideológica que les permitirá realizar su oficio de manera coherente con las determinaciones constitucionales. La Corte Constitucional ya se ha pronunciado en este sentido en la Sentencia N° 004-09-SEP-CC, caso N°0030-08-EP de 14 de mayo de 2009, publicada en el Registro Oficial N° 602 de 1 de junio de 2009, dejando en claro que la acción extraordinaria es un mecanismo subsidiario, no es una cuarta instancia, que la Corte no es un Tribunal de Alzada, y que su único propósito es pronunciarse sobre la violación de los derechos constitucionales.³²

³¹ Claudia Storini. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derecho e instituciones. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009, p. 309.

³² “La Acción Extraordinaria de Protección es una garantía jurisdiccional que forma parte de aquellas que “protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario” contra posibles acciones u omisiones en que puedan incurrir los jueces ordinarios. En este sentido, no se trata de una instancia sobrepuesta a las ya existentes ni tampoco tiene como propósito deslegitimar la actuación de juezas y jueces, sino por lo contrario, se trata de un mecanismo subsidiario que complementa y refuerza. [...] la Corte interviene siempre que se verifiquen indicios de violaciones a derechos reconocidos por la Constitución de la República, sin que pueda,

Aquí puede incorporarse una situación especial, que es el caso de que la lesión la haya producido el órgano jurisdiccional que actúa en la última instancia, en cuyo caso no es posible la denuncia hasta ese momento. En este supuesto, vale decir que la determinación de agotar todos los recursos posibles sigue aplicable, en lo que se pueda y sea pertinente, desde la instancia donde se produjo la lesión a los mandatos constitucionales.

El conjunto de requisitos impuestos por este artículo para la admisión de la Acción, responde a la necesidad de contextualizar la pretensión del accionante y mantener la integridad de esta institución procesal. Una vez admitida, la norma dice que la Corte deberá responder en un máximo de 30 días. Una vez que la Corte entra a conocer la causa, “son principios y derechos constitucionales que especialmente rigen [su] actuación: el debido proceso, la tutela judicial efectiva, la igualdad formal y la seguridad jurídica”.³³

1.5.4. Admisión

En cuanto a la admisión, la ley establece lo siguiente:

Art. 62.- Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días.

La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;
2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;
3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;

por lo tanto, establecer en sus fallos si las decisiones adoptadas por los jueces en instancias anteriores fueron o no equivocadas o injustas, es decir, pronunciarse sobre valoraciones probatorias o las consideraciones legales en litigio”.

³³ Efraín Pérez. La acción extraordinaria..., op.cit., p. 23.

4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;
5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;
6. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley;
7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,
8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.

Si declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente a la jueza, juez o tribunal que dictó la providencia y dicha declaración no será susceptible de apelación; si la declara admisible se procederá al sorteo para designar a la jueza o juez ponente, quien sin más trámite elaborará y remitirá el proyecto de sentencia, al pleno para su conocimiento y decisión.

La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.

Esta identificación incluirá una argumentación clara sobre el derecho y la relación directa e inmediata, por acción u omisión.

El numeral 8 de este artículo es claro y firme al expresar que la acción extraordinaria está dirigida a solventar violaciones “graves” de derechos, y a sentenciar asuntos de “relevancia y trascendencia nacional”, lo que integra el concepto de “extraordinario” de esta acción. Es decir, que le da una jerarquía material a la acción, evitando que sea utilizada como una instancia más del sistema jurisdiccional, y en este sentido, la Corte se ha manifestado en los siguientes términos: “...debemos tener presente que la acción extraordinaria de protección no debe ser considerada como la prosecución de instancias propias de la justicia ordinaria, menos aún puede pretenderse que a través de ésta se ventilen asuntos de mera legalidad de competencia exclusiva de la justicia ordinaria...”³⁴ Además de constituir una vía de selección, este requisito nos lleva a otra consideración de la connotación del concepto “grave” y el de “relevancia nacional”, ya que esta calificación de la violación nos transporta a una inevitable comparación con lo expuesto líneas atrás respecto al riesgo que se corre al no suspender los efectos de la sentencia hasta que se

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 352. de 10 de enero del 2011, p. 49

tramite la acción. La determinación de grave refiere a que la violación sea definitiva a la hora de emitir la sentencia, en el caso de que sea durante el proceso, por ejemplo: no valorar correctamente la prueba o no citar adecuadamente, ya que estas violaciones conducirán a que la resolución tome un curso y otro.

Así, la ley ya nos ha dejado claro que esta acción es extraordinaria por varios motivos: porque procede contra decisiones judiciales, porque solo entra a analizar la supuesta violación del debido proceso o de derechos constitucionales, porque es parte del sistema de protección de los derechos constitucionales, porque el ente que la tramita es la Corte Constitucional, porque tiene carácter subsidiario, entre otras. Además, la ley es reiterativa al imponer todos los requisitos para mantener la integridad de la acción en contraste con el amplio espectro de derechos a proteger. No obstante, no es extraordinaria a la hora de impedir que la violación “grave”, que además debe ser “relevante y trascendente” para el país, se siga perpetuando en los efectos de la sentencia. En otras palabras, no impide que el daño material de la sentencia se evite, tanto por la prohibición de la suspensión de los efectos de la sentencia, como por la prohibición de interponer medidas cautelares conjuntamente.

1.5.5. Sentencia

La decisión de la Corte, pronunciada en la Sentencia, deberá declarar la violación y, concomitantemente, determinará la reparación integral al afectado, de acuerdo al tenor de este artículo:

Art. 63.- Sentencia.- La Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado.

La Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción.

La sentencia de la Corte deberá contener los elementos establecidos en las normas generales de las garantías jurisdiccionales establecidas en esta ley, aplicados a las particularidades de esta acción.

Debemos entender que una vez que la Corte ha pronunciado la violación de los derechos, los efectos de la sentencia, decisión judicial o auto sometido a la acción extraordinaria de protección se vuelve nula, y por tanto, los efectos de tales actos procesales son susceptibles de reparación por haber sido resultado de una violación, por tanto, al ser declarado el acto como ilegal al igual que sus efectos, son susceptibles de reparación. Si tomamos en cuenta, que a pesar de la repetición que le confiere la ley al Estado en contra del funcionario que ha sido responsable de la emisión de la sentencia violatoria, persiste la obligación del Estado de subsanar la afectación al recurrente, lo cual podría evitarse si en principio se dejara en suspenso el cumplimiento de la sentencia. De acuerdo a lo establecido en la Constitución y la ley, el responsable de la violación está determinado por la legitimación pasiva que deriva de la demanda en la acción propuesta por el accionante, en la cual debe especificarse claramente quién elaboró, produjo o sentenció el producto jurisprudencial objeto de la acción. La ley hace responsable de la violación a quien ha elaborado el auto o sentencia donde se han identificado las violaciones, pero no dice nada sobre solidaridad en la responsabilidad para las instancias ordinarias de revisión que la ley prevé. El descargo solo se lo impone a quien está determinado como directo responsable de la violación analizando el momento en que se produjo. Esto es entendible en medida de que solo los autos o sentencias definitivas que hayan agotado las instancias ordinarias pueden ser objeto de análisis por parte de la Corte en la acción extraordinaria de protección, de tal manera que si una sentencia fue violatoria en primera instancia, y durante el proceso de apelación la segunda instancia no la detectó y falló sin alegar ni corregir la violación, y si finalmente la decisión es sometida al recurso de Casación y sucede lo mismo, la Corte solo podrá pronunciarse del fallo de la Corte Nacional pidiendo explicación a los jueces de la Sala pertinente para su descargo, pero se pedirá que se retrotraiga el proceso hasta antes del momento de la violación. De esta manera, de acuerdo a las responsabilidades que tiene cada juez y cada Tribunal, se deberá dirigir la acción de indemnización y el derecho de repetición del Estado lo determinará proporcionalmente a cada operador que haya incurrido en la violación en la medida de sus responsabilidades y obligaciones.

La norma dice que la Corte Constitucional deberá pronunciarse en el término máximo de treinta días, lo que quiere decir que si a éste le adicionamos, de acuerdo al artículo 62, cinco días para que la judicatura, sala o tribunal remita el expediente a la Corte Constitucional, para que después la Sala de Admisión se tome diez días para analizar los requisitos de admisión de la acción, y solo en el caso de que todos estos términos se cumplan a cabalidad, la persona que ha interpuesto una acción extraordinaria de protección, obtendrá la resolución de su caso en no menos de cuarenta y cinco días, tiempo en el cual, la sentencia que debe estar ejecutada o ejecutándose, provocará todos sus efectos o el daño sería irreparable. En el caso de que sea declarada la violación, el cumplimiento de la sentencia violatoria podrá provocar todo el daño “grave” que se intenta evitar, aumentando consecuentemente, el monto de la reparación, en el caso de que pueda existir reparación, ya que en otros casos podrá suponer un daño irreparable.

Esta consideración de tiempos es muy importante frente al bien jurídico que se intenta proteger, esto es, los derechos constitucionales, los cuales deben estar protegidos desde la perspectiva de la custodia, primero, y después de la reparación. En cuarenta y cinco días una causa puede estar derrocada, un dinero cobrado y gastado, una propiedad puede ser negociada, dificultando que se pueda reparar cabalmente el daño que una sentencia ilegal puede provocar.

Por este motivo y como hemos visto, la sentencia puede disponer la reparación integral al afectado de una sentencia declarada violatoria, de acuerdo al mandato de la norma constitucional a través del artículo 11 numeral 9 previniendo que:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o por las acciones y omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. [...]

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Asimismo, en el capítulo III de las disposiciones comunes de las Garantías jurisdiccionales, el numeral 3 del artículo 86 dispone que:

[...] La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatar la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. [...]

Así también el artículo 172 de la norma Suprema dispone que “(...) Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”. En el mismo sentido, el artículo 18 de la LOGJCC dispone:

En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreiables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida. [...]

Para ampliar esta responsabilidad del Estado sobre la reparación integral, los artículos 19 y 20 de esta misma ley, dispone que en caso de encontrar al Estado responsable, la jueza o juez deberá declararlo en la sentencia, y en caso de que la reparación sea económica, la tramitación se hará en juicio contencioso administrativo, conjuntamente con el envío del expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que inicie las

acciones administrativas correspondientes, y si es necesario, la repetición contra el funcionario.

Finalmente, el artículo 32 y 33 del Código Orgánico de la Función Judicial también trata el procedimiento que ha de seguirse en el caso de “error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación al derecho de tutela judicial efectiva y por violación de los principios y reglas del debido proceso” conjuntamente con el trámite de repetición.

De esta manera queda consagrada la responsabilidad del Estado en caso de que los funcionarios, incluyendo a los judiciales, produzcan una violación de derechos en contra de cualquier ciudadano, y adicionalmente, se dispone la obligación de reparar integralmente el derecho vulnerado.

En este sentido, podemos determinar algunas situaciones que la norma suprema, y que la ley prevén: en primer lugar la disposición de ordenar la reparación integral en el caso de encontrar la violación de un derecho por parte de un tercero; la segunda, en caso de encontrar violación por una producción judicial declarada violatoria de derechos por parte de jueces o tribunales. En el primer caso, se dispone que en la misma sentencia se declare la reparación integral con las especificaciones pertinentes, y en el caso de tratarse de indemnizaciones pecuniarias, habilita al perjudicado a accionar en juicio verbal sumario para el pago de esas compensaciones. En la segunda situación, se establece lo propio para la reparación integral por daños causados por sentencias violatorias, error judicial entre otras, que en el caso de la Acción extraordinaria de protección es principalmente la restauración del derecho vulnerado retro trayendo el proceso hasta el momento en que se produjo la violación del debido proceso, o de otra índole, de manera que la primera consecuencia sea que el derecho vulnerado sea restablecido, y así se ha manifestado la Corte en la sentencia 0034-12-SEP-CC en el caso 1362-10-EP donde se dispone que “como consecuencia de la reparación integral se deja sin efecto la sentencia [...] dictada por los jueces de la Sala de los Civil, Mercantil y la Familia de la Corte Nacional de Justicia, y se retrotrae los efectos al momento procesal anterior a la declaración de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva [...]” y ordena que la nueva Sala “deberá sustanciar

nuevamente el recurso de casación (...) con la necesidad de evitar recurrir nuevamente en las vulneraciones [...] declaradas en esta sentencia [...]”. Es así que en primer momento la sentencia busca permitir que el afectado pueda volver a gozar de su derecho, y pueda ejercerlo libremente. De este mismo modo, para la violación de otro tipo de derechos también se hace la especificación adecuada, como lo dispuesto en la sentencia 0199-12-SEP-CC en el caso 0140-09-EP en donde se dispone “la protección especial de la señor R.T.R.R. [...] para lo cual se deja sin ningún efecto lo dispuesto por el Comisario Nacional de Policía [...] y se dispone que se mantengan las medidas de amparo dictadas a su favor”. Como podemos ver, la reparación también puede abarcar la disposición de medidas especiales para evitar que el daño vuelva a producirse en el futuro y que el derecho sea mantenido y preservado. Concomitantemente, las pretensiones de reparación pecuniaria se tramitarán en juicio contencioso administrativo que dará pie a las acciones de repetición dispuestas en la ley.

La norma es clara en atender el perjuicio que sufrió el perjudicado desde dos perspectivas: material e inmaterial, tratando de que el juez quede facultado para dictar todos los correctivos posibles para que el derecho quede resarcido de la forma más completa posible, incluso contempla que para determinar la afectación se tome en cuenta los perjuicios provocados no solo al accionante sino también a su familia.

Ahora bien, se entiende que la afectación sufrida por la persona puede, en algunos casos, no ser suceptible de reparación en el sentido de devolver el estado de las cosas al lugar en el que estaban antes de la violación, pero se intentará que el perjudicado pueda obtener una reparación compensatoria por el daño sufrido. Sin embargo, puede ser que la pretensión del afectado, en cuanto a cómo se le debe restaurar el derecho sea inaplicable o improcedente, y para tales casos, los jueces quedan facultados a decidir, bajo las reglas del sano juicio y con total discrecionalidad, las compensaciones adecuadas, tal como así reconoció la Corte en el caso 0013-09-SIS-CC.

Por otro lado, le lay entiende que en el quehacer judicial también participan, de manera determinante, los abogados que auspician las acciones constitucionales y por tanto

establece sanciones para quienes usen temerariamente esta acción como mecanismo para dilatar procesos, y lo establece de esta manera:

Art. 64.- Sanciones.- Cuando la acción extraordinaria de protección fuere interpuesta sin fundamento alguno, la Corte Constitucional establecerá los correctivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sancione a la o el abogado patrocinador, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. La reincidencia será sancionada con suspensión del ejercicio profesional, de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

El descrédito que sufrió la Casación y la misma Acción de Amparo en años anteriores, realza la importancia de esta disposición, la misma que atendida desde la teoría del abuso del derecho, la mala fe procesal y la corrupción, deberá aplicarse con total rigurosidad en pro de no desnaturalizar y volver ineficaz a esta figura tan importante de protección.

Tal como se la ha presentado, esta acción cuenta con las siguientes características:

a) Independencia puesto que no guarda relación procesal con respecto de otras garantías jurisdiccionales, tales como la acción de protección, ni resuelve sobre los asuntos litigiosos que motivaron un proceso en la jurisdicción ordinaria. Es así, que la Corte se ha manifestado contraria a realizar ningún tipo de análisis sobre cuestiones puntuales propias del proceso ordinario como pruebas o cualquier otro que devenga en una intervención directa. Incluso, la responsabilidad de un fallo revisado y sentenciado en contra, abre la legitimación pasiva únicamente para el operador judicial que lo produjo y no contra los superiores ni contra la otra parte. Adicionalmente, la Corte devuelve el expediente para que el juez de instancia vuelva a sustanciar la causa pero con estricto sometimiento a los mandamientos constitucionales y legales.

b) Excepcionalidad toda vez que procede únicamente contra determinadas actuaciones judiciales, y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad establecidos por la misma norma constitucional.

c) Especialidad ya que solo puede ser activada respecto de la vulneración de derechos constitucionales, producidos por acción u omisión. Los límites prácticos los va desarrollando la Corte a través de su jurisprudencia, y en concordancia con el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución, el contenido y alcance de los derechos “se

desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas...”. Por otro lado, si tomamos en cuenta que el objeto de aplicación de la Acción Extraordinaria de Protección son las producciones judiciales que se derivan de un proceso judicial, es apenas lógico que sean repetitivas aquellas que tienen que ver con el debido proceso, el cual se puede compaginar con la misma función de los operadores judiciales. En otras palabras, debido a la esencia del oficio de los jueces, que es conocer y dirimir conflictos en base de un proceso, los pone en el riesgo de errar contra los derechos protegidos y garantizados en él, y por eso es que la Acción Extraordinaria de Protección detenta el carácter extraordinario: por ser revisora de decisiones judiciales, a diferencia de la Acción de Protección que abarca todas las violaciones producidas por cualquier persona que no sea operador judicial. De esta forma, se puede apreciar en la jurisprudencia constitucional que la mayoría de casos resueltos por la Corte tratan sobre asuntos procesales constitucionales, especialmente los que tienen que ver con el debido proceso, con los principios de seguridad jurídica y acceso a la tutela jurídica, y minoritariamente han tratado asuntos violatorios de otra índole. A mi manera de ver, esta delimitación la va marcando el propio accionante de acuerdo a las violaciones que se van detectando, ya que como sabemos la Corte solo resuelve acciones que le sean interpuestas, las mismas que deben contener una clara explicación de la violación que se alega, y sobre la cual se va a pronunciar el Pleno.

La relativa novedad con la que cuenta esta acción, ofrece muchos y variados temas que merecen una gran profundización, pero ya que ese no es el objeto de estudio de la presente tesina, no nos alargaremos más en la determinación de los aspectos específicos. Lo que nos interesa es delinear la figura de tal manera que nos permita aproximarnos a su esencia de una forma global y partir de ahí al análisis correspondiente.

1.6. Efectos

La Constitución, al igual que la LGJCC, no se manifiesta de forma puntual sobre todos los efectos del otorgamiento de la Acción Extraordinaria de protección. La única referencia que hace sobre las consecuencias de esta acción es la que se encuentra en el artículo 63 de la LGJCC, que dispone que de declararse la violación, la Corte ordenará la reparación

integral al afectado, mientras que el artículo 18 de la LGJCC define lo que debe entenderse por reparación integral. Más allá de este efecto, no se dice nada más sobre el destino de la sentencia, auto definitivo o resolución con fuerza de sentencia. En este sentido, la Corte tiene la tarea “moduladora” de la sentencia en referencia a la integralidad de la reparación, que le compele a aplicar su sano juicio para determinar compensaciones justas y adecuadas a cada situación.

Como lo entiende A. GRIJALVA, los efectos de la Acción Extraordinaria de Protección debería ser la declaración de la nulidad de todo lo actuado desde donde se verificó la violación, al igual que todos sus efectos jurídicos, y la devolución al juez del respectivo proceso para que vuelva actuar, pero esta vez, en el marco de las disposiciones constitucionales.³⁵ No obstante, MORÁN MARIDUEÑA disiente con este criterio, y opina que “una vez sentenciado no hace falta devolver el proceso, lo cual suena obvio, pues como vemos no se trata, para criterio de la actual Corte Constitucional, de un recurso sino de una acción, de tal forma que nada tienen que ver los efectos devolutivos y suspensivos”.³⁶

No obstante, en el estudio que hace E. PEREZ de la Acción extraordinaria de protección³⁷, de acuerdo a la jurisprudencia emitida, especialmente durante el período de transición, concluye que la sentencia puede producir los siguientes resultados:

1. Dejar sin efecto la sentencia impugnada, aceptando total o parcialmente la demanda³⁸
2. Disponer que se “retrotraiga” el proceso a un momento procesal donde se produjo la vulneración de derechos reclamada³⁹

³⁵ Agustín Grijalva. La acción extraordinaria..., op.cit., p. 663.

³⁶ Ciro Camilo Morán Maridueña. La Acción Extraordinaria..., op.cit.

³⁷ Efraín Pérez. La Acción Extraordinaria..., op.cit., pp. 58-59.

³⁸ Sentencia N° 003-10-SEP-CC. Caso N° 0290-09-EP. Quito, 13 de enero de 2010: “Acéptase la acción extraordinaria de protección planteada en contra de la sentencia de casación de la Sala de lo Contenciosos Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del 23 de marzo del 2009, dejándola sin efecto”.

³⁹ Sentencia N° 0004-10-SEP-CC. Caso N° 0388-09-EP. Quito, 24 de febrero de 2010: “Disponer que el proceso N.O 194-2007. tramitado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, cuyas decisiones judiciales se impugnan en esta acción extraordinaria. se retrotraiga al momento procesal en que se vulneraron los derechos referidos en el numeral anterior”.

3. Disponer que el tribunal proceda a dictar “la sentencia tomando en cuenta las disposiciones constitucionales y legales pertinentes⁴⁰ En este sentido, se afianza, por un lado la independencia judicial, al encargársele que vuelva a sustanciar el proceso desde el momento en que se produjo la vulneración de derechos, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión controvertida, sino solamente dicta la prevención de tomar en cuenta las disposiciones constitucionales que fueron analizadas para llegar a la conclusión de la existencia de la violación de derechos.

Así también, la Corte ha dispuesto, como efecto de la aceptación de la acción extraordinaria, efectos particulares para cada caso, como reliquidación de remuneraciones al accionante, solicitar al juez *a quo* nombre peritos para efectuar nuevos avalúos, disponer la inmediata libertad del accionante.⁴¹ Por tanto, podríamos decir que los efectos de las sentencias se han desarrollado más ampliamente con el quehacer de la Corte, manifestando reiteradamente en la jurisprudencia, el mandato constitucional de interpretar y adecuar la norma de acuerdo a los principios y fines constitucionales, es decir, a la justicia. Sin embargo, dentro de este análisis cabe preguntarse qué pasa con los derechos de la otra parte que formó parte en el proceso que dio origen a la sentencia en revisión. Volviendo la mirada a los derechos constitucionales, la tutela judicial efectiva, así como la seguridad jurídica, se encuentran en discusión si los vemos desde la perspectiva de quien fue beneficiado por una sentencia que posteriormente fue revocada, anulada o suspendida por acción de la sentencia condenatoria de la Acción Extraordinaria de Protección. Ante esta posición, podríamos decir que una sentencia favorable para una de las partes obtenida con clara violación a los derechos constitucionalmente protegidos no es justicia, y por lo tanto, no resuelve un conflicto, sino que lo aumenta. En este contexto, los derechos de la otra parte están supeditados a la enmienda de la sentencia violatoria, los mismos que tendrían que haberse juzgado con total apego a las disposiciones constitucionales. La Corte se ha manifestado muy claramente en este sentido: “...los derechos constitucionales dejarían de

⁴⁰ Sentencia N° 016-10-SEP-CC, Caso N° 0092-09-EP. Quito, 29 de abril de 2010: “...en consecuencia, disponer que la Sala de Conjuces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia Proceda a dictar sentencia correspondiente tomando en cuenta las disposiciones constitucionales y legales pertinentes”.

⁴¹ Efraín Pérez. La acción extraordinaria..., op.cit., p. 60.

tener sentido si no estuvieran garantizados por la tutela efectiva..., de lo que se colige que el debido proceso debe garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones..., pero fundamentalmente está ligado al acceso a la justicia; ...las palabras “acceso a la justicia” no se definen con facilidad, pero sirven para enfocar dos propósitos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado. Primero el sistema debe ser igualmente accesible para todos: segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos...”⁴² Sobre la Seguridad Jurídica, por su parte, la Corte también se ha manifestado en los siguientes términos: “...La seguridad jurídica en la doctrina es vista como un principio universalmente reconocido del derecho que se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de los que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela...”⁴³ La parte beneficiaria de la primera sentencia podría sentirse afectada por el fallo constitucional en contra, porque obviamente sus intereses se verían afectados, que es diferente a decir que sus derechos estén vulnerados. No obstante, esta no es ni una situación privativa de esta acción constitucional, ni una realidad fáctica, ya que la misma situación puede generar una sentencia sometida a casación, y en general, todas aquellas que son emanadas de un control no solo de constitucionalidad sino de legalidad. Por otro lado, la otra parte en el proceso tiene los mismos derechos de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica que el accionante, ya que la Corte dictamina que se retrotraiga el proceso hasta el momento donde se produjo la violación, y que el proceso continúe sustanciándose desde ese punto, pero esta vez respetando los preceptos de la norma suprema. Eventualmente, el problema que sí se podría plantear es qué pasa con los efectos de la ejecución de la sentencia que ha sido impugnada frente a un posterior otorgamiento de la acción extraordinaria. Es decir, aunque

⁴² Sentencia de la Corte Constitucional N° 021-12-SEP-CC caso N° 0419-11-EP

⁴³ Sentencia de la Corte Constitucional R.O. N° 605 de 4 de junio del 2009, p. 5 y 6

el proceso deba volver a sustanciarse, el estado de las cosas estarían en un estado diferente al que se encontraban al momento en que sucedió la violación procesal, ya que todavía no estaba producida y mucho menos ejecutoriada ninguna decisión judicial. No existe una determinación legal clara de cómo deberían volver las cosas a su estado anterior, de qué manera puede el juez verificar que las dos partes provoquen la similitud de situaciones que al momento del juicio tenían, y en fin, cómo encarar una situación en la cual los efectos de la sentencia ya han sido producidos. Este es un tema que lo trataremos con mayor detenimiento posteriormente.

Por otro lado, de la lectura del artículo 436.6, se podría decir que un efecto colateral o indirecto del otorgamiento de la Acción Extraordinaria de Protección, como de las demás garantías, en relación a las atribuciones de la Corte Constitucional, es permitir la creación de precedentes jurisprudenciales, y en lo que se pueda, interpretar los alcances de los derechos establecidos en la Constitución. En esta misma línea, aunque con mayor precisión, S. LOPEZ HIDALGO considera que “la acción extraordinaria de protección cumple con dos finalidades: de un lado corrige errores judiciales; y de otro lado, unifica la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales logrando una constitucionalización coherente del ordenamiento jurídico”.⁴⁴ En el mismo sentido, E. PEREZ opina que por lo dispuesto en el artículo citado, “la Corte Constitucional es competente para expedir sentencias que constituirán jurisprudencia vinculantes respecto de las acciones extraordinarias de protección”.⁴⁵

1.7. Conclusiones

Desde aquí nace el estudio profundo de la presente tesina, la misma que analiza la procedencia de ciertos artículos controversiales de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El que acabamos de citar, el artículo 62, limita los efectos de la

⁴⁴ Sebastián López Hidalgo. La acción extraordinaria de protección y las decisiones judiciales en Teoría y práctica de la Justicia Constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 693.

⁴⁵ Efraín Pérez. La acción extraordinaria..., op.cit., p. 62.

Acción Extraordinaria de Protección circunscribiéndola a su ámbito reparatorio o de resarcimiento. Esto quiere decir que tomando en cuenta la naturaleza de la acción extraordinaria, como una garantía de protección de los derechos de manera compensatoria, solo puede aplicarse posteriormente al cometimiento de la violación por parte de una sentencia. No puede operar de manera preventiva evitando los efectos de la sentencia, incluso cuando la violación se haya producido durante el proceso. En otras palabras, para que se configure los requisitos de procedibilidad de esta acción, es necesario que se produzca efectivamente la violación, porque es ésta la que se ataca. Queda, entonces, la porción preventiva o cautelar de la protección que brindaba la antigua acción de amparo, y a ésta corresponderían las Medidas Cautelares. La combinación de estas dos acciones, en conjunto, brindaría la verdadera protección de los derechos, evitando que se produzca la violación con sus respectivas consecuencias, en base de las cuales se realiza el análisis compensatorio o de resarcimiento. Sin embargo, el artículo 27 del mismo cuerpo legal fija una orfandad a la protección integral al prohibir que las medidas cautelares se puedan interponer conjuntamente con la acción de protección.

Las Sentencias son las decisiones judiciales que determinan a quién le corresponde el derecho, la razón de lo requerido en la demanda. Pero esta producción jurisdiccional adquiere importancia desde que puede ser efectivamente ejecutable y no quede en una simple declaración. Por ende, cuando hablamos de efectos de la sentencia estamos frente al resultado de la aplicación de lo decidido. Si nos quedáramos solamente en la parte declarativa, ésta solo podría ser violatoria en su declaración, como una norma, pero es efectivamente violatoria cuando lo fallado se ejecuta, y de ahí que nace la necesidad de la reparación integral de la que habla la norma. En virtud de mantener una coherencia teórica y práctica, entendemos que la configuración de los requisitos de la acción extraordinaria debe ser la ejecución de la sentencia, y es precisamente por esta misma razón que se vuelve indispensable proseguir con una garantía que complete la protección desde el plano preventivo. Sin embargo, queda la duda de que esta misma situación pueda aplicarse con lógica en el caso de que la violación haya ocurrido durante el proceso, en cuyo caso podría parecer una incongruencia con el espíritu proteccionista de los derechos de esta constitución. En primer lugar porque no podríamos hablar de una efectiva protección si no

existiera la herramienta para evitar una acción violatoria, a lo mucho podríamos referirnos a un sistema compensatorio o indemnizatorio; en segundo lugar, la indefensión que esto puede provocar constituye en sí misma una violación constitucional, especialmente de cara al último inciso del numeral 3 del artículo 11 de la Constitución, y el numeral 4 del mismo artículo.

CAPITULO II

MEDIDAS CAUTELARES CONSTITUCIONALES

El objetivo del presente capítulo es el reconocimiento de las Medidas Cautelares como una herramienta indispensable para complementar el rango de acción de las garantías jurisdiccionales constitucionales, en pro de un sistema de protección eficaz de los derechos. Veremos la compatibilidad de este mecanismo tutelar de cara a la acción extraordinaria de protección para ofrecer un sustento jurídico e ideológico que nos permita analizar la posible inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

2.1. Definición

Como ya se dijo anteriormente, es preciso señalar de manera clara el concepto de lo que va a ser nuestro objeto de estudio en el presente capítulo para lograr un acuerdo conceptual que nos facilite concretar los temas consecuentes. El término cautelar proviene del latín *cautela* que significa “precaver” o “prevenir”, lo que nos lleva a otros sinónimos tales como suspender, tutelar, cancelar, entre otros. Para algunos autores como Cabanellas, lo cautelar refiere a “tomar medidas”, como “adoptar las disposiciones o dar las órdenes que las circunstancias impongan de modo singular para restablecer el orden, cortar el abuso, restablecer la confianza o la disciplina”⁴⁶. Otras definiciones, como la presentada por Manuel Osorio concuerdan con los conceptos de “prevenir, adoptar precauciones,

⁴⁶ Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1991.

precaver”⁴⁷. Por su parte, Couture define a las medidas cautelares como “aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo”⁴⁸. “Las medidas cautelares están determinadas por el peligro o la urgencia y se dictan con anterioridad a la declaración de voluntad”⁴⁹. Lo expuesto nos lleva a entender a lo cautelar como aquello dirigido a evitar un acontecimiento cuyos efectos se pretenden no sucedan, adelantándose a lo posible y próximo, a aquello que todavía no se ha realizado. En este sentido, las medidas cautelares son “cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para prevenir que su resolución pueda ser más eficaz”⁵⁰. Para David Cordero Heredia, la medida cautelar tendrá el objeto de evitar o cesar la violación o amenaza de violación de un derecho humano ⁵¹ De esta manera, podemos colegir que las medidas cautelares tienen dos aristas importantes: la primera, se refiere a una forma de evitar o cesar un peligro o riesgo, que va a acontecer o que está por suceder; la segunda, se remite a asegurar que el resultado de un litigio sea eficaz.

Tanto en el derecho civil como en el derecho penal o en el derecho administrativo, las medidas cautelares tiene larga data, y podemos ver pruebas de su utilización desde el Derecho Romano, las Siete Partidas, pasando por el Derecho Español y a través de éste, a los ordenamientos latinoamericanos. En este desarrollo, las medidas cautelares responden a una necesidad práctica de garantizar ciertos objetivos referentes a los derechos que se discuten en un juicio. Se deriva de la experiencia que dice que mientras se discute un litigio y llega la sentencia definitiva, muchas cosas pueden suceder con las cosas o personas motivo del litigio, y si no se brinda algún mecanismo de respaldo, cuando llegue la

⁴⁷ Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 27ª. Edición, 2000 p. 171.

⁴⁸ Eduardo Couture. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 5ª. Reimpresión. 1993, p. 405.

⁴⁹ Etimología: *Medida* proviene del bajo latín *metita*, de igual significado, postverbal del verbo latino *metior*, -iri “medir”, cuyo participio pretérito en el latín clásico era *mensus*, mientras que en baja época se adoptó la forma analógica *metitus*, de donde el castellano *medido* y *medida*. *Cautelar* es derivado culto y moderno de *cautela*, y éste del latín popular *cautela*, -ae, derivado de *cautus*, -a, -um “cauto”, participio pretérito de *cavei*, -ere “prevenir (se)”, “tener cuidado”.

⁵⁰ Op.cit., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, p. 613.

⁵¹ Heredia. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito: INREDH, 2009, p. 261.

sentencia, puede ser que la situación original haya cambiado, sea porque ya no exista, o porque se haya destruido, o posiblemente porque la persona haya escapado, provocando así que la sentencia se torne ineficaz. En esta circunstancia, el proceso judicial no cumplirá con su finalidad de impartir justicia, e incluso puede convertirse en el pretexto perfecto para desviar los objetos sobre los cuales se trabó la litis, y con esto, la tutela efectiva se convierte en un mero enunciado con solo buenos propósitos. En este sentido, encontramos en el desarrollo jurídico garantías patrimoniales o garantías personales que han tenido un desarrollo muy importante en las legislaciones, tales como el embargo, la prohibición de enajenar, el secuestro, la prisión preventiva, entre otras. Pero las medidas cautelares tienen en sí mismas una finalidad muy precisa, y su existencia responde a una necesidad de proteger el fin último del derecho que no es otra cosa que la justicia, eficaz y oportuna.

2.2. Naturaleza Jurídica de las medidas cautelares

El Estado, como ya se ha dicho anteriormente, es el depositario del poder judicial por mandato del soberano, que no es otro que el pueblo. Al cumplir con este encargo, también adquiere los deberes y responsabilidades que esto conlleva, los mismos que están expresamente enunciados en las Cartas Fundamentales de cada nación. Con el desarrollo de la doctrina jurídica contemporánea, adicionalmente se le ha confiado al Estado, un compromiso mucho más altruista que la simple aplicación de las normas sustanciales. En el Estado de derechos como el nuestro, los principios, es decir los elementos inspiradores de la producción normativa y del quehacer social, judicial y político, que priorizan los derechos de las personas sobre todo quehacer estatal, son los rectores de las actuaciones del Estado, en todas sus funciones y poderes, y aquellos están enraizados en la contemplación, respeto y seguimiento de los derechos fundamentales del ser humano. Por ende, la función judicial debe estar embebida de estos principios y dictar justicia con la vista en la justicia y con los derechos en la mano. Uno de estos derechos es el de Acceso Judicial y obtener de los órganos jurisdiccionales la Tutela Efectiva de sus derechos. En este contexto, los resultados son parte de la calificación del Estado en sus funciones.

Desde esta posición, el Estado debe, además de impartir justicia, promover todos los mecanismos necesarios para que sus decisiones o las obligaciones expresadas en el

ordenamiento jurídico sean efectivamente realizadas. Es decir, a más de elaborar un sistema normativo que dicte los procesos a seguir para la resolución de las controversias, también debe proveer todo mecanismo asegurativo que repela cualquier situación que amenace con lograr tal fin de manera eficaz. En este sentido, las medidas cautelares encuentran su esencia y naturaleza jurídica como mecanismo o instrumento del que se sirve el Estado para resguardar el fin de la jurisdicción. Así, las medidas cautelares son instituciones procesales de garantía, que se definen como instrumentos que se vivifican en el proceso, o antes de él, del cual se espera una protección de los derechos.

Por esto, las medidas cautelares encuentran su razón de ser en el paradigma del choque de dos principios esencialmente procesales: la ponderación y la celeridad. La conjunción de estos principios encierra el “deber ser” de la actividad jurisdiccional para conseguir el objetivo de impartir justicia, de forma eficaz. La eficacia, a su vez, depende de que la decisión se dicte a tiempo y, además, sea sustancial y adjetivamente apegada a la legalidad. No obstante, existe una realidad judicial que impide que este anhelo se materialice pues la gestión de los procesos genera retrasos en la producción de sentencias expeditas, y adicionalmente, en algunos casos se presentan errores judiciales. En este contexto, se revela la necesidad de encontrar un mecanismo que, entendiendo la naturaleza del proceso, concilie lo que Carnelutti menciona repetidamente: la disfunción entre “hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde”⁵².

De esta manera, las medidas cautelares, asistiéndose de las características de su naturaleza, tienden, tanto a satisfacer el principio de celeridad, dejando que la ponderación llegue reposadamente, con todo el análisis que cualquier proclamación de derechos requiere; como a precaver un daño futuro e inminente, que además puede ser grave e irremediable.

Es evidente, por tanto, que las medidas cautelares tienen existencia dentro de un proceso ya iniciado o, por lo menos, planteado. Pero en otros casos, como lo sostiene la doctrina constitucional, existen por sí mismas para lograr un fin específico que por su

⁵² Piero Calamandrei. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Perú: ARA Editores, 2005, p. 43.

urgencia deben ser atendidas inmediatamente. De todas maneras, su existencia es contingente de un proceso principal donde se ventila y se espera la determinación a favor o en contra de un derecho. En este sentido, las medidas cautelares gozan de dos características: la precaución y la anticipación, que son elementos esenciales de lo cautelar.

Por tanto, es adecuado conceptualizar a las medidas cautelares por su finalidad procesal, definidas por su única y específica categorización, y no intentar introducirlas dentro de los procesos materiales o de conocimiento. Para esto es necesario definir a las medidas cautelares desde un criterio teleológico, es decir por el *fin* que persigue y no tanto por un criterio ontológico que buscaría sus *cualidades*, ya que éstas pueden empujarnos a una confusión con otros mecanismos provisorios que no son cautelares en sí mismos.

Así, podemos decir que por un lado, el fin de las medidas cautelares es el de servir a un proceso principal, “a cuyos efectos están preordenados”⁵³, para viabilizar que los principios de celeridad y eficacia converjan convenientemente, sin tener que sacrificar a uno por el otro. Es, en esencia, el mecanismo que sirve al proceso principal para evitar que la amenaza de un daño se materialice, o se agudice o empeore el daño existente, pero siempre por un solo motivo: por la demora en el dictamen de una sentencia o resolución. Su existencia se justifica por las causas que le dieron origen para la protección o tutela inmediata de los derechos que corren peligro de sufrir daños irreparables., de tal manera que si éstas dejan de existir antes de que empiece un proceso, su existencia se hace innecesaria. En cambio, la permanencia de las medidas, por su naturaleza, es transitoria, de tal manera que por una cuestión de seguridad jurídica, el accionante deberá pedir que su situación sea determinada por un dictamen permanente.

Es necesario, entonces, insistir en que las medidas cautelares no son procesos sino instrumentos de un proceso, pero tienen un carácter procesal. No puede clasificarse dentro de los denominados procesos de cognición ni de ejecución. Poseen una categoría procesal cautelar individual y especial. Esto se sustenta en la característica más importante de las medidas cautelares, la que las define de principio a fin: la instrumentalidad.

⁵³ Piero Calamandrei. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Op.cit.*, p. 137.

La instrumentalidad indica que las medidas cautelares son medios o mecanismos, herramientas con un objetivo específico: proteger los derechos y servir al proceso. Se dice esto, ya que el objetivo de un proceso es “obtener el acto de tutela jurídica”⁵⁴, pero para que este fin no sea una mera expectativa sino una realidad que tome en cuenta y armonice las realidades prácticas de la aplicación en casos concretos, es apremiante utilizar herramientas expeditas que puedan ayudar a proteger derechos mientras se decide sobre el mérito de la acción presentada. Así, se logra que no se sacrifique la justicia por la observación y ejecución de actos procedimentales que ayudan a aclarar la controversia que está pendiente.

Esto quiere decir que las medidas cautelares, *a priori*, no son un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a la resolución de la causa principal motivo del proceso en el cual se las interpone o que eventualmente tendrá que generarse. No obstante, en el contexto constitucional, toma matices autónomos y diferente. Su existencia se agota por sí misma en el fin que persigue, no pretende ni espera que su naturaleza procesal se vuelva sustancial o material. Su vida es interina, momentánea, hasta que le sobrevenga la decisión final y su contenido no puede aspirar a convertirse en definitivo. Es decir, las medidas cautelares no persiguen una resolución concreta y específica del contenido por el cual se las solicita o que permita dirimir una disputa, ya que su objetivo está dirigido a proteger al solicitante de un daño grave e inminente, independientemente de la resolución que llegue posteriormente y sin necesidad de probarlo. Por tanto, las medidas cautelares resaltan su característica de hipotéticas porque su concesión puede estar o no acorde a la resolución final, es decir, es indiferente a la pretensión de la acción.

Con lo expuesto, es evidente que las medidas cautelares lograrán así que el contenido de la ley actúe en la resolución o sentencia respecto al mismo estado de hecho que estaba presente al momento de la presentación de la demanda judicial. Así lo entiende Chiovenda, citado por Calamandrei, quien reitera que las medidas cautelares permiten que la ley se

⁵⁴ Teresa Armenta Deu. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 4ª. Edición, 2009,p. 38.

manifieste en la sentencia “como si [ella] ocurriese en el momento mismo de la demanda judicial”⁵⁵.

Tres elementos podemos resumir de lo antedicho:

1. Anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior,
2. Satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, o por otra situación particular, y
3. Sus efectos están preordenados y atenedos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente o la extinción de las causas que le dieron origen.

2.3. Objeto de las medidas cautelares

El proceso cautelar, en consecuencia, tiene como objetivo, por un lado, la garantía de la preservación e integridad de los derechos que nos asisten a los ciudadanos, y por otro, el desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la resolución definitiva a una controversia. Como se dijo anteriormente, el objeto y fin de las medidas cautelares son su esencia y su razón de ser. Cuando las causas que generaron la interposición de las medidas cautelares se extinguen o al llegar la sentencia definitiva, la vida de las medidas cautelares se extinguen irremediabilmente, no por falta de impulso de las partes procesales, sino porque cumplieron su finalidad.

2.4. Características

Del estudio de las medidas cautelares, podemos citar ciertos principios o características jurisdiccionales propias de la justicia ordinaria, que deben tomarse en cuenta a la hora de entender la configuración de este instrumento para después hacer una comparación y diferenciación con las medidas cautelares constitucionales, con las cuales obtienen muchas similitudes pero también diferencias. La mayoría de autores concuerdan con los siguientes principios:

⁵⁵ *Id.* p. 44.

- Instrumentalidad: las medidas cautelares son esencialmente mecanismos de garantía, y por lo tanto, se desarrollan dentro de un contexto procesal existente, o de uno que va a existir, dentro del cual van a cumplir su propósito garantista. No buscan en sí mismas la determinación de un derecho específico, sino que sirven de instrumento para proteger un derecho y para asegurar el fin último de un proceso judicial, esto es, obtener justicia, que en nuestro sistema es lograr que el juez determine a quién le corresponde el derecho discutido,. En este sentido, las medidas cautelares están vinculadas a un proceso principal, al que sirven, “garantizando la efectividad de su resultado”⁵⁶. Como lo dice Calamandrei, las medidas cautelares son “instrumento del instrumento”⁵⁷ en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional. Esta determinación conceptual se deriva de la idea de que las medidas cautelares son un instrumento o mecanismo que intenta que el proceso principal cumpla con su finalidad última que es la tutela judicial.

El carácter instrumental de estas medidas debe entenderse en sentido amplio, esto quiere decir que la medida cautelar no solo se la debe entender como un instrumento que garantice la efectividad de la sentencia sino que también están destinadas a asegurar la ejecución.

- Provisoriedad: ésta refiere a la limitación de la duración de sus efectos en el tiempo, pero ésta se aplica más allá de la temporalidad, ya que como lo explica Calamandrei, esta última es “simplemente lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí misma duración limitada”, mientras que lo provisorio es, en cambio, “lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio”⁵⁸. Así, esta característica se entiende mejor desde la instrumentalidad, donde la provisoriedad

⁵⁶ Mabel De Los Santos. “Medida Autosatisfactiva y Medida Cautelar”. *Medidas Cautelares, Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 1998. p. 38.

⁵⁷ Piero Calamandrei. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Op. Cit.*, p. 45.

⁵⁸ Piero Calamandrei. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Perú: ARA Editores, 2005, p. 36.

emerge como una consecuencia lógica del enlace con un procedimiento principal. En este sentido, las medidas cautelares están destinadas a una existencia contenciosa y provisoria, siempre en función de una situación previa. Consecuentemente, podemos decir que las medidas cautelares contienen una característica de provisoriedad pero no son en sí mismas medidas provisorias porque éstas pueden ser no cautelares. Las medidas cautelares se agotan en el momento que conquistan su fin, que no es otro que proporcionar una garantía mientras se resuelve el mérito de la controversia, la misma que al ser dictada acaba con toda la sustentabilidad de la acción. Es decir, es provisoria en su fin, pero persisten mientras pendan las circunstancias que le dieron vida, y mientras esté en curso el proceso dentro del cual se pretende proteger un derecho en vías de ser vulnerado. Por este motivo, si una medida fue rechazada, puede volverse a interponerla en tanto se haya modificado la situación de hecho o de derecho que justifique, en ese momento, su reiterada interposición.

- Mutabilidad o flexibilidad: debido a la finalidad que se persigue, y con el objeto de proteger de una manera más eficiente los derechos inmiscuidos directa o indirectamente en el proceso, “puede disponerse un aseguramiento distinto al solicitado y obtenido” con el objetivo de que la garantía que se persigue sea realmente adecuada y útil. Esta característica, sin embargo, no implica que la decisión no sea estable, ya que como lo enuncia Carnelutti, es “(...) irrevocable, dentro de los límites en que está llamado a valer”.⁵⁹

- Se decreta *inaudita parte*: las medidas cautelares podrán decretarse sin la audiencia de la otra parte, para evitar que por la notificación de la solicitud o del trámite de las medidas, se otorgue la posibilidad de frustrar o cambiar la situación del bien jurídico que se intenta proteger. Sin embargo, la ley podría eventualmente solicitar que la medida cautelar esté acompañada de un aseguramiento o caución a favor de la otra parte, sin que por esto implique la participación de la otra parte, ya que la caución se la establecería por el juez.

⁵⁹ Francisco Carnelutti. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 1ª. Edición. México: Editorial Cárdenas Editor Distribuidor. 1998. p. 391.

- Se otorga en *grado de apariencia*: se deriva del carácter cautelar de las medidas, donde solo la apariencia de un posible daño “inminente y grave” es suficiente motivo para decretarlas (conjuntamente con las otras características estructurales). El denominado “*fumus bonis iuris*” (buen olor del derecho) se utiliza en las medidas cautelares como el principio de cognición en el proceso de conocimiento para emitir un pronunciamiento de la ley, esto quiere decir que el juez aplicará su experiencia y sano juicio para estimar conveniente el otorgamiento de las medidas sin necesidad de probar su necesidad. No se podría entender otra forma de justificar el criterio de otorgamiento de la medida, ya que de otro modo requeriría una tramitación más extensa lo que neutralizaría su razón de ser y su principal motivo de interposición, además de la celeridad.

- *No producen efectos de cosa juzgada material, no causan instancia y su acogimiento no configura prejuzgamiento*⁶⁰: por su esencia instrumental las medidas cautelares no pueden ni pretenden ser en sí mismas un proceso ni de conocimiento ni de ejecución, sino solo cautelar, tan específico como resulta y, tan singular como nació. La concesión de las medidas no involucran en caso alguno un prejuzgamiento, ya que son independientes del mérito del asunto controvertido, y si la sentencia se decreta en contra o a favor, las medidas ordenadas, en principio, se extinguen por el solo hecho de que la resolución sobre el controvertido ya fue dictada.

- No tiene incidencia directa sobre la relación procesal en sí, por lo tanto no interrumpe el plazo de caducidad de la instancia.

- Procedibilidad: Presencia de un interés jurídico, que surge de la existencia del *periculum in mora*. Para Calamandrei, consiste en la “existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva”⁶¹. Dentro del sistema jurisdiccional, los procesos predeterminados por el

⁶⁰ Cfr. Mabel De Los Santos. “Medida Autosatisfactiva y Medida Cautelar”, *Medidas Cautelares. Revista de Derecho Procesal. Op.cit.*, p. 42.

⁶¹ *Id.* p. 38.

positivismo jurídico, enmarcan una serie de pasos así como de solemnidades que deben contemplarse, seguirse y respetarse como parte de la misma seguridad jurídica del Debido Proceso. Esta seguridad, contradictoriamente, puede provocar, por la naturaleza misma de las gestiones, una demora en la emisión de la providencia definitiva o resolutoria, es decir en la sentencia. Durante este camino, se pueden provocar daños colaterales a derechos que se encuentran comprometidos dentro del litigio, que buscan su conservación en la decisión del juez. Sin embargo, la mayoría de las veces, dicha decisión requiere de tiempo para adoptar una posición respecto del mérito del asunto controvertido, y en la casi totalidad de procesos, más tiempo del que la justicia puede aguantar. Es precisamente esta “mora” en la emisión de la providencia final o resolutoria la que comienza a configurar la justificación de la existencia de las medidas cautelares, y a formarse la esencia de la misma, que en palabras de Calamandrei es la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”.⁶²

Ahora, para que el “*perriculum in mora*” actúe de manera definitiva en la determinación de la medida cautelar, es necesario puntualizar las condiciones específicas que diferencian a las medidas cautelares de cualquier otra providencia provisoria y preventiva, y que son la esencia de este término. Así, observamos las siguientes:

1. Prevención: en el estado de peligro de un daño jurídico, la amenaza de un riesgo evidente, provoca que la intervención para frenar un posible daño sea *a priori*. (dentro de esta característica, se desarrolla el *fomus bonis iuris* que es el “humo del buen derecho”). Pero no es un peligro genérico, del cual pueden ocuparse otras instituciones procesales, sino que además de manifestarse de forma próxima y posible, lo hace de forma inminente que provoque daños irreversibles, y por ello es necesario proteger el que se intenta cuidar, pero con toda la anticipación necesaria para que en

⁶² *Id.* p. 45.

efecto no sea lesionado. Es decir, que de no encontrar intervención adecuada y oportuna, el daño se presentará de manera inexcusable.

2. Urgencia: la eminencia del peligro requiere de una providencia que tenga el carácter de urgente. El juez debe dictarla de manera inmediata para evitar la inminencia del daño, o impedir que se agrave el daño ya ocurrido. Para este propósito, se requiere que el juez se manifieste sin retardo, y sin otra consideración que la presentación justificada de este peligro inminente, posible y próximo. Por este motivo, son de ejecutabilidad inmediata: los recursos contra las mismas se conceden con efecto devolutivo (no suspensivo) y ningún incidente planteado por el destinatario de la medida puede detener su cumplimiento.⁶³

3. Daño irreparable: Muchos autores también establecen que el daño al que se teme debe tener una característica de irreparabilidad, es decir, que la relación entre el daño temido y el daño efectivo se vincula con la existencia de un daño irreparable, entendiéndose como tal a aquel que se produce sin que se tenga alguna expectativa de reparación, o que ésta sea muy difícil, y por ende, provoca una lesión insubsanable. La aceptación de esta posición puede provocar una protección muy baja, ya que puede darse el caso de peligros graves e inminentes que puedan ser susceptibles de reparación, en cuyo caso, siguiendo esta corriente, no calificarían para ser objetos de una medida cautelar. Generalmente, cualquier daño grave altera definitivamente una situación, y en muy pocos casos se puede volver al estado anterior exacto de las cosas, aunque sí podría haber una compensación similar o igual. Pero este análisis debe hacerse en cada caso particular, no solo por la posibilidad de que sea irremediable, sino por la consideración de que la compensación podría ser muy alta y difícil de cumplir. De ahí que se conecte lógicamente con la urgencia de la emanación de la providencia.

⁶³ Cfr. Mabel De Los Santos. “Medida Autosatisfactiva y Medida Cautelar”, *Medidas Cautelares, Revista de Derecho Procesal. Op.cit.*, p. 43.

Para otros autores, como Pablo Tremps, existen otras características como la modificabilidad, jurisdiccionalidad y menor onerosidad⁶⁴, que constituyen particularidades secundarias y, por lo tanto, no representan una aportación determinante para el presente trabajo por lo que no entraremos a detallar cada una de ellas, sin embargo, sí podemos decir que en su conjunto, las características de las medidas cautelares definen su esencia, especialmente en lo que se refiere a lo expedito de su trámite, el cual tiene que ver con la importancia de lo que persigue.

2.5. Efectos de las Medidas Cautelares

Como efecto principal, las medidas cautelares crean un estado jurídico provisional, que dura hasta que se elimine o suspenda el daño o la inminencia del daño al derecho protegido. El interés es mantener el estado de las cosas de tal manera que la decisión sobreviniente, si es que se pide o acciona, se exprese con idoneidad y concordancia con lo que se planteó en un principio, ateniéndose al estado original que provocó la interposición de la eventual demanda. De acuerdo al efecto de las medidas, éstas pueden ser conservativas o innovativas según se requiera para “la determinación del estado jurídico impuesto para el arreglo provisional del litigio”⁶⁵ o para cautelar el derecho violado o en riesgo. Las primeras tienden “a mantener el estado de hecho existente”, y las segundas “a operar su modificación”.⁶⁶

En un sentido más específico, las medidas cautelares, en cada caso, evitarán la amenaza de la violación de un derecho, o en el caso de que ya se esté dando una transgresión, hacer cesar dicha situación. El otorgamiento de las medidas cautelares no constituyen prejuzgamiento sobre la declaración de la violación, tampoco goza de valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos.

⁶⁴ Pablo Pérez Tremps. *Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2005. p. 110.

⁶⁵ Francisco Carnelutti. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, 1ª. Edición. México: Editorial Cárdenas Editor Distribuidor. *Op.cit.*, p. 388.

⁶⁶ Lino Enrique Palacio. *La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual, en Medidas Cautelares, en Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 1998. p. 105.

2.6. Las medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Desde la última mitad del siglo pasado, luego de las atrocidades desencadenadas por los regímenes totalitarios especialmente europeos y asiáticos de mediados de siglo, y las dictaduras latinoamericanas de la segunda mitad del siglo XX, y principalmente después de destaparse el genocidio cometido por el régimen nazi, la humanidad vio la necesidad de crear y promover organismos supranacionales que estén destinados a la única y fundamental tarea de proteger los derechos de los seres humanos frente a la arbitrariedad del poder estatal.

La Organización de las Naciones Unidas, y la Organización de Estados Americanos, como otras organizaciones internacionales, son el resultado del acuerdo y concientización internacional sobre la necesidad de establecer límites al accionar de los Estados en consideración de los derechos innatos a la calidad de ser humano de todos sus ciudadanos. En su accionar, en un principio la Asamblea General de las Naciones Unidas solo hizo una aproximación a lo que, con el tiempo, se convirtió en el paradigma del derecho internacional sobre protección de derechos. Con la Declaración de la Asamblea General preparada por la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946, el mundo conoció la Declaración de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, en donde se hizo una enunciación y un reconocimiento de los derechos más elementales del ser humano, los mismos que han tenido un desarrollo amplio y creciente en las últimas décadas.

Bajo los mismos principios, nace el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH) que consiste en un conjunto de reglas, principios e instituciones contenidos en instrumentos regionales sobre protección de Derechos Humanos, cuyo fin es el de cumplir con los propósitos enmarcados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos en los países que conforman dicha organización. Desde esta perspectiva, encontramos dos vértices: el primero está relacionado con la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), y el segundo está vinculado con los organismos y procedimientos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que solo son aplicados a los Estados parte. Los dos trabajan concomitantemente,

e incluso se puede decir que “en un sentido general la Organización de Estados Americanos establecida en 1948 y el sistema interamericano, son sinónimos”⁶⁷

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se sustenta tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), como en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, ya que “(...) su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (...), los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”⁶⁸. De esta manera, nos enfrentamos a dos regímenes dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el primero, nace con la adopción de la Carta de la Organización de Estados Americanos y el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; el segundo es el sistema adoptado dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos cuya dinámica coacciona a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se desarrolla un sistema específicamente garantista.⁶⁹

El artículo 1 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos designa a la Corte como un órgano autónomo cuyo fin es el de procurar la aplicación e interpretación de la Convención. Estas dos funciones de la Corte nos aclara la doble misión confiada a este órgano: por un lado, la Corte debe conocer sobre las causas presentadas, y por el otro, sirve de órgano de consulta del Sistema. Esta determinación de las competencias de la Corte circunscribe su área de acción, por un lado, a la garantía de protección de los derechos antes de que las violaciones ocurran, y por otro, determina la responsabilidad de los Estados frente a las transgresiones de los derechos humanos y su consecuente reparación. En este sentido, la Corte se ha pronunciado explícitamente aclarando que ella no es un órgano de casación o apelación ya que “carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno”, pues esta acción corresponde únicamente a las instancias jurisdiccionales

⁶⁷ T. Buergenthal, R. Norris, y D. Shelton. *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*. Madrid: Civitas, 1994, p.56

⁶⁸ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999

⁶⁹ P. Nikken. *La Protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid: Civitas. 1987

locales.⁷⁰ Asimismo, la Corte ha declarado que su intervención “no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a la víctimas y disponer la reparación de los daños [...]”.⁷¹

Es importante rescatar esta filosofía jurisdiccional de la Corte, porque nos indica que el Sistema Interamericano plantea un cambio en la ideología procesal legalista a principios sustancialmente humanos, que va muy acorde con las nuevas tendencias neoconstitucionalistas de protección de derechos de nuestra época. La Corte no es un ente en sí mismo penalista, es decir, no busca sancionar a los infractores, sino que intenta prevenir, evitar una violación, o en su caso, reparar o resarcir, de alguna manera, a las víctimas de las violaciones. Esto es totalmente consecuente con su naturaleza y con sus objetivos de creación, y se basa en un sistema moral de principios, donde sus dictámenes están dirigidos a crear precedentes, entablar sanciones morales que sirvan de referente internacional para futuros casos y demarcar una política de cooperación entre los Estados signatarios para consolidar una política internacional humanista basada en la aplicación de los principios protectores, proyectadas en todas las legislaciones internas de cada país. Con esto se busca minimizar, con el tiempo, los casos de abusos de poder por parte de los gobiernos, haciendo hincapié en la tarea garantista del Sistema Interamericano, y generando una efectiva protección de los derechos humanos.

En este sentido, la Corte no ha sido ajena a la relevancia de los bienes jurídicos que el Sistema Interamericano intenta proteger. Es consciente que la trascendencia de la actividad cautelar requiere de mecanismos expeditos y eficaces que logren contener posibles riesgos derivados, sean de las situaciones de hecho, como por retaliación por la interposición de una causa ante la Comisión. Por este motivo, uno de los mecanismos aceptados y utilizados con mucha frecuencia y con alta efectividad son las Medidas de prevención, que están divididas en Medidas de Urgencia, Medidas Provisionales y Medidas Cautelares.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Sentencia de 29 de enero de 1997.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

Medidas de urgencia: son aquellas dictadas por el Presidente de la Corte durante los períodos de receso de ésta, que en atención de la necesidad urgente de tomarlas, consistentes en el requerimiento al Estado demandado para que adopte con urgencia las medidas necesarias para proteger los derechos humanos que estén en peligro. Cuando la Corte reinicia sus sesiones, mediante una resolución ratifica o rectifica la resolución dictada por su Presidente y dispone las medidas provisionales pertinentes. Lo que busca la presidencia es garantizar “que la Corte pueda ejercer fielmente su mandato convencional”⁷².

Medidas Provisionales: son las que la Corte adopta directamente durante sus sesiones ordinarias o extraordinarias. Son órdenes específicas dirigidas al Estado para que adopte las medidas necesarias para proteger los derechos, o para preservar una situación jurídica determinada.

Medidas Cautelares: son aquellos que la Comisión Interamericana le solicita al Estado que adopte. Aunque no gozan de base convencional, están consagradas en el artículo 25 de la Comisión⁷³.

Las medidas provisionales y cautelares están destinadas a cumplir con su finalidad garantista, tanto en evitar una violación, es decir, hacer cesar la amenaza de un daño próximo e inminente, como el de suspender las acciones u omisiones que estén provocando la vulneración de los derechos. Estas medidas pueden ser adoptadas de oficio, siempre que exista un caso de extrema gravedad, urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables, de acuerdo al artículo 63.2 de la Convención, o a solicitud de parte. El responsable de hacer seguimiento del cumplimiento de estas medidas es el mismo Estado requerido, que deberá realizar un informe sobre el cumplimiento de dichas medidas, así como de las observaciones emitidas por los beneficiarios de las mismas.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 63 de la Convención Americana sobre derechos humanos, las medidas provisionales se desarrollan “[...]En casos de extrema

⁷² Ernesto Rey Cantor, y Ana Rey Anaya. Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 175.

⁷³ *Ibíd.*

gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas” además [...] “la Corte, en los asuntos que esté conociendo, puede dictar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asunto que aún no está sometido a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Para que los objetivos de este sistema cautelar de medidas preventivas sea exitoso, es necesario reconocer que es indispensable la anuencia de los Estados partes de la Convención, en primer lugar, para reconocer la competencia de la Corte IDH, además de aceptar su obligatoriedad de colaborar en toda actuación realizada por la magistratura, que en el caso de las medidas cautelares, es la disposición de las providencias pertinentes para satisfacer la solicitud o la orden de la Corte en cada caso.

El origen de las Medidas Cautelares dentro del Sistema Interamericano tiene algunos enfoques. Por un lado, autores como el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade, expresa que las medidas provisionales en el marco del derecho internacional público, y su transposición al derecho internacional de los derechos humanos fueron inspiradas por “las medidas cautelares del derecho procesal interno”⁷⁴. Esta postura es difundida también por Fix-Zamudio, citado por E. Rey Cantor, quien además opina que “[...] es evidente que las providencias o medidas cautelares tienen mayor significado en el derecho internacional de los derechos humanos pues en esa materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares [...] se consumen de manera irreparable las violaciones a los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos.”⁷⁵. Por otro lado, también se expone otra teoría sobre los antecedentes históricos de las medidas cautelares dentro del sistema interamericano, a decir de un ex juez de la Corte Interamericana, Asdrubal Aguiar-Arangurén, quien manifiesta que “los antecedentes de las medidas provisorias en el Derecho de gentes parecen encontrarse, primeramente, en el Convenio que instituyó en

⁷⁴ Ernesto Rey Cantor, y Ana Rey Anaya. *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares... Op.Cit.*, p. 156.

⁷⁵ *Id.* p. 157.

1907 la Corte de Justicia Centroamericana y, más luego, en los Tratados Bryan suscritos a partir de 1913 por iniciativa de los Estados Unidos”⁷⁶. Según lo expuesto por este tratadista, el artículo XVIII de la Convención para el establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana, suscrita en Washington, el 20 de diciembre de 1907, establecía que “Desde el momento en que se indique alguna reclamación contra uno o más Gobiernos hasta el que se falle definitivamente, la Corte podrá fijar la situación en que deban permanecer las Partes contendientes, a solicitud de cualquiera de ella, a fin de no agravar el mal, y de que las cosas se conserven en el mismo estado mientras se pronuncia el fallo definitivo”⁷⁷. A mi parecer los dos son certeros en encontrar los antecedentes tanto en el derecho interno de cada país como en los pronunciamientos normativos de la Corte de Justicia Centroamericana, ya que la influencia no es excluyente sino complementaria.

Las medidas cautelares, por tanto, son esenciales para garantizar el respeto a los derechos, reconocidos tanto a nivel interno como internacional, porque son mecanismos o instrumentos idóneos y complementarios para asegurar la protección de los derechos. De esto se deriva una conclusión evidente, que es la característica garantista de las medidas, que se dirigen a proteger el fin que cada sistema (nacional o internacional) persigue. En el caso del derecho interno de cada país, las medidas cautelares buscan suministrar la garantía de una justicia eficaz, precautela que la sentencia definitiva arribe con procedencia en relación a la situación original. Para el caso del derecho internacional público de protección de derechos humanos, las medidas cautelares se dirigen a proteger a los individuos de posibles violaciones o amenazas contra sus derechos.

Es precisamente, este objetivo lo que determina la esencia de las medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este sentido, Fix-Zamudio, citado por Rey Cantor dice que “en el derecho procesal internacional de los derechos humanos, las medidas precautorias o cautelares asumen una trascendencia fundamental, porque si no se

⁷⁶ Asdrubal Aguiar-Arangurén. “Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*. Costa Rica: Rafael Nieto Navia Editor CIDH. 1994. p. 20.

⁷⁷ Rafael Nieto Navia. “Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: teoría y praxis”. *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*. Costa Rica: Rafael Nieto Navia Editor CIDH. 1994. pp. 173-175.

dictan de manera oportuna y adecuada, los daños que se pueden causar a los afectados por la conducta de las autoridades estatales pueden ser, y de hecho lo son el mayor parte de los casos, de carácter irreparable, además de que la violación se refiere a los derechos esenciales de la persona humana”⁷⁸. Asimismo, la Comisión se ha manifestado de la siguiente manera: En “el Derecho internacional de los derechos humanos las medidas provisionales tienen fundamentalmente un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una relación jurídica, sino también tutelar por cuanto protegen derechos humanos” cuando se satisfacen los requisitos para aplicarlas, “se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo” (Solicitud de medidas provisionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Costa Rica, Caso del Periódico “La Nación”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2001, punto 4 de Vistos)⁷⁹.

De forma coherente, tanto la Corte como la Comisión han hecho uso de estas medidas de forma extensa, estableciendo jurisprudencia muy importante sobre el tema. De acuerdo a las estadísticas presentadas por Rey Cantor, entre 1988 y 2004 la Corte decretó cincuenta medidas provisionales, mientras que entre 1995 y 2004 la CIDH decretó 413 medidas cautelares.⁸⁰ La interposición de estos instrumentos ha ido en aumento conforme el paso del tiempo, a tal punto que en los informes de los últimos años presentados en la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se registran largas listas de casos en los cuales se han dispuesto las medidas tanto en forma cautelar como tutelar.

En esta tarea proteccionista de los derechos humanos, se requiere que los órganos dedicados a este fin, encuentren y utilicen los medios más idóneos para una efectiva garantía. La Corte ha interiorizado esta necesidad y ha expandido su accionar estableciendo criterios amplísimos de acuerdo a los casos particulares, lo que es muy lógico tomando en cuenta que los derechos a protegerse derivan de la naturaleza individual y personal de cada miembro, y las situaciones de amenaza o daño pueden ser tan diversas

⁷⁸ Ernesto Rey Cantor, y Ana Rey Anaya. Medidas Provisionales y Medidas Cautelares... Op.Cit., p. 160.

⁷⁹ Id., p. 161.

⁸⁰ Id., s/p Estadísticas.

como personas existen en el mundo. Por tanto, la protección tiene que estar individualizada, debe estar adecuada a cada situación particular, pero sobre todo, debe ser expedita y eficaz. Por lo tanto, las medidas cautelares sirven para articular la necesidad de protección individual y específica, con la celeridad que requiere una determinación de protección, respondiendo a la trascendencia de urgencia y gravedad, y a la necesidad de protección de todos los derechos defendidos.

2.6.1. Características

Como se ha expuesto, las medidas provisionales y cautelares que dictamina la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en esencia, las mismas particularidades que las medidas cautelares practicadas en el derecho interno de los países en materia constitucional, y con la cual nuestra Constitución se apega por haberla tomado como referencia para su desarrollo. Por esta razón, en la siguiente exposición de las características propias de estos instrumentos, se encontrará una enunciación similar a la ya elaborada líneas atrás, pero saltarán a la vista las diferencias con las medidas cautelares judiciales y solo se hará una explicación de aquellas que contemplan una diferencia nacida de la naturaleza del sistema en el que se abordan.

- Se otorgan cuando existe la amenaza de un daño grave, inminente e irreparable, o cuando ha existido una violación y se intenta que ésta cese. Estos, a la vez, constituyen los requisitos para su procedencia: Gravedad, Urgencia, y Evitar daños irreparables a las personas. La gravedad refiere, según Asdrúbal Aguiar Arangurén, “hechos o situaciones que pongan en peligro derechos humanos fundamentales, es decir, aquellos que bajo ningún respecto puedan verse menoscabados o limitados en su ejercicio, ni siquiera en situaciones de emergencia constitucional”⁸¹. La verosimilitud dentro de este requisito también se contempla a la hora de otorgar medidas cautelares o provisionales: “la gravedad de la amenaza es la consecuencia de un peligro real y no meramente hipotético”⁸². Como hemos visto anteriormente, la Constitución ampara todos los derechos constitucionales, y

⁸¹ Ernesto Rey Cantor, y Ana Rey Anaya. Medidas Provisionales y Medidas Cautelares... Op.Cit., p. 211.

⁸² *Ibíd.*

ya que dentro de estos se encuentran los derechos fundamentales, la ley debe prevenir cualquier menoscabo que pueda producirse en contra de ellos, y ya que la ley, acorde a la filosofía consitutucional garantista, no hace distinción jerárquica entre los derechos, el tipo de protección se extiende a todos los protegidos por la Constitución. En lo que se refiere a la urgencia, ésta puede explicársela en relación a la gravedad, que en palabras de Faúndez Ledesma, citado por Rey Cantor, “debe estar fundada en la urgencia de las mismas [de las medidas], la cual se deriva de la amenaza inminente de un daño irreparable, de modo que cualquier demora resulta peligrosa”.⁸³ Finalmente, la irreparabilidad del daño concierne a la imposibilidad de “rescatar, preservar o restituir el bien amenazado a través de alguna medida posterior a la lesión causada”⁸⁴

- Como consecuencia de la anteriormente expuesto, las medidas cautelares no requieren del agotamiento de los recursos internos para ser interpuestas (principio de subsidiariedad), precisamente porque se trata de una situación de urgencia y gravedad. Como bien lo expresa Rey Cantor, “se busca por medio de estos mecanismos preventivos actuar con celeridad, eficacia y diligencia, para evitar daños irreparables a la persona humana”⁸⁵. El hecho de requerir que se agoten las instancias previas puede conducir a una falta de eficacia en la protección solicitada a través de la medida cautelar o provisional.

- La adopción de estas medidas se decretan *inauditam alteram parte*, es decir, sin audiencia de la otra parte, es decir, del Estado.

- Se las adopta mientras o hasta que llegue la sentencia sobre el mérito del caso puesto a consideración, es decir, su aplicación es provisorio.

- Deben determinarse específicamente para el caso particular de acuerdo a lo que se requiera para proteger el derecho en riesgo o violentado.

Finalmente, podríamos decir que el objetivo final de las medidas cautelares es, en principio, asegurar que las sentencia de fondo no se vea perjudicada por la actuación indebida de las partes en conflicto. La Corte también se ha manifestado

⁸³ *Id.* p. 212.

⁸⁴ *Id.* p. 211.

⁸⁵ *Id.* p. 193.

jurisprudencialmente en este sentido, pero también ha recalcado que las medidas provisionales tienen además como objeto, proteger efectivamente derechos fundamentales, toda vez que la posible actuación de una de las partes procesales, pueden generar una vulneración de un derecho fundamental, y acarrear por tal, un daño irreparable.⁸⁶

2.7. En el Derecho Constitucional Ecuatoriano

En la normativa ecuatoriana, las medidas cautelares no son un tema novedoso, ya que dentro de los códigos de procedimiento como el civil y el penal, ya se han utilizado con amplia aceptación. Lo novedoso de las medidas aquí estudiadas es su rango constitucional, que está consolidado dentro del capítulo de las Garantías Jurisdiccionales. La naturaleza sigue siendo eminentemente procesal, y su inclusión sobreviene como una consecuencia lógica de la filosofía garantista de la nueva Constitución.

En la Constitución de la República del Ecuador del 2008, las medidas cautelares se encuentran insertas en el Título III de las Garantías Constitucionales, Capítulo tercero de las Garantías Jurisdiccionales, Sección primera sobre Disposiciones Comunes, artículo 87: “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”. Asimismo, el artículo 3 numeral 7 del Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional, dispone que entre las competencias de la Corte está la de “conocer y resolver peticiones autónomas de medidas cautelares”. De lo expuesto, podemos inferir que existen dos tipos de medidas cautelares: las autónomas, y las instrumentales. Las primeras son aquellas que pueden activarse independientemente de un proceso constitucional en curso o que esté por comenzar; las segundas son aquellas que se interponen dentro de un proceso o como antesala del mismo, como medida asegurativa de la eficacia de la sentencia que se espera. Nos centraremos en las segundas, que son las que se podrían interponer conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección.

2.7.1. Antecedentes.-

⁸⁶ Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y Otros vs. Perú. Solicitud de medidas cautelares.

La Reforma Constitucional realizada por la Asamblea elegida en mayo de 1997, produjo la Constitución de 1998 que realizó un avance importante dentro de la tarea garantista de los derechos, en el marco de la corriente constitucionalista de protección de los derechos humanos, cuando introdujo la figura del Amparo, la misma que ya había sido institucionalizada en 1996. Muy controvertida, pero a la vez muy utilizada, la acción de amparo recorrió más diez años de aplicación en los cuestionados juzgados y en el Tribunal Constitucional. Esta figura, constituye el antecedente de dos instituciones muy importantes de la actual Constitución: las medidas cautelares y la acción extraordinaria de protección. El Amparo de 1998, estaba expresamente establecido en el artículo 95 de la siguiente manera:

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

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

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

Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.

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

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

La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.

De la lectura de este artículo, nos queda claro que la antigua acción de amparo tiene dos características especiales: por un lado está la cautelar frente a “cualquier derecho consagrado en la Constitución”, que lo que intenta es “cesar, evitar la comisión [...] de un acto u omisión ilegítimo de una autoridad pública”; y por el otro, está la reparatoria, al “remediar inmediatamente las consecuencias [...]” de ese acto u omisión. Esta última característica se fue deshaciendo con la práctica y el otorgamiento del Amparo subsistió únicamente en su carácter cautelar. Así se manifestó el extinto Tribunal Constitucional:

Que la acción de amparo prevista en el artículo 95 de la Constitución de la República (de 1998) se caracteriza por su naturaleza cautelar de los derechos constitucionales, de tal manera que únicamente suspende los efectos de un acto ilegítimo, o protege al gobernado de las consecuencias de una omisión, así mismo ilegítima, provenientes de autoridad pública, que por violar dichos derechos, causen un daño grave e inminente. Por todo ello, a la acción de amparo no le cumple resolver el fondo del asunto controvertido ni suplir los procedimientos que el ordenamiento jurídico ha establecido para la solución de una controversia. Por último, la naturaleza cautelar de la acción de amparo no impide que la autoridad accionada, respetando los derechos constitucionales y corrigiendo los vicios en que pudo haber incurrido, pueda dictar un nuevo acto pegado a derechos y sobre la misma cuestión.⁸⁷

En la nueva Constitución, esta acción se dividió en dos: las medidas cautelares y la Acción Ordinaria de Protección (artículo 88 CRE). Así también lo entiende Avila Santamaría quien al hablar sobre las garantías jurisdiccionales de la actual constitución, menciona que “[...] además, tenemos las medidas cautelares, que equivaldrían al amparo de 1998.”⁸⁸ Se instauró también en nuestro sistema la novedosa Acción Extraordinaria de protección (artículo 94), dirigida a las decisiones judiciales, cuya función es básicamente un amparo contra el poder judicial cuando éste “haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”, especialmente a lo que se refiere al carácter reparatorio. Las medidas cautelares constitucionales, reconocidas en nuestra Carta fundamental, tienen

⁸⁷ Segunda Sala. Resolución N° 438-2000-RA

⁸⁸ Ramiro Ávila Santamaría. “Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”. Avances conceptuales en la Constitución del 2008 en Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. p. 93.

una función preventiva y tutelar de los derechos constitucionales. En esencia, responden a la nueva filosofía neoconstitucionalista, donde se construye todo un modelo garantista, para que el derecho, y por lo tanto, los derechos no solo tengan vigencia y validez formal, sino vigencia y validez material. El órgano designado para tramitarlas es la Corte Constitucional de acuerdo al artículo 3 numeral 7 de su Reglamento de Sustanciación de Procesos.

2.7.2. Definición.-

A continuación intentaremos hacer una explicación de las medidas cautelares tal como se la entiende en nuestro país. De acuerdo al artículo 6 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LGJCC) “Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”; así también, el artículo 26 de la misma ley aclara la finalidad de las medidas cautelares en los siguientes términos: “Las medidas cautelares tendrán como objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos”. De la lectura de este artículo, se infiere que la única finalidad para la que fueron introducidas es para que exista un mecanismo especializado de prevención de posibles violaciones a los derechos constitucionales, dejando a otras acciones la tarea de remediación o resarcimiento. Esta prevención no solo se dirige a evitar que una amenaza se consume, sino que en el caso de que exista una violación en curso, evite que ésta continúe. En el contexto de la Acción Extraordinaria de Protección, la sentencia a la cual se ataca por ser violatoria de los derechos, solo es tal en su declaración, pero es efectivamente violatoria cuando se ejecuta lo decidido en la sentencia. Por lo tanto, las medidas cautelares estarían dirigidas a evitar que aún en esta acción, la posible violación de los derechos se consume, mucho más cuando por disposición expresa de la ley la interposición de esta acción no suspende los efectos de la sentencia recurrida. Por otro lado, las medidas cautelares evitarían que el estado de las cosas muten a una condición irremediable, es decir, a una consumación de la violación en donde no tendría sentido la garantía de protección sino solo en su parte devolutiva, aunque podría esto también derivar en abusos para impedir indefinidamente la ejecución de sentencias. Sin menospreciar esta opción de resarcimiento,

es claro que es mucho más idóneo que se evite la violación antes que se configure la condición de reparación.

Como ya se dijo anteriormente, las medidas cautelares son esencialmente instrumentos procesales al servicio de una actividad jurisdiccional, y en el caso concreto constitucional, las medidas del artículo 87 están al servicio de las demás garantías jurisdiccionales, sin que por esto no puedan ser accionadas autónomamente, ya que finalmente siguen siendo instrumentos de la función jurisdiccional constitucional, que es la de proteger los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Como es evidente, las características de las medidas cautelares antes descritas hacen alusión fundamentalmente a procesos de aquellos que hoy conoce la denominada “justicia ordinaria”, “sin embargo, la tendencia moderna es aceptar la procedencia de las medidas cautelares en las diversas ramas del derecho”.⁸⁹ Esta situación no puede ser más clara que en lo expuesto en relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que como resulta obvio, se proyecta sensiblemente en el derecho interno de los Estados miembros. Por ende, su naturaleza jurídica sigue siendo procesal, aunque con más propiedad podríamos decir que es parte del actualmente denominado Derecho Procesal Constitucional. Desde este punto de vista, debemos anotar que forman parte de la Tutela Judicial, cuyo carácter fundamental está motivado en la expresión textual de la Constitución. Como lo anota Velazquez, “es necesario destacar que la doctrina actual considera a las medidas cautelares como un derecho fundamental que deviene del derecho a la tutela judicial efectiva, pues por su naturaleza, las medidas cautelares están llamadas a viabilizar la ejecución de lo resuelto en un proceso, así como a obtener que una decisión judicial sea eficaz”.⁹⁰

2.7.3. Presupuestos o Requisitos.-

⁸⁹ Santiago Velázquez. *Manual de Derecho Procesal Constitucional ecuatoriano*. Guayaquil: Editorial Edino, 2010. pp. 252.

⁹⁰ *Ibíd.*

Para que se configure la adopción de las medidas cautelares, existen ciertos supuestos que deben verificarse, tales como:

1. *Fumus boni iuris*: la apariencia del buen derecho, a través del cual el juez percibirá la posible vulneración frente a la cual va a otorgar las medidas, ya que al no ser un proceso de conocimiento no puede verificar de modo cierto la existencia del mismo, solo podrá “oler” el derecho y su posible amenaza o violación. Este requerimiento está recogido en el artículo 33 de la LOGJCC: “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 el caso que nos ocupa, es un poco paradójica la situación, ya que al ser la Corte Constitucional la que puede conocer las medidas cautelares autónomas, al igual que las acciones de incumplimiento y las acciones extraordinarias de protección (donde se ventilarían las medidas cautelares en la Acción Extraordinaria de Protección), le compete a la Sala de Admisión hacer este “olfateo” de la violación. En un primer momento, esta competencia no tendría grandes problemas, pero al hacer la lectura del artículo ... se colige que la sala entraría hacer un análisis sobre la relevancia nacional, aspecto totalmente ajeno a la naturaleza de las medidas cautelares.

2. *Perriculum in mora*: peligro en la demora, que deriva del natural transcurso del tiempo que requiere la sentencia para poder ser producida con ponderación y motivación. Esto deriva en “la necesidad imperiosa que debe existir de adoptar las medidas”⁹¹, ya que de esperar la resolución del proceso principal, o en el caso concreto de nuestras medidas cautelares, de no tomarlas, el daño temido se haría realidad o continuaría la violación frente a la cual se pide protección. Como ya hemos tenido oportunidad de conocer, a la Acción Extraordinaria de Protección, -en la norma- a pesar de ser una acción de trámite sumarísimo, la ley le ha otorgado un plazo de 30 días para ser resuelta. Pero si a este término le adicionamos los cinco

⁹¹ *Id.*, p. 253.

días que tiene la sala o tribunal para remitir los expedientes a la corte, más los diez días que tiene la sala de admisión para admitir o rechazar la acción, obtenemos un total de cuarenta y cinco días, sin contar con los veinte días que corren a favor del accionante para interponer la acción. Este tiempo no es precisamente corto ni sumaráisimo, si consideramos el fin para el cual fue introducida en la constitución. Desde esta perspectiva de términos, la utilización de las medidas cautelares se vuelve indispensable, de cara al peligro en la demora y sobre todo, a las consecuencias de no suspensión de los efectos que determina la norma.

2.7.4. Características.-

De esta manera, llegamos a las características de las medidas cautelares constitucionales, que por ser en esencia las mismas que estudiamos en páginas anteriores, se repetirán indefectiblemente:

1. Urgentes: el artículo 27 de la LGJCC lo establece que: “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”. La urgencia se deriva del tipo de amenaza que debe de existir, la misma que por ser grave e inminente, la respuesta para su protección debe ser inmediata, de manera urgente, para lo cual la jueza o el juez debe de conocer y tramitar enseguida de conocerla, y así lo estipula el artículo 29 de la misma ley: “las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La juez o el juez deberá ordenarla en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición”. Esta disposición deja un sabor agrídulce en lo que se refiere al plazo, ya que decir “en el tiempo más breve posible” deja indeterminado el término, lo que eventualmente podría amenazar a la eficacia de las medidas. Así, las medidas cautelares deben ser decretadas inmediatamente por el juez que conozca

la causa, que en el caso que nos concierne sería la suspensión de los efectos de la sentencia, u otra que vaya a evitar la violación de todo o parte de la sentencia.

2. Provisionalidad: por estar subordinadas a un litigio principal, y por su propia naturaleza precautoria, están destinadas a tener una vida temporal, y no pueden convertirse en decisiones por sí mismas. Mueren con la obtención del fin para el cual nacieron. Debido a la prohibición expresa que hace la ley, obviamente no hay una determinación expresa, pero en aras de no hacer ineficaces las sentencias de la justicia ordinaria, las medidas cautelares deben existir en función de la expectativa de iniciar la Acción Extraordinaria, la misma que debe ser interpuesta en el plazo que determina la ley, es decir, veinte días. De esta manera, la existencia y permanencia de los efectos de las medidas cautelares estarán supeditadas indefectiblemente, a la interposición de la Acción Extraordinaria.

3. Proporcionales: Debe existir una reciprocidad, una relación adecuada con la violación que se pretende evitar o detener, pero en ningún caso pueden limitar la libertad, y así lo establece el artículo 26 “Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener. [...] En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad”. Por otro lado, el artículo 31 dispone que “la jueza o el juez tendrá la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado”. Nuevamente, me parece que esta disposición no es muy exacta ya que más que sencillo, el medio para proteger al derecho debe ser “idóneo”, ya que por si alguna razón, debido a la complejidad del caso, los medios más sencillos no son los más idóneos, se estaría poniendo en peligro el éxito de la garantía. De todas maneras, se entendería que el legislador intentó decir que el medio debe ser asequible, realizable, practicable, si se quiere fácil, pero siempre en relación a la idoneidad de la protección que se quiera brindar. Es evidente que la modulación de las sentencias debe tener reciprocidad con las medidas cautelares, y como ya hemos visto, éstas pueden manejarse dentro de los límites de la discrecionalidad con el objetivo de hacer eficaces los resultados de protección. Esto quiere decir, que una sentencia podría ser detenida en su totalidad o solo en una porción, en concordancia

con el petitorio del accionante o en respuesta de la violación invocada, de acuerdo al derecho que se quiere proteger, con lo cual deviene la siguiente característica.

4. *Numerus apertus*⁹²: no existe numeración taxativa de las medidas, sino que el juez o la jueza están en la libertad de ordenar las que sean necesarias para una protección eficaz.

5. Flexibles: las medidas cautelares siempre están a expensas de las situaciones que las originaron, y a los derechos que intenta preservar, y al ser estos cambiantes, las medidas deben adecuarse a estos, ya sea para modificar, sustituir, disminuir, ampliar o revocar las medidas cautelares.

6. Se ordenan *inaudita parte*: la única condición para ser ordenadas es que cumplan con los dos presupuestos analizados anteriormente, de manera que la intervención de la otra parte resulta inoficiosa e, incluso, entorpecedora. Así lo determina el artículo 33 de la LGJCC: “[...] No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas”. Esta característica ha tomado otros tintes en los últimos tiempos, especialmente cuando entramos a analizar el principio de igualdad procesal. Uno de los elementos edificantes de las teorías procesalistas de cara a los derechos procesales de los justiciables es la posibilidad de ser tratados igualitariamente, tanto la parte actora como la demandada, en todas las etapas y en todas las condiciones procesales. No obstante, la medida cautelar permite esta situación especial en función de las características y naturaleza propia de ellas, que a la vez le confiere eficacia. Sin embargo, podría contemplarse la posibilidad de subsanar el posible riesgo de desproporcionalidad utilizando mecanismos de aseguramiento de la parte afectada de la medida cautelar, hablese de caución, o más específicamente contracautela, o cualquier otro medio que se dirija a emparejar las situaciones procesales de los sujetos.

2.7.5. Procedimiento.-

⁹² *Id.* p. 254.

Debido a la naturaleza cautelar y expedita de las medidas cautelares, el procedimiento debe ser rápido, informal y sencillo, para conseguir efectividad, de acuerdo al artículo 8 de la LGJCC, que dispone en su numeral 1: “El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz”. La petición de las medidas puede hacérsela autónomamente o conjuntamente con cualquiera de las garantías jurisdiccionales, en cuyo caso debe la jueza o el juez pronunciarse sobre ellas en la calificación de la demanda, de acuerdo al artículo 13 de la LGJCC. En este último caso, la solicitud debe estar expresada en la demanda cuyos requisitos se encuentran detallados en el artículo 10 de la misma norma. De acuerdo al tenor del artículo 8 y del artículo 32, se las puede solicitar verbalmente y sin necesidad de un abogado patrocinador, y será resuelta por el juez con la sola verificación de los requisitos previstos en la ley. De la resolución dictada por la jueza o por el juez, sea admitiendo o negando la petición de las medidas cautelares no procede recurso alguno de apelación.

No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas, solamente de forma excepcional, podrá la jueza o el juez, de considerarlo necesario, convocar a los involucrados a una audiencia para ordenar pruebas.

En lo que se refiere a la legitimación activa, según lo establece la ley, artículo 9 y artículo 31 cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, actuando por sí misma o a través de representante o apoderado, puede interponer las medidas cautelares, además del defensor del pueblo.

La ley también permite que cualquier persona que tenga interés directo o indirecto pueda realizar un escrito, a modo de *amicus curiae* para ayudar a la jueza o al juez a tener mayores elementos de juicio para llegar a una decisión más acertada. Sin ser una disposición específica para las medidas cautelares, se entiende que por ser disposiciones comunes a todas las garantías, no habría razón para excluir esta posibilidad en el trámite de solicitud de medidas cautelares. En lo que la ley hace énfasis, en el artículo 37, es en la prohibición expresa de solicitar medidas cautelares contra otra medida cautelar por el

mismo auto violatorio o amenaza a los derechos, y se completa con la disposición del artículo 27 de la citada norma.

En lo que se refiere al otorgamiento de las medidas, el artículo 33 de la mencionada ley, dispone que “en el caso de que la jueza o juez ordene las medidas correspondientes, especificará e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse; sin perjuicio de que, por las circunstancias del caso, la jueza o juez actúe de forma verbal; y se utilizarán los medios que estén al alcance de la jueza o juez, tales como llamadas telefónicas, envíos de fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos”. Definitivamente, esta disposición reconoce una de las características explicadas anteriormente, que trata sobre los efectos de las medidas, los cuales pueden ser cautelares o innovativas, es decir, de prevención o de ejecución. Esta distinción es importante a la hora de entender y hacer extensivo el análisis y la interpretación de las medidas cautelares con el propósito de aumentar el ámbito de protección de los derechos constitucionales, lo cual dignifica y afianza los principios de un Estado de Derechos como el nuestro.

Una vez ordenadas las medidas cautelares, y por la importancia de cuidar de su efectividad, por lo sensible de su objeto de protección, la jueza o el juez pueden, de acuerdo al artículo 34, delegar a la Defensoría del Pueblo o a cualquier institución estatal encargada de proteger derechos, la supervisión de la ejecución de estas medidas, para examinar su cumplimiento y efectos.

Atendiendo la característica de flexibilidad de estos mecanismos de protección, la ley permite que una vez ordenadas, las medidas cautelares pueden ser modificadas o revocadas, haciendo un análisis previo de las circunstancias que justificaron su solicitud en principio o cuando se justifique que se ha superado la acción, omisión o hecho que generaba la violación del derecho. El auto motivado que emita el juez, en respuesta de una solicitud de parte, revocando o manteniendo las medidas cautelares ordenadas, deberá ser motivado y es susceptible de apelación en el término de tres días. El artículo 35 consagra el principio devolutivo y no suspensivo de las medidas cautelares, lo que demuestra el buen entendimiento de la naturaleza de las medidas. Este artículo dispone que cualquier trámite

que siga el destinatario de la medida para la revocatoria, deberá hacerla sobre la base de la efectiva ejecución de la medida; en el caso de demostrar que no había fundamento para otorgar las medidas, se abren una serie de posibilidades para el perjudicado de las medidas, que van desde un trámite verbal sumario para exigir el resarcimiento de los daños causados por la interposición de las medidas.

Toda medida cautelar adoptada deberá ser enviada a la Corte Constitucional para su posible selección y revisión. En lo que se refiere a los estos trámites de selección y revisión, se atiende a las disposiciones generales de las demás garantías constitucionales.

2.7.6. Efectos.-

El efecto específico de su condición de instrumento de protección de derechos es evitar o cesar la amenaza o la violación de un derecho constitucionalmente protegido. No obstante, en lo que se refiere a los efectos específicos cuando se interpone conjuntamente con una acción de garantía jurisdiccional, además del antedicho, es conservar o modificar el estado de las cosas, de las personas o de las situaciones para que, por un lado, la decisión del juez se adapte idóneamente a la realidad, y por otro, evitar que con las posibles modificaciones del contexto, se puedan violar o continuar violando derechos.

Por su parte, el artículo 28 de la LGJCC, sobre los efectos, dictamina que “el otorgamiento de medidas cautelares y su adopción no constituirá prejuzgamiento sobre la declaración de la violación ni tendrán valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos”.

Finalmente, las medidas cautelares, según el artículo 27 de la LGJCC “no procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos”. Esta última limitación que realiza la Ley de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional es el objeto de estudio del presente trabajo, y se la estudiará con mayor detenimiento en el siguiente capítulo.

CAPITULO III

APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

3.1. Las Garantías constitucionales, y el Derecho Procesal Constitucional

En relación a todo lo expuesto en los capítulos anteriores, en las siguientes líneas intentaremos hacer una aproximación de las Garantías constitucionales y al Derecho Procesal Constitucional, como categorías constitucionales a las que pertenecen las medidas cautelares y la acción extraordinaria de protección en nuestra nueva Constitución, para después dirigirnos a los aspectos medulares del presente trabajo.

El artículo 87 dispone: “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”. El primer aspecto relevante a tomar en cuenta, es que estas medidas cautelares son acciones de las denominadas Garantías Jurisdiccionales Constitucionales. Como habíamos explicado anteriormente, este término entraña dos aspectos: el primero se refiere al término “garantía”, y el segundo al concepto “constitucional”.

Desmembrando el concepto, la palabra Garantía, según O. GOZAÍNI, “proviene del término anglosajón “warranty”, que significa asegurar, proteger, defender o salvaguardar, encuadre que muestra su origen dentro del derecho privado. En el derecho público, la noción nos llega de los textos revolucionarios franceses, principalmente del art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuanto establecía que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada [...] no tiene Constitución”⁹³. Por su parte, este autor también hace referencia a Kelsen para quien las garantías son mecanismos, procedimientos y medios dirigidos a asegurar el imperio de la ley fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, en sus palabras “garantizar el que

⁹³ Osvaldo Gozaíni, *La justicia constitucional*. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1994. p. 181.

una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o contenido”⁹⁴. De este concepto, podemos inferir el carácter procesal, o si se quiere instrumental, de las garantías, desde que son medios para conseguir otro fin; esto es, permitir que la norma superior se aplique con efectividad. No obstante, muchas veces el término garantía se ha usado indistintamente, prácticamente como sinónimo de la noción de “derechos”. En otras palabras, se le ha aparejado con “cierto sector de normas de las cartas fundamentales”⁹⁵ elevándolas a la categoría de preceptos de esencia. Incluso, en un estudio realizado por Jellinek, las garantías constitucionales abarcan “tanto los mecanismos internos de defensa como los mismo derechos tutelados”⁹⁶. Otros autores procesalistas más contemporáneos, como B. CAMPOS, citado por J. GARCÍA FALCONÍ, hacen la distinción entre derechos y garantías y dice “[L]os derechos en cuanto se constitucionalizan en el texto escrito, expresa o implícitamente son declarados como tales. Hay pues, declaraciones de derechos, que son lo que los consagran o lo que los confieren; en otras palabras, las normas donde se hayan positivado. Los derechos implican facultades o atributos jurídicos de sus titulares. En efecto, las garantías son las instituciones de seguridad creadas a favor de las personas, con el objeto de que se dispongan del medio para hacer efectivos los reconocimientos de un derecho, así las garantías están dadas para amparar los derechos”⁹⁷. La equiparación o diferenciación de las garantías con los derechos, es decir, con conceptos materiales y formales, revelan que su desarrollo dentro de lo dogmático y práctico ha sido muy intrincado, es decir, han crecido muy entrelazados. La explicación es simple, como se ha dicho reiteradamente, la eficacia de los derechos no puede viabilizarse sin la existencia de las garantías, ya que son interdependientes los unos de las otras.

El tratamiento que se le ha dado a las garantías no es reciente, han estado presentes en el alma jurídica de los ordenamientos desde muy temprano, ya que como mecanismos o instrumentos que son, la práctica jurídica y el desarrollo doctrinario han hecho uso de ellas para conseguir el aseguramiento de las obligaciones. En este sentido, L. FERRAJOLI nos

⁹⁴ *Id.* p. 182

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ José C. García Falconí. *La Corte Constitucional y la acción extraordinaria de protección en la nueva Constitución política del Ecuador*. Quito: Ediciones Rodín, 2008, p. 25.

refiere a la garantía como “una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”. Además nos relata que el sentido originario del término es más restringido, más civilista, en el cual este término se entiende como “un tipo de instituto, derivado del derecho romano, dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales”⁹⁸, y justamente con relación a estos derechos se conocen las tradicionales garantías reales y las garantías personales. Pero el desarrollo de las garantías se ha ido expandiendo a otras materias, como al ámbito penal, en relación con los derechos fundamentales, y en concordancia a éstos se ha venido a llamar “garantismo” a la aplicación de la garantía en referencia a estos derechos, y se relaciona con la exigencia, proveniente de la ilustración jurídica, de la tutela de los derechos a la vida, a la integridad, y a la libertad personales. Pero la doctrina sobre garantía se ha extendido ostensiblemente a todo el campo de los derechos subjetivos, sean estos patrimoniales o fundamentales, y desde estos últimos a aquellos denominados “constitucionales”, que son todos aquellos que están reconocidos en las Constituciones, independientemente de si son estos fundamentales o no. De aquí que, en función de esta ampliación, se han venido a desarrollar términos como “garantismo patrimonial”, “garantismo liberal”, “garantismo social”, “garantismo internacional”, “garantismo constitucional”, entre otros. No obstante, de forma general se entiende al garantismo como “el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes –públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional- mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados”⁹⁹.

En nuestra constitución, el tratamiento de estos conceptos se maneja formalmente de manera diferenciada, se desarrollan primero los derechos, y luego se definen y determinan las garantías.

⁹⁸Luigi Ferrajoli, *Garantías*. Aula Virtual de derecho Procesal Penal, en <http://procesalpenal.wordpress.com/2007/11/18/garantias-articulo-de-luigi-ferrajoli>, (acceso: 10/12/ 2010).

⁹⁹*Ibíd.*

En lo que se refiere al término “constitucional” vemos que de acuerdo a la definición del diccionario, se designa a lo “pertenciente a la Constitución de un Estado. Adicto a ella. Es constitucional, en el primero y principal de los significados, todo aquello que se ajusta o es conforme a las normas que la Constitución establece.”¹⁰⁰ Mientras que Constitución está definida como “un ordenamiento jurídico por el cual la sociedad, constituida políticamente, subordina a ella todos los demás actos de los poderes públicos, así como las normas legales, que carecen de validez en cuanto las desconozcan o contradigan. Es la ley fundamental de la organización de un Estado”¹⁰¹. Por lo tanto, uniendo los dos significados y ensayando una definición, tenemos que las Garantías Constitucionales son aquellos mecanismos constitucionales de aseguramiento de los derechos y principios establecidos en la Constitución, como límites y vínculos impuestos a todos los poderes, con el objeto de hacer prevalecer la norma suprema por encima de cualquier acto de los poderes públicos y privados.

Todo este pensamiento garantista y de reconocimiento del contenido extensivo de los derechos, se desarrolla en un nuevo sistema legal, que forma parte de lo que se ha venido a llamar el derecho moderno. El Constitucionalismo, como se lo conoce, es el emblema de una revolución en la naturaleza del derecho, que como consecuencia de la evolución del Positivismo jurídico, cuyo principio clásico es el de la legalidad formal o *mera legalidad*, evoluciona en un principio de *estricta legalidad*, donde la legalidad de la ley no es el resultante solamente de un análisis formal de su producción, sino que alcanza a la observancia de los principios que rigen el sistema normativo en la que se desarrolle.¹⁰²

Dentro de este nuevo paradigma, empezamos a testificar una prolongación de este sistema, que ahora se denomina “Neoconstitucionalismo”, que como su etimología nos indica, es el nuevo constitucionalismo, dotado de una condensación de aspectos propios del derecho moderno, pero que ahora se trata de aplicar en forma conjunta y que se revelan en la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Podríamos decir que es una estrategia

¹⁰⁰M. Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 2000. p. 226.

¹⁰¹*Id.* p. 223.

¹⁰²Luigi Ferrajoli. *Derecho y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta. 2001. p.66.

donde la Constitución se inmescuye en todos y cada uno de los aspectos estatales, públicos y privados, pero de una forma directa. Anteriormente, en el inicio del primigenio constitucionalismo, la Constitución se aplicaba como referencia de las normas positivadas, que a pesar de que se atenían a un principio de jerarquía y de subordinación, las leyes se aplicaban por sí mismas, y la Carta Magna solo se manifestaba como una proyección. Hoy por hoy, las determinaciones constitucionales se aplican de forma directa e inmediata, y sus principios son el fundamento de la validez de todas las normas secundarias y de cualquier acto público o privado. Se podría decir que estamos en presencia de un “autoritarismo constitucional”, no en el sentido peyorativo de la expresión, sino como un calificativo de la jerarquía simple y pura del contenido constitucional.

Conjuntamente a este desarrollo sustantivo del sistema de derecho moderno, se ha venido a posicionar un sistema formal, adjetivo de normas que está determinado por los mismos principios constitucionales, y por tanto, conoce la procedencia y la pertinencia de su tratamiento de una manera especializada, a través de normas procesales que viabilizan los objetivos plasmados en la Constitución al cual se lo ha denominado Derecho procesal constitucional. De acuerdo a P. PEREZ TREMPs, “el proceso es un elemento auxiliar o adjetivo respecto al objetivo básico de la función jurisdiccional”¹⁰³. De acuerdo al contenido y al objetivo de las normas sustanciales que se incorporan, el proceso adquiere una especificidad especial para satisfacer el objetivo que persiguen, así tenemos al derecho procesal civil, penal, administrativo, etc.

La naturaleza del proceso, como lo entiende E. VÉSCOVI, nace del hecho de que “el Estado expropia la función sancionadora y, en sustitución de los particulares, debe organizar un mecanismo necesario para resolver los conflictos y aplicar las sanciones. Al prohibir la justicia por los particulares, debe organizar la suya propia”¹⁰⁴, y en esta tarea debe, al mismo tiempo, complementar las normas sustantivas con normas procedimentales, dirigidas a mantener la conservación del orden jurídico, para que así, el particular pueda reclamar ante los órganos competentes, activando así la función jurisdiccional. Así, el

¹⁰³ P. Pérez Tremps. COOR., *Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional. 2005. p. 7.

¹⁰⁴ Enrique Vécovi. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 5.

mencionado autor agrega que “el medio para realizar dicha función es el proceso y las normas que lo regulan, el derecho procesal”¹⁰⁵ y concluye diciendo que el Estado, mediante sus órganos, otorga a los individuos la tutela jurídica por intermedio del proceso.

Tomando en cuenta que la Constitución es la norma sustancial en estudio, y el objetivo de la justicia constitucional es ser garante e intérprete de la norma suprema, y debido a las características tan propias de ésta, es difícil aplicar los cánones de los procesos tradicionales a los procesos constitucionales. Por tanto, el derecho procesal constitucional se erige como una rama del Derecho Procesal pero con una especialización clara, y como tal, está encargado de desarrollar los mecanismos idóneos para ayudar a los interventores del desarrollo jurisdiccional a aplicar con ponderación, coherencia, estandarización y eficacia todo aquello que los mandatos constitucionales ordenan. Además, el derecho procesal constitucional adquiere una perspectiva más trascendental desde que entraña la acción procesal, y ésta representa en sí misma una garantía, y que como lo expresa O. GOZAÍNI, no solamente al derecho a peticionar y ser oído, sino también al “derecho al proceso”¹⁰⁶. De esta manera, el proceso por sí mismo adquiere una proyección especial, valiosa para la teoría en su conjunto, y por ende, el derecho procesal constitucional sigue la misma suerte.

A pesar de ser normas adjetivas, el desarrollo de éstas deben estar pegadas a los principios constitucionales imperantes, no solo por una necesidad de congruencia jurídica, sino porque, principalmente, requieren ser coherentes para encontrar la viabilidad de su materialización y la eficacia correspondiente, consiguiendo así el fin para el que fue creado, que es otorgar aplicabilidad a los mandatos constitucionales. De ahí que el proceso constitucional abarca aspectos tan trascendentes como el control constitucional, la protección jurisdiccional de los derechos, los mecanismos de interpretación constitucional, entre otros.

Uno de los temas de los que se ocupa el derecho procesal constitucional es el relativo a las Garantías jurisdiccionales constitucionales. En nuestro país, éstas se desarrollan en el

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ Osvaldo Gozaíni. *La justicia...*, *Op.cit.*, p. 189.

Título III de nuestra Constitución, y de forma complementaria, el artículo 6 de la LOGJCC señala las finalidades de las Garantías, que son “la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.” Las garantías se materializan en acciones que están explícitamente señaladas en la Constitución y son: Acción de protección, Hábeas corpus, Acción de acceso a la información pública, Acción de hábeas data, Acción por incumplimiento, Acción Extraordinaria de Protección y Medidas Cautelares. Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional despliega una normativa específica para cada una de ellas en el Título II, desde el capítulo II al capítulo IX, además de una determinación de las normas comunes para todas ellas en el capítulo I.

3.2. En el ordenamiento ecuatoriano.

Los derechos existen, así como las garantías, dentro de la dinámica positivista, exclusivamente si están establecidos normativamente. Si el derecho es una expectativa normada, debe generar una obligación en su contraparte, que de manera específica está a cargo del Estado. Pero éste también está regido por las leyes, de manera que para validar su obligación, éstas deben estar expresamente señaladas como tales en el ordenamiento, de ahí que para Ferrajoli “las garantías dependen de su rígido fundamento positivo en normas constitucionales”¹⁰⁷.

Garantizar un interés fundamental, desde el punto de vista jurídico, exige un componente específico: poder reclamar su protección. Por tanto, la especificación del Estado como responsable de las garantías primarias y secundarias es tan importante como su apareamiento en la normativa constitucional. Como lo entiende Guillermo Chahin Vizcaíno “filosóficamente todo derecho fundamental debe ser de protección inmediata”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ *Id.* p.46.

¹⁰⁸ Guillermo Chahin Lizcano. *La Acción de tutela según la jurisprudencia del Consejo de Estado en Pensamiento Jurídico, la acción de tutela*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 1996. p. 11.

Así, podríamos decir que los derechos, siguiendo la visión de los contractualistas clásicos (Hobbes, Locke y Rousseau) son límites a la acción y poder estatal. Su contraparte lógica son las garantías, que son mecanismos jurídicos o instrumentos reforzados de protección que permiten o hacen posible evitar, mitigar o reparar la vulneración de un derecho establecido en la Constitución. En este sentido, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece que “Toda comunidad en la que no esté establecida la separación de poderes ni garantizados los derechos carece de Constitución”, lo que indica que el Consitucionalismo no sería lo que es sin los derechos, así como las democracias constitucionales no serían lo que son sin la aceptación de que la garantía efectiva de los derechos y las libertades es la finalidad primera y primordial de la organización estatal. Las garantías son tan importantes que incluso sirven de rasgo diferenciador del Estado Constitucional con los anteriores modelos de Estado, y sin ellas los derechos no serían más que meras declaraciones retóricas.

3.2.1. Tipos de garantías

La primera garantía política general de los derechos es la misma existencia del Estado Constitucional de Derecho. No obstante, la doctrina acepta distintos tipos o niveles de tutela jurídica para los derechos como son las garantías normativas, las garantías institucionales, y las garantías jurisdiccionales. Dentro del ordenamiento ecuatoriano, podemos distinguir un tipo adicional de garantías relativas a las políticas públicas, reconocidas en el artículo 85 de la Constitución.

Garantías normativas: son aquellos principios y reglas encaminadas a conseguir que los derechos fundamentales estén efectivamente asegurados como las normas que son, se limiten al mínimo sus restricciones y se asegure su adecuado resarcimiento cuando se han producido daños como consecuencia de su vulneración por parte de los poderes públicos o sus agentes.

La principal garantía normativa es el principio de *Supremacía de la Constitución* en virtud del cual se determina el carácter jerárquico superior de la Carta Fundamental por

sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Esta sujeción incluye a los ciudadanos y a los poderes públicos los mismos que deben responder directamente y, en primera instancia, a los fundamentos de la Constitución, tanto en las acciones como en las omisiones. En el sistema ecuatoriano, esta garantía se encuentra expresada en múltiples normas, de entre las que sobresalen el artículo 424 de la Constitución,¹⁰⁹ y el artículo 3 numeral 1 del mismo cuerpo legal.¹¹⁰

Otra de las garantías normativas es el *Deber de Respeto a los derechos* que se encuentra asentado en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución: “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. Aquí se concreta el estatus del Estado como la contraparte de los derechos fundamentales y constitucionales, y el responsable de las obligaciones de protección y tutela.

En concordancia con esta garantía, se presenta el principio de *Rigidez e inalterabilidad constitucional* cuyo fin es evitar modificaciones en el contenido e identidad de la propia constitución. De forma concreta, esta garantía se traduce en la firmeza con la cual se protege al catálogo de derechos, el cual requiere de un procedimiento especialmente rígido, y por otro lado, en la *prohibición de restricción del contenido de los derechos*, dispuesto en el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución.¹¹¹ Asimismo, encontramos la *Obligación reparatoria* que se encuentra expresada en el inciso 2 del mismo artículo, el cual responsabiliza al Estado por las violaciones de derechos, o por la falta o deficiente prestación de servicios públicos, encomendándole la tarea de repararlos.

Por último, encontramos a las *Garantías normativas* que contemplan un mecanismo novedoso e inédito, a través del cual se encadena la función legisladora de la Asamblea Nacional, y de cualquier otro órgano que tenga potestad normativa reconocida por la Constitución, a los derechos establecidos en ella y a los tratados internacionales de

¹⁰⁹ Art. 424: La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del Ordenamiento Jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales. En caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

¹¹⁰ Art. 3 numeral 1: Son deberes primordiales del Estado entre otros “Garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...)”

¹¹¹ Artículo 11 numeral 4 constitucional: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

derechos humanos, con lo cual se configura la sujeción de las normas a los contenidos y eficacia de los derechos fundamentales, y se consagra así la constitucionalización de los derechos.

Garantías institucionales o extrajudiciales: están constituidas por mecanismos dirigidos a asegurar un espacio para ciertas organizaciones o instituciones cuya trascendencia constituye un reducto indisponible para el legislador. La primera garantía de este tipo, que es el *Principio de separación de poderes*, se la conoce doctrinariamente como “la segunda columna vertebral del Estado Constitucional”¹¹² cuyo fin último es evitar la acumulación de las funciones y, por lo tanto, del poder en una sola persona o institución: es el famoso sistema de pesos y contrapesos. En el derecho contemporáneo, la tradicional separación de las funciones, que se limitaban a la legislativa, la ejecutiva y la judicial, se han expandido integrando a éstas la función electoral y la función de transparencia y control social. Asimismo, se ha relativizado la competencia que cada una tiene sobre sus funciones ya que ahora comparten con otras algunas competencias que antes eran exclusivas de los otros poderes.

Por otro lado, encontramos la garantía de la *Separación entre Iglesia y Estado*, lo cual no es novedoso como filosofía política pero sí es relevante desde que encontramos una manifestación clara de dicho principio que obtiene el establecimiento de Estado Laico, iniciando así el proceso de secularización de la sociedad, y específicamente en el ámbito de los derechos esta garantía se traduce en el reconocimiento de la libertad de conciencia y de cultos, y el consecuente afincamiento de la protección contra la discriminación por motivos religiosos. Esta garantía se encuentra plasmada en el artículo 1 de la Constitución en el cual se define y cualifica al Estado como democrático, intercultural, plurinacional y laico.

Otra garantía es el *Principio de Legalidad* bajo cuyo manto se encuentran las raíces del Estado liberal en función del cual se expresa la sujeción y subordinación de la acción pública y judicial a la ley, entendida ésta en su sentido formal. En su estado puro, este principio conlleva la preeminencia del poder legislativo respecto de los otros poderes, y de la ley sobre todos los actos normativos del Estado, inclusive sobre los derechos

¹¹² P. Salazar Ugarte. *La democracia Constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica. 2008. p.87.

fundamentales ya que incluso estos eran tales en virtud de que la ley los determine así. La principal manifestación de este principio es la “Reserva de ley” a partir de la cual existen materias en las que solo el legislador puede intervenir para modificar o crear, como la tipificación de delitos y sanciones, la creación o modificación de impuestos, la regulación de los derechos constitucionales, la regulación de la organización política administrativa del país, entre otras. Sin embargo, este principio adquiere otros tintes a partir del reconocimiento de la supremacía de la Constitución, no solo formal sino material también.

Consecuentemente, la siguiente garantía es la *Existencia del control de constitucionalidad* que está a cargo de un órgano autónomo, la Corte Constitucional, cuya misión es garantizar la supremacía de la constitución y evitar la dictadura de la mayoría a través de controles que hagan presentes y efectivos los derechos de las minorías políticas. La sola existencia de una institución especializada, dentro del contexto constitucional de derecho es una evidencia de la intención de hacer coherente los principios constitucionales con el efectivo accionar del Estado, además de materializar los mandatos referentes a los derechos fundamentales. Incluso, en cuanto a la reestructuración del sistema judicial, este es un paso importante en relación al control constitucional y la necesidad de homologar y concatenar los criterios de interpretación de la Carta Magna y sentar precedentes que procuren seguridad jurídica.

Por último, encontramos la última garantía institucional encarnada en la figura del *Defensor del Pueblo* que se plantea como un órgano de protección extrajudicial de los derechos, y forma parte de la nueva función de transparencia y control social, la cual está conformada por el Consejo de Participación Ciudadana, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias (Art. 204 numeral 2 de la Constitución). Entre sus funciones está la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, que suponen la emisión de medidas de cumplimiento obligatorio de los derechos humanos, el patrocinio de las acciones constitucionales, la investigación de acciones y omisiones de servidores públicos en relación con los derechos humanos constitucionalizados, y la vigencia del cumplimiento estricto del derecho a la libertad, así

como solicitar a las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones.

Garantías de Políticas Públicas: En razón de estas garantías, la nueva Constitución incorpora la vinculación de la existencia de derechos con la operatividad y obligatoriedad de implementar políticas públicas. Es decir, se constitucionalizó y normativizó la relación entre derechos y Política. Con esto se intentó orientar la formulación, ejecución y evaluación de políticas y servicios públicos hacia la eficacia de los derechos del buen vivir, descartando el posible descuido a los derechos sociales, potencializándolas como normas de programación final y principios rectores del ordenamiento, es decir como obligaciones directas del Estado. Estas garantías se encuentran referidas en el artículo 85 de la Constitución.

Garantías Jurisdiccionales: Estas garantías tienen un papel preponderante dentro del sistema garantista de un Estado Constitucional de Derecho ya que cumple la función más conocida de protección de derechos, ejercer la jurisdicción como garantía jurisdiccional de los derechos, que no es otra cosa que el derecho de acción para excitar los mecanismos predeterminados para obtener la tutela efectiva de los derechos. En este sentido, las garantías jurisdiccionales se convierten en un conjunto de instrumentos procesales que cumplen la función de la tutela directa de los derechos Constitucionales. Esta característica es de suma importancia, y en capítulos posteriores volveremos a este tema para afianzar el objetivo del presente trabajo. No obstante, podemos decir que esta garantía apuntala otras características importantes como el papel que cumplen los jueces en las democracias constitucionales modernas, ya que se convierten en los protagonistas de la acción del Estado como garantes de los derechos fundamentales y, por ende, de las garantías procesales esenciales dentro de este modelo.

Entre las garantías jurisdiccionales más conocidas se encuentran el hábeas corpus, la acción de amparo, (en otros países como Colombia es tutela o en Chile de protección), el hábeas data, las acciones de grupo y el amparo contra sentencias judiciales. Desde la Constitución de Montecristi, las garantías asentadas positivamente en el ordenamiento constitucional aumentaron en referencia a la Constitución de 1998, en la cual solo

contemplaba algunas de las garantías antes descritas. Hoy por hoy, el abanico se despliega en el Hábeas Data, Hábeas Corpus, Acción de acceso a la Información Pública, Acción de Protección, Acción Extraordinaria de Protección.

Las garantías en nuestro sistema, de las denominadas constitucionales, integraron parte de nuestro ordenamiento jurídico desde la Constitución de 1967, año en el cual además nace el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuyo objeto era “velar por la observancia de la Constitución y las leyes, pudiendo formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones dictados con violación a la Constitución y a las leyes”¹¹³. Años más tarde, en la reforma constitucional de 1992, se establecieron las garantías constitucionales del amparo y del hábeas data, que se sumaron a la del hábeas corpus que ya se previó desde la Constitución de 1929. En la Constitución de 1998, el tema de las Garantías se volvieron a exponer, aunque todavía de manera restrictiva. En la carta magna vigente, de octubre de 2008, el garantismo neoconstitucionalista se manifiesta extensamente, y atraviesa todos los aspectos del Estado, concordantemente con la filosofía neoconstitucionalista contemporánea.

Como se dijo en líneas anteriores, son seis las acciones constitucionales establecidas en la nueva Constitución, además de las medidas cautelares, pero serán objeto de este estudio dos de ellas: la acción extraordinaria de protección y las medidas cautelares.

A pesar de que las dos acciones son desarrolladas de manera independiente, son extremadamente convergentes entre sí. Las medidas cautelares, como ya hemos dicho, están establecidas en el artículo 87 de la carta fundamental, mientras que la acción extraordinaria de protección se explicita en el artículo 94 del mismo cuerpo legal. En concordancia, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional hace un tratamiento de cada una de ellas, y además, establece normas comunes a todos los procedimientos. La convergencia nace del origen de estas dos instituciones, que devienen como consecuencia de la división de la acción de amparo contemplada en la Constitución de 1998, la cual establecía lo siguiente:

¹¹³ Santiago Velázquez, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Guayaquil: Editorial Edino. 2010. p. 58.

Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. (El subrayado es nuestro)

De acuerdo al texto de este artículo, especialmente en el subrayado, se establece la primera aproximación a su convergencia. La antigua Acción de Amparo tenía tres finalidades: 1) cesar la violación de un derecho, 2) evitar la comisión de una violación de derecho, 3) remediar los efectos de la violación del derecho. Como se puede ver, existe en la norma dos supuestos fácticos: el primero es que el derecho solo esté amenazado de ser violentado, el segundo es que ya ha sido violentado y se pretende cesar la violación. En este último caso, se desprende el derecho de resarcimiento. Si regresamos a la definición establecida en el artículo 87 de nuestra legislación vigente, que habla de las medidas cautelares, podemos ver que el objeto de esta acción es “evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”. Por su parte, el artículo 94 de la acción extraordinaria de protección dispone que procederá cuando “se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”. En concordancia con estas disposiciones, la LOGJCC dispone en el artículo 33 que en el caso de otorgamiento de las medidas cautelares, la jueza o el juez “especificará e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse...”. Asimismo, el artículo 63 de la misma ley contempla, en cuanto a la acción extraordinaria, que en el caso de declararse la violación de derechos, la jueza o el juez “ordenará la reparación integral al afectado”. En lo que se refiere a la “reparación integral” se ocupa el artículo 18 de la LOGJCC que en su parte definitoria contempla que “procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir entre otras

formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud”; y continúa desarrollando el daño material y el daño inmaterial, para después completar diciendo que “[L]a reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida”. Finalmente, concluye con la constancia de la sentencia o acuerdo reparatorio con las especificaciones del caso como tiempo, modo y lugar; así también los aspectos procesales que deben cumplirse para completar la diligencia. Dado que la reparación integral es un efecto de la sentencia, complementariamente, el artículo 5 de la LOGJCC se ocupa de la modulación de los efectos de las sentencias, estableciendo que “[l]as juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional”. En otras palabras, siendo cada caso particular, la aplicación de los efectos, en función de su eficacia, reside en la adaptación de los efectos de acuerdo a las circunstancias específicas.

Con lo expuesto, queda claro que la Constitución del 2008 preserva las dos facultades frente a las violaciones contra derechos constitucionales, a saber, la preventiva y la reparatoria. En los dos casos existen, sin embargo, avances importantes especialmente a lo que se refiere a los principios que rigen estas acciones. A continuación procederé a hacer una enumeración de estos principios que inspiran el desarrollo de las acciones.

El artículo 75 de la Constitución vigente se refiere a los Derechos de Protección en este sentido: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. A su vez, el artículo 11 determina los principios que rigen el ejercicio de los derechos: 1) Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas

autoridades garantizarán su cumplimiento; 2) 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 no se exigirán condiciones o requisito que no estén establecidos en la Constitución o la ley; 3) Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; 4) En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia; 5) El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. [...] Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos; 6) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. [...] Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá contra ellos. En el mismo sentido, el numeral 2 del artículo 86 que trata sobre las disposiciones comunes a todas las garantías, dispone que el procedimiento sea sencillo, rápido y eficaz.

En forma paralela, el artículo 436 establece las atribuciones de la Corte para resolver las medidas cautelares, que de forma general la integra en el numeral 6, como para la acción extraordinaria de protección, lo hace en el artículo 437.

Finalmente, los artículos del 26 al 38 de la LOGJCC, así como del 58 al 64 especifican detalles de las acciones como objeto, finalidad, procedimiento, sanciones, sentencia, resolución, requisitos de admisibilidad, efectos, legitimación activa, entre otros.

3.3. Las contravenciones del artículo 27 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales

Conjuntamente con el texto de la Constitución por parte de la Asamblea Constituyente del 2008, se incluyeron treinta disposiciones transitorias que debían ser acatadas inmediatamente después de la entrada en vigencia de la Constitución. Entre éstas, la Disposición Transitoria Primera en su numeral 1 disponía que en el plazo máximo de trescientos sesenta días se apruebe la ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad. En cumplimiento de la referida disposición, con fecha 21 de septiembre de 2009 se remite al Registro Oficial el texto de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional (LOGJCC), y se publica el 22 de octubre del 2009.

La finalidad de esta ley no es otra que la de desarrollar los mandatos constitucionales para que estos puedan tener aplicación directa y eficaz, pero observando y acatando los principios constitucionales que determinan la validez de las normas. No obstante, en la LOGJCC se encuentra una norma que contrasta con este propósito, generando una serie de circunstancias en extremos peligrosas e inconstitucionales.

Desde aquí en adelante, procederé a hacer un análisis de tales circunstancias y las maneras cómo se contraviene, abiertamente, a varias disposiciones constitucionales y a sus principios, para luego intentar plantear el porqué debe reformarse y los efectos que esto puede ocasionar. Para iniciar es importante precisar la letra de la norma, que es la siguiente:

Art. 27.- Requisitos.- 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 considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos. (El subrayado es mío)

De su parte, el artículo 424 de la Constitución dispone que:

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

Esta disposición constitucional, que además demarca el principio de jerarquía constitucional, nos conduce al primer análisis sobre la inconstitucionalidad de la norma legal. La inconstitucionalidad consiste en el claro y evidente desacato de los mandatos constitucionales, por un lado, y por otro, por la contradicción de una norma jerárquicamente inferior en relación al texto o a los principios expuestos en la Constitución. Para determinar si esta situación se da en el artículo mencionado, es necesario hacer referencia a las disposiciones constitucionales contra las cuales se pronuncia. Así, transcribiré el texto del artículo 87 de la Constitución sobre Medidas Cautelares: “(S)e podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”. (El subrayado es mío)

Las palabras subrayadas son las que determinan la disposición contradicha por el artículo 27 de la LOGJCC. Como hemos visto anteriormente, las acciones constitucionales de protección son las explícitamente señaladas en el Título III de la Carta Magna, y son: Acción de Protección, Acción de hábeas corpus, Acción de acceso a la información pública, Acción de hábeas data, Acción por incumplimiento, y la Acción extraordinaria de protección. Por lo tanto, cuando la norma suprema dice que las medidas cautelares pueden ordenarse conjunta o independientemente “de las acciones constitucionales”, hay que entender que se refiere a todas éstas y no solamente a algunas, ya que si el constituyente hubiese querido hacer esa limitación, lo hubiera expuesto literalmente de esa manera. Por tanto, a falta de una determinación de esa naturaleza, es inminente la aceptación de incluir a todas las acciones sin restricciones. Así, mientras que la Constitución, atendiendo a la naturaleza y finalidad de esta acción procesal, permite que las medidas cautelares sean interpuestas solas o conjuntamente con las acciones constitucionales, la letra del artículo 27 de la LOGJCC específicamente prohíbe hacerlo con una de ellas, esto es, con la acción extraordinaria de protección.

La diferencia jerárquica que existe entre la Constitución y la LOGJCC permite concluir que existe una evidente transgresión a lo dispuesto por el artículo 424 de la

Constitución, ya que a pesar de que la norma suprema es clara en su texto, la norma de la LOGJCC expresa una excepción que la Constitución no considera.

Así también, aunque no es objeto de análisis de inconstitucionalidad, hay otro antecedente a tomar en cuenta. El artículo 32 de la LOGJCC contiene el siguiente mandato:

Petición.- [...] La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción. El requerimiento se tramitará de conformidad con lo dispuesto en esta ley[...].

Este artículo pone de manifiesto la contradicción de manera más explícita aún, ya que en el mismo cuerpo legal existen dos normas con disposiciones contradictorias. Incluso en el artículo que acabo de transcribir, ni siquiera se hace alusión a la posibilidad de solicitud de medidas cautelares de manera autónoma, sino que lo hace solo en relación a las interpuestas conjuntamente con las acciones de protección, y aún más, inserta las palabra “cualquiera” que refleja una generalización más directa que la que realiza la misma norma constitucional, y no hace ninguna alusión a la excepción hecha por el artículo 27. Asimismo, el artículo 32 de la LOGJCC ordena que procede cuando “tenga por objeto detener la violación del derecho”, lo que reafirma la generalización de la admisibilidad de las medidas cautelares con la acción extraordinaria de protección, ya que este artículo no diferencia entre derechos violados en sentencias o actos definitivos, o por cualquier otro motivo, en cuyo caso les compete a las otras acciones de protección. Solamente hace un pronunciamiento general que no induce a ninguna excepción. Finalmente, este artículo hace referencia a la calificación del requerimiento de medidas cautelares, la misma que no es necesario hacerla, e incluso dispone que debe tramitárselas previamente, y, en el caso de que el juez lo considere pertinente, se ordenará las medidas cuando se declare la admisibilidad de la acción. Toda esta determinación está hecha en forma genérica y no dispensa ninguna variación que pueda justificar el texto del artículo 27.

A continuación veremos en qué otras formas el artículo 27 de las LOGJCC contraviene a la Constitución. El Derecho a la Seguridad jurídica está consagrado al tenor del siguiente artículo:

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

Es evidente que la incoherencia entre normas marca una incertidumbre legal que puede desembocar en aplicaciones disconformes, relegando lo que en esencia hace la Constitución, que como ya lo hemos mencionado antes, mantiene la unidad jurídica de un ordenamiento jurídico. Al tiempo, estos desatinos producen en el colectivo una desconfianza en el poder normativo del Estado, que genera, a su vez, un estado de vacilación sobre el propio comportamiento frente a los poderes que detentan justicia, provocando que el acceso a la justicia se vuelva ambiguo y equívoco. Así también, el artículo 75 dispone:

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad. En ningún caso quedará en indefensión. [...]” (El subrayado es mío)

Cuando se limita un instrumento creado para hacer viable la protección de un derecho, se está amenazando la tutela efectiva de ese derecho, mucho más si para ser expedita requiere de mecanismo como los cautelares. En otras palabras, se le deja al derecho sin el mecanismo para poder ser exigible y, a la Constitución, minimizada en su calidad de norma suprema, ya que como dice el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada [...] no tiene Constitución.” Por otro lado, la posibilidad de contar con procesos cautelares, como ya lo dijimos, es en sí un derecho, ya que éstas contienen la principal dotación de mecanismos que evitan que los derechos constitucionales sean violados, evitando así daños colaterales graves e irreparables. Es decir, que son la primera fuente de protección efectiva, frente a la cual todo el sistema debe estar atento y brindar su efectivo acceso.

Otro de los aspectos afectados con el artículo 27, son los principios de interpretación constitucional, los cuales no fueron tomados en cuenta a la hora de redactar el artículo en cuestión. El artículo 427 constitucional dispone que:

[...] las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Es evidente que no se entendió a la Constitución en su “integralidad”, ya que todo el aparataje constitucional correspondiente a la nueva filosofía jurídica neoconstitucionalista que sigue nuestra Constitución, está creada y dirigida a la “eficaz” protección de los derechos. La eliminación de la aplicación de las medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección representa una disminución ostensible en la eficacia de la protección de los derechos amenazados por sentencias o autos definitivos, objeto de la Acción Extraordinaria de Protección, con lo cual la “plena vigencia” quedará supeditada a la comprensión o no de esta filosofía por parte de los jueces sustanciadores.

A pesar de todo lo expuesto, existen opiniones contrarias, como la del doctor Ramiro Avila, quien es una de las personas responsables de la redacción de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En su opinión, la interposición de las medidas cautelares no es dable por varios motivos: en primero lugar, las medidas cautelares se otorgan en un proceso cautelar sin que medie análisis alguno sobre el mérito de la demanda sobre una sentencia que se entiende que ha sido, por varias instancias, conocida, estudiada y analizada, y que además goza de presunción de validez y eficacia; contrariamente, la Acción Extraordinaria de Protección, es un proceso de conocimiento, a través del cual se trata de determinar si ha existido una violación a cualquier derecho constitucional luego de un examen exhaustivo por parte de los jueces constitucionales. Por tanto, a su manera de ver, no es posible que una sentencia ejecutoriada sea minimizada por una medida cautelar, quitándole toda la fuerza de ejecutividad sin que haya mediado un proceso cognitivo jurídico que establezca una justificación legal constitucional para evadir sus efectos, mucho más si tomamos en cuenta la naturaleza extraordinaria de la Acción en estudio. En segundo lugar, el doctor Avila considera que hay motivos de tipo prácticos que también

entran en juego, como la mala praxis de los abogados, la cual tiende a desnaturalizar los mecanismos procesales para dilatar las decisiones de fondo y evitar la justicialización de las pretensiones de fondo. En su explicación, Ramiro Avila dejó claro que esto se iría contra la seguridad jurídica, especialmente en lo que tiene que ver con la aspiración de todo demandante de obtener una decisión firme, de cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales y resolución de los conflictos que llevaron a excitar el engranaje judicial, guiándonos de la certeza que otorgan las presunciones como la de validez y eficacia de las sentencias.

Estos argumentos, bajo mi perspectiva, son entendibles y muy valederos, y forman parte de cuestionamientos continuos de los actores del sistema judicial. En este sentido, creo con firmeza que, a pesar de lo oportunas que puedan ser estas reflexiones, no es menos cierto que la primera argumentación se puede entender solo desde la naturaleza excepcional de la Acción Extraordinaria por ser un mecanismo revisor de sentencias. Estos mismos cuestionamientos se oyeron hacia la propia acción, y se fueron desvirtuando de cara a la composición proteccionista de la Constitución. Por otro lado, creo que a pesar de que las medidas cautelares no emergen de un proceso cognitivo, su fin es solo cautelar, provisional y no constituyen prejuzgamiento, ni prueba y mucho menos una decisión que brinde certeza jurídica permanente, y están para ser interpuestas en procesos cognitivos tanto ordinarios como extraordinarios. No contradice, a mi entender la jerarquía con la que cuentan las sentencias, ya que solo producirían un estado temporal hasta que sobrevenga la decisión de la Corte sobre la supuesta violación que se está reclamando. Las medidas cautelares no pierden su naturaleza por ser interpuestas con una acción extraordinaria, solo podrían manifestarse en el caso concreto con características propias de la excepcionalidad de la acción. En cuanto a la práctica deficiente, y si se quiere corrupta de algunos abogados que prostituyen a los instrumentos procesales para fines que distan mucho del fin para el cual fueron creados, existen mecanismos para apalear este problema a través de métodos preventivos y sancionadores establecidos en la ley, que deben ser puestos en práctica de la forma más rigurosa posible.

Además de todo lo expuesto, existe una consideración mucho más importante de inconstitucionalidad que se convierte, a mi parecer, en el principal motivo de argumentación. Durante el período de transición, desde que la Constitución fue promulgada, hasta la elaboración y publicación de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, existió un espacio de tiempo de un año en el cual la Corte Constitucional trabajó únicamente bajo el paraguas de las disposiciones de la Carta Magna, en espera de los preceptos legales que desarrollaría los mandatos constitucionales. Durante este lapso, la Corte recibió y tramitó Acciones Extraordinarias de Protección, y aún más, dictó medidas cautelares conjuntas con la mencionada acción. De acuerdo al departamento de relatoría de la Corte Constitucional, estas causas fueron resueltas en observancia de los artículos 86, 87 y 94 de la Constitución. Utilizando la técnica hermenéutica, frente la anomia legal en ese asunto, la Corte Constitucional acató y ejecutó los principios constitucionales y tramitó las medidas cautelares. No obstante, al promulgarse la Ley, el legislador no tomó en cuenta esta situación, dejando de lado la actividad jurisprudencial de la Corte que ya existía con respecto a este asunto, y formulando restricciones a la utilización de las medidas cautelares que el máximo órgano de interpretación constitucional no había compartido. Como sabemos, la Corte Constitucional es un órgano autónomo, es una institución que forma parte de las Garantías institucionales que consagra la Constitución, de entre cuyas potestades está la de interpretar la Constitución, e ir produciendo y ordenando la jurisprudencia. Frente a la inexistencia de normas explícitas que deben estar contenidas en las leyes, la Corte hizo uso de sus facultades como órgano productor de precedentes, sin alterar el principio democrático que materializado en la Asamblea o el órgano legislativo, sino como un garante de los principios de protección de derechos, entre ellos el de la tutela judicial efectiva. En este sentido, la ley que emergió posteriormente, se manifestó contraria a esta producción, que estuvo dirigida, en primera instancia, al reconocimiento del derecho de los justiciables a interponer medidas cautelares conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección. El otorgamiento de las medidas constituye un avance en la doctrina y en la jurisprudencia sobre un derecho en particular, sin embargo, la LOGJCC hizo un retroceso, en clara contravención al principio de no regresividad de los derechos. En este sentido, la justa expectativa de los sujetos

sobre un derecho se trunca con la expedición de la ley, dejando a lo actuado por la Corte como un incidente. Este es para mí, la señal más clara de inconstitucionalidad de los preceptos restrictivos de la LOGJCC , no obstante para poder decretarla así, la Corte debe esperar una demanda de inconstitucionalidad para actuar legalmente, y eventualmente, expulsar del ordenamiento jurídico esta norma de la Ley.

Mientras esta norma no sea declarada inconstitucional, las transgresiones señaladas seguirán violando principios constitucionales, lo cual desdice el espíritu proteccionista de los órganos de control constitucional, principalmente en la cabeza la Corte Constitucional.

3.4. El artículo 27 de la LOGJCC frente al Derecho a la defensa, la seguridad jurídica y al principio de Tutela Efectiva: eficacia y celeridad.

Hasta ahora he realizado un análisis de la inconstitucionalidad del artículo 27 de la LOGJCC, pero existen otras razones por las cuales considero que la disposición del mencionado artículo no debe subsistir; aparte de la evidente transgresión al orden jerárquico constitucional, éstas se basan en las consideraciones que detallaré a continuación.

Para empezar, es necesario referirse nuevamente a las cualidades de la Acción Extraordinaria de Protección. Esta garantía constitucional fue introducida en la normativa de nuestro país, con rango constitucional, porque se vio la necesidad, primeramente de proyectar la protección de los derechos a todos los actos públicos, incluyendo a los emanados de la función judicial, los cuales hasta el 2008 estaban fuera de este control. Con esto, se materializa el mandato del artículo 426 el cual señala que “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”. En un Estado, como lo señala A. GRIJALVA, regido por una Constitución, son todas las autoridades públicas las sometidas a ella, y los jueces son, no solo los primeros obligados por sus prescripciones

sino además quienes actúan como garantes de la misma.¹¹⁴ La Constitución es la fuente primaria de validez jurídica y de legitimidad de las normas que el juez aplica y de su propia actividad. Por otro lado, si tomamos en consideración que los jueces, al igual que cualquier otra persona, son falibles, y que sus actuaciones pueden, de alguna manera, por acción y omisión, vulnerar el derechos constitucionalmente protegidos, especialmente los del debido proceso, es apenas obvio que, en virtud de los principios de la Constitución, estas decisiones judiciales puedan ser materia de revisión por un órgano especializado en la materia como es la Corte Constitucional. En segundo lugar, la constitucionalización de esta defensa también buscaba unificar la producción jurisprudencial y jurídica de nuestro país, que es uno de los objetivos de las constituciones, así como estandarizar procesos que traten de igual manera a todos los poderes del Estado, aplicando la justicia constitucional.

Con estos propósitos se creó la figura de la acción extraordinaria de protección, la cual en el derecho comparado tiene algunos antecedentes, principalmente en España cuyas similitudes son variadas.

Por su parte, las medidas cautelares corresponden a un tipo específico de proceso, el cautelar, cuyo propósito es evitar o hacer cesar la violación de un derecho. Como ya expliqué en anteriores párrafos, esta medida tiene un carácter esencialmente instrumental, es decir que sirve a otros procesos a obtener sus objetivos. No obstante, en el derecho procesal constitucional, las medidas cautelares pueden presentar una autonomía propia. Nuestra Constitución sigue esta línea doctrinaria al señalar que se pueden ordenar conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección. Como lo señala M. ORTELLS RAMOS, las medidas cautelares pueden perder su carácter instrumental y volverse autónomas porque se acepta que éstas pueden agotarse en la satisfacción inmediata en esos intereses. Pensemos, por ejemplo, en derechos difusos o de clase, donde con la sola obtención de la medida desaparece en ello el interés que dio vida a la pretensión cautelar¹¹⁵. No obstante, esto no convierte a las medidas cautelares en acciones sustantivas, porque no obtienen un pronunciamiento definitivo sobre el asunto controvertido, y tampoco pierde su

¹¹⁴ Agustín Grijalva. *La acción extraordinaria de protección en Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 657.

¹¹⁵ Miguel Ortells Ramos, *Las Medidas Cautelares*. 1ª. Edición. Madrid: Editoria La Ley. 2000.

esencia provisional, ya que por un lado, siempre están expuestas a que se solicite su revocación, y por otro, porque eventualmente el titular del derecho afectado o amenazado requerirá una determinación definitiva a su pretensión, por seguridad jurídica, en cuyo caso la existencia de la medida terminará indefectiblemente.

3.4.1. En relación a la Tutela Efectiva

El Estado, como ya mencionamos con anterioridad, reclama para sí el poder de repartir justicia, relevando a los particulares de esa posibilidad, y asume la responsabilidad de elaborar todo un sistema jurídico que respalde en lo sustantivo y en lo material esa tarea, la misma que está destinada a ser el elemento que viabilice la convivencia social. En el sistema neoconstitucionalista, esta facultad del Estado entraña una organización estructurada en la supremacía de la Constitución, cuyo texto es el organizador y unificador del ordenamiento jurídico, basado en principios y normas de aplicación directa, cuya finalidad primordial es la plena vigencia de los derechos constitucionales. Para cumplir con este objetivo, se sirve de las garantías constitucionales que son el presupuesto de eficacia de los derechos. Así, M. CARRILLO opina que “La garantía de los derechos fundamentales de la persona en el Estado democrático descansa en la tutela que ofrezca la jurisdicción ordinaria ante las lesiones que puedan ser objeto tanto de los poderes públicos como las que procedan de particulares”¹¹⁶.

Para poder activar todo este sistema, la Constitución consagra el derecho al acceso a la Justicia, que no es otra cosa que la potestad de los individuos de acceder a los órganos jurisdiccionales y obtener de ellos una determinación específica sobre el derecho que se reclama y en nuestra Constitución este derecho está consagrado en el artículo 75. Adicionalmente, el artículo 76 establece el derecho al debido proceso, lo que agrega una característica al derecho de acceso a la justicia, que refiere a la calidad del proceso en relación a los derechos fundamentales de los individuos. En este sentido, tanto el fin (obtener justicia) como el medio (proceso) deben mantener un estándar de calidad, que

¹¹⁶ Mark Carrillo, *La justicia cautelar como garantía de los derechos fundamentales en La ciencia del Derecho Procesal constitucional*. México: Editorial Marcial Pons, 2008, p. 233.

tiene que ver con el apego a los principios rectores constitucionales, tanto en el fondo como en la forma, ya que ambos son partes de la estructura misma del sistema jurisdiccional.

La efectividad de la Tutela tiene que ver con la eficacia con la que el aparato jurisdiccional resuelve una pretensión, sobre todo, atendiendo al principio de *estricta legalidad*, con una debida fundamentación de la sentencia, sea esta favorable o no a las pretensiones deducidas. Esto refiere a la contemplación de “lo debido”, es decir, “la promesa que tiene el justiciable de recibir de la jurisdicción el tratamiento adecuado a sus reclamos sociales”¹¹⁷, y lo adecuado está previamente establecido en un conjunto de preceptos denominado “debido proceso”, que es en sí mismo una garantía de las garantías.

La sede natural de protección de los derechos son los juzgados y cortes, y a ellos les corresponde desplegar los principios de inmediatez y celeridad consagrados en el artículo 75 de la Constitución. Para este propósito, la ley establece fórmulas ágiles que dotan a los ejecutores de la justicia de una serie de mecanismos para garantizar la eficacia, como son las medidas cautelares. Así, M. A. LOPEZ OLVERA considera que “los instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que ésta difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal”¹¹⁸

La Tutela judicial efectiva está presente también en normas de derecho internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Art. 8.1.: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...].

Art. 25: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por persona que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

¹¹⁷ Cfr., Osvaldo Gozaíni, *La justicia... Op. Cit.*, p. 189.

¹¹⁸ Miguel Alejandro Lopez Olvera, “Las medidas cautelares en el juicio de amparo”. *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Tomo VII. México: Marcial Pons. 2008. p. 403.

De estas normas se desprende que la tutela abarca no solo la garantía al acceso jurisdiccional, sino también a un proceso que respete las garantías del mismo y que además sea ágil. Esta última calidad tiene sentido en el contexto de la premisa tan conocida “justicia que llega tarde no es justicia”, y encierra otro célebre dilema que se plantea entre “hacer las cosas bien pero tarde o mal pero rápido”.

La disposición del artículo 27 de la LOGJCC es claramente contraria a este principio, por las siguientes razones.

3.4.2. En relación a La Defensa

De acuerdo a A. CAROCCA PÉREZ, “defensa” en su término originario significa “oponerse al peligro de un daño o, más gráficamente, el rechazo a una agresión”¹¹⁹. La defensa es en sí misma una reacción frente a una acción, frente a la cual se siente amenazado en cualquier ámbito, activando un instinto de protección. En el mundo jurídico, la defensa se refiere más al carácter reactivo de la parte requerida, y se distancia de la parte accionante, porque ésta encaja, de mejor manera, en la ya explicada tutela judicial. En nuestra Constitución el artículo 76 consagra el derecho a la defensa, el cual está enraizado también al debido proceso, en la parte reactiva del proceso. El numeral 7 literal a) lo expresa de manera categórica en estos términos: “nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”. La defensa, en este sentido, es la posibilidad a participar en un proceso en el cual, de alguna manera, pueda verse afectado, y mucho más si esa afectación provoca un daño.

Las sentencias violatorias de los derechos constitucionales están condenadas desde el inicio a provocar un daño en la persona frente a quien le recae la decisión. El daño y la inminencia es específica en cada caso y requiere de una valoración concreta, previo análisis de los efectos que la sentencia pueda producir. Es precisamente frente a este daño que las medidas cautelares adquieren relevancia, ya que son en sí mismas el mecanismo idóneo para evitar que se consume el daño que se produciría en el caso de no mediar intervención alguna. Al prohibir que estas medidas cautelares se interpongan con la Acción

¹¹⁹ Alex CAROCCA PÉREZ. *Garantía constitucional de la Defensa Procesal*. Santiago de Chile: Ediciones jurídicas Olejnik. 1998. p. 14.

extraordinaria se está atentando contra la facultad constitucionalmente garantizada de defenderse ante un daño derivado de una sentencia improcedente.

3.4.3. En relación a la seguridad jurídica

El artículo 82 constitucional determina que “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. La consagración de este principio implica además la coherencia entre normas y obviamente, la constitucionalidad de éstas tanto en la forma como en el fondo. Por otro lado, una producción jurisprudencial uniforme, conjuntamente con un tratamiento igualitario, es decir, similares soluciones en similares circunstancias coadyuvan a integrar normas, procesos y actuaciones. La seguridad jurídica va de la mano con la previsibilidad de la aplicación de las leyes, los parámetros y criterios que se usarán en cada caso. La aplicación de los principios constitucionales y de las mismas disposiciones constitucionales que conforman la Carta Magna, son el enlace de todo el ordenamiento jurídico, por tanto es indispensable ajustar toda la normativa y jurisprudencia a los mandatos y principios constitucionales. Nuevamente aquí se integra el concepto de interpretación extensiva de los derechos, y el principio “pro homine” explicado en capítulos anteriores. Estas directrices hacen, que sin importar la especificidad del caso, se pueda esperar o prever una decisión específica.

La prohibición explícita del artículo 27 de la LOGJCC hace que este entramado de coherencia para obtener seguridad jurídica, caiga a los suelos. No quiero decir que la incongruencia de una norma determine de forma final a un sistema, pero sí lo debilita en el inconsciente social, mucho más si sus disposiciones son adoptadas por el órgano encargado de dictar su misma inconstitucionalidad, y si peor aún, todos los actores públicos y privados se hacen de la vista gorda y no se expresan contrarios a esa determinación. Si una norma jerárquicamente inferior limita, de algún modo, las expectativas que se generan de una norma superior, no se puede esperar sustentar la seguridad jurídica. Por otro lado, si se debilita de alguna manera el sistema de protección de derechos de un Estado Constitucional de Derechos, dejando espacios para la indefensión, no se puede hablar de seguridad jurídica.

A manera de conclusión, el derecho, en un Estado de Derecho constitucional, hace explícitas en *forma de principios* sus condiciones sustanciales de justificación, convirtiéndolas por un lado en requisitos de validez de la legislación y, por otro, en criterios interpretativos del conjunto del ordenamiento.¹²⁰ En la medida en que únicamente los principios tienen una alta densidad de contenidos, sólo éstos cumplen una función constitutiva del ordenamiento jurídico.¹²¹ Solo cuando aplicamos los principios en su forma integral, recabando todos los mecanismos que la ley señala hábiles para producir los efectos deseados, se cierra el círculo y se brinda una verdadera protección a los derechos.

3.5. La viabilidad de la solicitud de medidas cautelares conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección (Amparo dividido en dos).

Como hemos podido ver hasta ahora, la disposición de la LOGJCC, a través del artículo 27 contraría el ordenamiento jurídico constitucional desde varios ángulos. La sola aceptación de estas contradicciones debería bastar para eliminarla de la ley. No obstante, no es suficiente analizar si se debe desobedecer su prohibición, sino que además, a falta de cualquier pronunciamiento de la Corte en referencia a este particular, es necesario afianzar las razones que deben tomarse en cuenta para aplicar los artículos 84 de la Constitución y 32 de la LOGJCC.

Como ya hemos tenido ocasión de exponer, las medidas cautelares son mecanismos de afianzamiento de la protección de derechos. No son en sí mismos procesos de conocimiento, ni buscan un pronunciamiento sobre un derecho adjetivo. Son provisorias, instrumentales, urgentes, mutables, no constituyen prejuzgamiento, pueden ser innovativas, precautelan que la decisión definitiva sea eficaz, y su objeto es evitar la consumación de un daño.

Por su parte, la Acción extraordinaria de protección es una acción jurisdiccional que busca resarcir el daño ocasionado por una sentencia violatoria de derechos constitucionales.

¹²⁰ Juan Carlos Bayón, *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional en Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 201.

¹²¹ C. Escobar García, *El rol de las reglas en la era de los principios en Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 215.

No obstante, el artículo 62 de la LOGJCC determina que el alcance de las medidas cautelares no llega a los efectos de las sentencias que son objeto de la acción. Por este motivo, la decisión de la sentencia sigue su determinación, inexplicablemente, aún admitida la Acción.

Las dos garantías son dos caras de una misma moneda en lo que se refiere a tutela contra decisiones y autos definitivos. Por sí mismas, las dos tienen una eficacia mediana, específica pero no integral. Requieren ser armonizadas para conseguir una plena eficacia.

Como se ha dicho en varias ocasiones, las medidas cautelares son aquellas “tendientes a garantizar el resultado eventualmente favorable de un proceso iniciado o próximo a ello”. El fundamento de ella se da en la incidencia del tiempo en el proceso, actúa como un reaseguro de la sentencia en cuanto mantiene el estado de las cosas en el estado que estaban cuando generaron la demanda.¹²² Así también las entiende GOZAÍNI para quien “Las medidas cautelares cumplen un rol fundamental en la vida del proceso, cuya eficacia depende, muchas veces, de la existencia y alcance que se le reconozca a aquéllas. El tiempo imprescindible para resolver los pleitos, la mora derivada del recargo de tareas - prácticamente universal- de los tribunales o la naturaleza de los derechos afectados, van tornando cada día más inconcebible la idea de un proceso sin protección cautelar”.¹²³

Por su parte, CARNELUTTI expresa: “La duración del proceso es uno de sus defectos humanos, que aun cuando quepa perfeccionar su regulación, no podrá jamás ser eliminado del todo. Aunque, como suele decirse, la justicia puede ser rápida entre el comienzo y el fin del proceso, pero tanto en el jurisdiccional como en el ejecutivo, media necesariamente un período de tiempo durante el cual continua el litigio, con todos los daños que de él derivan. No ha de extrañar, por tanto, que la prevención de esos datos haya determinado medidas encaminadas a un arreglo provisional de la situación de que ha brotado o de que está para surgir el litigio, y ello, antes de que el proceso jurisdiccional o el ejecutivo

¹²² C. Gozáni, *Teoría general del derecho procesal*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 1999, p. 285.

¹²³ C. A. Vallefin, *Importancia y Jerarquía constitucional de las medidas cautelares en los procesos contra la Administración Pública*, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II, México: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 573.

comiencen o mientras recorren su iter”.¹²⁴ El señalamiento que hace este autor es de trascendental importancia, ya que se pone de manifiesto una situación real de los efectos que producen el paso del tiempo durante el cual se tramita el proceso: los daños. No se puede prever qué tipo de daños pueden emerger de esta situación de temporalidad, ni tampoco podríamos hacer un listado taxativo de aquellos que podemos entenderlos como tales. Es tan diverso el catálogo y tan numerosas las posibilidades, que simplemente estaríamos haciendo una tarea necia. Lo que sí se toma en cuenta en toda la doctrina, son las características del daño, el cual dice la doctrina, debe ser inminente y que provoque efectos irreparables o de difícil reparación.

Es importante detenernos en este punto, ya que la Acción Extraordinaria entraña una variación en la situación que debe revisarse. El proceso de la Acción debe durar, según lo establecido en el artículo 36 de la LOGJCC y el artículo 39 del Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, no más de 30 días después de que la Secretaría General haya notificado a las partes con la recepción del proceso. Previamente, en el artículo 35, párrafo cinco del reglamento dispone que “La Sala respectiva, en el término de diez días, verificará que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 62 de la [LOGJCC], término que correrá a partir del momento en que el expediente se encuentre al despacho”. El artículo 5 de esa norma, dice que las oficinas Regionales o la oficina de documentación de la Secretaría general, donde se receptan las acciones, deberán remitir la documentación pertinente a la Secretaría General en veinticuatro horas. Asimismo, el artículo 7 establece que el Secretario General dispondrá de seis días a partir de la recepción de las demandas y documentos para remitirlos a las diferentes Salas del Organismo para el trámite que corresponda. Además el artículo 8 puntualiza que los plazos y términos se inician a partir del día siguiente a que el expediente se encuentre listo para la decisión. Esto representa, en el mejor de los casos, que la Acción Extraordinaria contará con un tiempo mínimo de treinta días, sin tomar en cuenta los plazos en cada trámite, y las demoras que pueden suscitarse en el caso que la demanda necesite ser completada o

¹²⁴ P. Calamandrei, *Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho, Volumen II, México: Editorial Harla, 1999, p. 117.

rectificada, o cuando el juez crea conveniente llamar a una audiencia, en cuyo caso podría tomar más tiempo del establecido. Si a esto le sumamos el aumento de la admisión de causas derivada de la publicitación de esta acción, y por el conocimiento profundo de las aplicaciones que pueda tener, el tiempo real que se tome la Corte será mayor. Es parte de la sabiduría general que las calamidades pueden suceder en cuestión de minutos, y hasta a veces, segundos. Sin embargo, también sabemos que el tiempo es una medida relativa, que no es determinante por sí misma de todos los resultados que su paso puede acarrear. Pero sí sabemos que las situaciones en general se perpetúan y profundizan, para bien o para mal, con el decurso de los días y las horas.

En este sentido, la Acción extraordinario consume el requisito que las medidas cautelares observan para poder ser aplicadas, que es el irremediable paso del tiempo entre el planteamiento de la pretensión y la sentencia obtenida. Así lo entendía CARNELUTTI, quien decía que las medidas cautelares no tuvieran cabida si pudiéramos obtener una decisión jurisprudencial de forma inmediata, es decir, en el mismo momento en que se interpone una acción. Pero ya que esto es materialmente imposible, el proceso cautelar encuentra su oportunidad en ese lapso de tiempo que la justicia necesita para manifestarse.

Además de la consideración de oportunidad de las medidas cautelares en referencia al tiempo, también hay que tomar en cuenta el tema del daño. Entendemos que entre los fines de las medidas cautelares se encuentran evitar el daño que se produce por la espera de la decisión. Esto quiere decir que la relación es frente al mérito en que se funda la demanda o pretensión. En el caso de la Acción Extraordinaria en cambio, el daño se desprende, a más de la consideración mencionada, de la inminencia del cumplimiento de la sentencia, que es la razón de la activación de esta garantía. Resulta un poco dispersa la razón práctica que motivó al legislador impedir expresamente la suspensión de los efectos y aún más, a disponer lo que en el artículo 36 del Reglamento de Sustanciación se expresa:

[...] la judicatura, sala o tribunal ante la que se presente esta acción, deberá obtener copias certificadas de las sentencias o autos definitivos y de las demás piezas procesales necesarias para su ejecución, para que el juez de instancia haga cumplir lo resuelto en la sentencia o auto definitivo, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 21 y 62, inciso penúltimo de la [LOGJCC].

El artículo 21 al que se hace referencia, es una norma que se encuentra inserta en el Título I de la LOGJCC referente a la Normas Comunes que deben observarse en la tramitación de las Garantías Jurisdiccionales. Esta norma tiene el siguiente texto:

Cumplimiento.- La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional.

Durante esta fase de cumplimiento, la jueza o juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrá modificar las medidas.

La jueza o juez podrá delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio a la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, de protección de derechos. Estos podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir la delegación. La Defensoría del Pueblo o la instancia delegada deberá informar periódicamente a la jueza o juez sobre el cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio.

El caso se archivará sólo cuando se haya ejecutado integralmente la sentencia o el acuerdo reparatorio.

El contenido de este artículo se refiere a las sentencias o acuerdos reparatorios de las sentencias obtenidas de la tramitación de las acciones jurisdiccionales, no de las sentencias o autos definitivos de la justicia ordinaria. Esto quiere decir que el objeto del cumplimiento no es la sentencia que en el caso de la Acción Extraordinaria va a ser objeto de revisión por posibles violaciones, sino de las sentencias constitucionales.

De todas maneras, sea por el artículo 36, que le sustrae el efecto suspensivo a la admisibilidad de la Acción Extraordinaria, o por el confuso artículo 21 sobre el cumplimiento de la sentencia, los efectos no se detienen. Aquí es cuando comienza a conformarse el riesgo de daño, que además es inminente, y que producirá una violación a los derechos consagrados en nuestra carta fundamental. En consecuencia, aquí se estructuran las condiciones de procedibilidad de las medidas cautelares, aquí se hacen relevantes para los objetivos de precaución, caución, tutela o reaseguro de los derechos constitucionales, fin último y principal del Estado.

Como se puede ver, se genera una preocupación sobre la oportunidad de violación de derechos que produce la misma acción, frente a los cuales no existiría recurso alguno para que los implicados puedan evitarlos, lo que a mi manera de ver, es un atentado múltiple contra los principios constitucionales de protección de derechos: primero, porque se impide

accionar una medida cautelar contra posibles daños que la natural espera de la sentencia puede provocar; segundo, porque impide que los efectos de la sentencia, que pueden provocar perjuicio al accionante, se suspendan hasta que se dicte sentencia; tercero, porque incluso se obliga al juez a ejecutar la sentencia sin saber todavía si ésta es violatoria o no; cuarto, porque pone en riesgo que la sentencia constitucional no sea eficaz, ya que si el objeto de revisión es la sentencia violatoria de derechos y ésta se consuma, la finalidad de proteger al individuo contra sentencias ya no serviría.

De esta manera, y como lo dice CALAMANDREI “la necesidad de preservar la utilidad del recurso de amparo, evitando que pierda su finalidad, es el presupuesto único de adopción de las medidas cautelares”¹²⁵. Las dificultades del juicio cautelar derivan de la necesidad de otorgar con urgencia la protección de unos derechos sobre los que todavía no se sabe si son tales, pero no por este motivo, se va a eliminar cualquier recurso que pueda proteger los derechos solo por el hecho de que no se concreta la revisión de ellos. En este sentido, el sistema español en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que procede la suspensión cautelar “cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad” (art. 56 LOTC Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, 3 de octubre de 1979).

La fórmula empleada por la LOTC ha venido interpretándose por el Tribunal Constitucional Español, desde las primeras resoluciones resolutorias de incidentes de suspensión, en el sentido tradicional de existencia de un daño irreparable o de difícil reparación, entendiendo que “el criterio que ha de observarse en materia de suspensión es [...] únicamente el de la preservación de la eficacia de un posible pronunciamiento estimatorio [ATC 258/1996 de 24 de septiembre (Fj.2)], o que el presupuesto de hecho necesario para la adopción de la medida cautelar prevista en el artículo 56.1 LOTC es la “irreparabilidad o difícil reparación del perjuicio que la ejecutividad pudiera causar” [ATC 47/1992, de 12 de febrero (Fj. 2)].

La defensa de un derecho fundamental otorga la calidad de urgencia de una tutela cautelar, ya que solo a través de esta cualidad se busca preservar la “integridad” del derecho

¹²⁵ Piero Calamandrei. *Derecho Procesal Constitucional*. *Op.cit.*, p. 113.

fundamental, durante el tiempo que la Corte se tome en dirimir una Acción Extraordinaria de Protección. En este sentido, la protección que se genera no solo es de medios sino de resultados, esto quiere decir que no solo se intenta que el derecho protegido no sea perturbado en su goce, sino que además no sea violado, para que no se genere efectos irreparables. Es por esto, que a mí parecer, es irrefutable la procedibilidad de las medidas cautelares en la Acción Extraordinaria, mucho más si observamos el ejemplo español.

Voy a transcribir el criterio de L.E. PALACIO, cuya claridad me parece muy útil para completar lo expuesto hasta aquí:

Estimo, por consiguiente, que el requisito concerniente al *peligro en la demora* – común a todas las medidas cautelares [...]– cubre con sobrada amplitud la extensa gama de daños involucrados en el otorgamiento de la medida, pues comprende no sólo los perjuicios económicos sino también los padecimientos físicos, psíquicos y morales, no necesariamente irreparables pero dignos de una inmediata tutela judicial”. “Porque lo que en definitiva interesa, a los fines de la admisión de la medida cautelar analizada, radica en el hecho de que los jueces sin ceñirse a pautas rígidas y a través de una afinada valoración jurídica de paz (como justicia), preserven del modo más apropiado la eventual utilidad y eficacia práctica del pronunciamiento final.” “Y para finalizar: ¿no es en todo caso la existencia de un perjuicio irreparable, de circunstancias graves, de un peligro inminente o de una situación similar la que justifica, en general, el otorgamiento de la totalidad de las medidas cautelares?”¹²⁶

L. CUEVA CARRIÓN, comparte nuestra posición, quien dice que:

Para que esta acción cumpla su finalidad y sea eficaz en la práctica, consideramos que la Corte Constitucional debe disponerla en forma muy frecuente, de conformidad con las necesidades de los justiciables y con la calidad del derecho que se trata de proteger; porque, de lo contrario, se corre el riesgo de que, mientras se tramita esta acción extraordinaria, el derecho continúe siendo vulnerado o culmine su violación con evidente e innecesario perjuicio.¹²⁷

3.6. Efectos de su aplicación

De acuerdo a los efectos jurídicos de cada una de las instituciones constitucionales presentadas, debemos hacer coincidir a ambas, sin desnaturalizar sus efectos particulares

¹²⁶ L. E. Palacio, “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual”. *Medidas Cautelares. Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 1998. p. 112.

¹²⁷ Luis Cueva Carrión, *Acción constitucional...*, Op.Cit., p. 168.

para no caer en inconstitucionalidades que vetarían su eficacia. Es muy importante recordar que la interpretación de la Constitución no puede ser restrictiva, ya que la naturaleza de una Constitución de un Estado Constitucional de Derechos es en sí misma la protección de los derechos y éstos no pueden verse afectados por una aplicación restrictiva de la letra de la ley porque como ya hemos dicho, las actuaciones de los poderes públicos deben basarse en los principios inspiradores de la Constitución y no quedarse en el plano de la “mera legalidad”. La protección admite toda interpretación pro derechos, ya que esa es la principal función y finalidad del Estado.

Dicho esto, recordemos que el primer efecto de la acción extraordinaria es el resarcimiento, como lo establece el artículo 94 de la Constitución y el artículo 63 de la LOGJCC, es decir, tiene un efecto devolutivo. Por su parte, el artículo 64 de la misma ley expresamente establece que la admisión de la acción no suspende los efectos de la sentencia. Su aplicación nace del supuesto de una consumación de la violación a cualquier derecho constitucionalmente protegido por una sentencia o auto definitivo.

Las medidas cautelares tienen por objeto evitar o hacer cesar la amenaza de un derecho, y sus efectos son cautelares y tutelares. En caso de que el juez otorgue las medidas cautelares, el artículo 33 dice que se dispondrán las obligaciones, positivas y negativas con explicitación de modo, lugar y tiempo, para que se cumpla el objeto de las medidas. El artículo expresamente establece que el otorgamiento no constituye prejuzgamiento.

Si entendemos a las dos garantías como complementarias, es evidente que sus efectos deben entenderse de la misma manera. Esto es, que al interponerse las medidas cautelares conjuntamente con la Acción extraordinaria, los efectos de la sentencia que se está tramitando deberían suspenderse desde el momento de la admisibilidad hasta que la Corte se pronuncie sobre la violación, en cuyo caso, de haberse encontrado la violación, la Corte debería reafirmarse sobre la suspensión del efecto de la sentencia, y por otro lado, determinar la reparación integral por los daños causados, hasta ese momento, por sentencia motivo de la acción. En el caso que no se encontrare ninguna violación, se dictaría la revocatoria de la suspensión de los efectos.

3.7. Posibles soluciones

3.7.1. La Contracautela

Es preciso, en este momento, hacer una última puntualización: hasta ahora hemos hablado de los derechos que se quieren proteger de la persona que interpone la Acción Extraordinaria de Protección, por una sentencia ha sido violatoria de sus derechos. Se ha expuesto la necesidad de utilizar los efectos suspensivos de la Acción Extraordinaria para proteger efectivamente los derechos que puedan ser vulnerados con la espera de la sentencia y por el cumplimiento de lo dispuesto en esa misma sentencia. Pero hasta ahora no se ha dicho nada sobre los derechos de la otra parte procesal que intervino en el proceso que dio origen a la sentencia violatoria.

Es lógico que en un proceso cautelar siempre va a existir la posibilidad que la otra parte se “perjudique” por el otorgamiento de la medida, pero éste es un riesgo que debe correrse en función del fin primordial de la medida, que es permitir que la sentencia sea eficaz. No obstante, en otros países de la región, como Argentina y Colombia, se ha dado una solución bastante proporcionada a este tipo de riesgos, que es la denominada Contracautela. No entraremos a profundizar, de ninguna manera, esta institución porque eso representaría un estudio extenso en una tesina aparte, solo se pretende dar a conocer, en brevísimos rasgos, la sola existencia de un mecanismo equilibrador de las pretensiones dentro de los procesos cautelares, que además se adelanta a posibles vicios de la utilización del sistema de justicia como es el abuso de poder.

La Contracautela es, en palabras de O.A. GOZAÍNI “el reaseguro del sujeto pasivo de la medida cautelar, por ella obtiene una relativa seguridad respecto a los daños hipotéticos que podrían surgir si la precautoria que se ordene fuera sin derecho o abusiva”. Se inspira en el principio de igualdad y equilibrio procesal, donde las partes, en lo que se pueda, deben conservar durante el proceso. En la Constitución Argentina, artículos 16 y 18, la contracautela se presenta como una condición previa a la ejecución de la medida, más no de su admisibilidad y procedencia. Es, en otras palabras, una limitación impuesta al juez para

que, antes de efectivizar la medida cautelar, disponga el cumplimiento estricto de la contracautela.

No se trata de hacer un juego cautelar, donde una medida cautelar impone el otorgamiento de una cautela contra la cautela que se solicitó, sino que se trata de que la protección de los derechos se expanda de la manera más igualitaria posible sin dejar de ser eficaz. Es evidente que la introducción de un mecanismo como éste requeriría una reforma constitucional, con todas las dificultades que eso implica, y no aspiramos que suceda en el corto plazo, pero sí que se deje planteada la opción doctrinaria y jurisprudencial de otros países, para que a futuro pueda considerarse un cambio de este tipo, que lo único que producirá es un entendimiento de la madurez ideológica y práctica del sistema.

Finalmente, se puede concluir que para evitar que el derecho reconocido en una sentencia en firme pueda verse vulnerado por la interposición de una medida cautelar dentro de la Acción Extraordinaria de Protección es totalmente lícito y justificable la solicitud de una caución por las medidas cautelares que se interpongan, las mismas que podrían ser decretadas por el juez de forma discrecional según el riesgo de lesión del derecho que podría ser afectado por la interposición de las medidas, observando principios de proporcionalidad, para que el requerimiento de la caución no se convierta en un limitante más a la interposición de las medidas por ser ésta desmedida o de difícil otorgamiento.

3.7.2. Delimitación en la ley

La planificación que hace el sistema normativo sobre el catálogo de derechos que se van a proteger a través de las garantías jurisdiccionales se abre extensamente en relación a los de la Constitución del 1998. Además se advierte una homogenización de la categorización de los derechos, igualándolos a todos como contenidos exigibles independiente del momento en que fueron positivados. En este sentido, se redefinió el papel de los derechos fundamentales, no solo como límites de la actuación del Estado, sino como los vínculos, o instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva en el ejercicio del poder, y de la responsabilidad del Estado frente a la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. Esto condujo a la evidente conclusión de incluir no solo las

libertades clásicas como referentes de la actuación estatal, sino también integrar los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no solo como meros enunciados.

Así, cuando se entendió que la liberalidad debía tener límites que respeten los requisitos sociales básicos se dio paso al Estado Social de Derecho, sostenidos por los derechos fundamentales tanto del individuo como de las minorías. Su aplicabilidad y efectiva capacidad de aplicabilidad, tanto en el plano negativo (de no atentar contra los derechos) como en el positivo (de proteger y fomentar los recursos necesarios) constituye la característica definitoria de este sistema. En efecto, “el Estado social lejos de implicar un debilitamiento de las garantías de la libertad individual, inherentes al concepto clásico del Estado de Derecho, ha significado su aplicación a las formaciones sociales en las que el ciudadano desarrolla su personalidad. De ahí que el Estado social de Derechos entrañe la integración de los principios de libertad y de solidaridad, antes contrapuestos.”¹²⁸

Finalmente, el sistema de los derechos fundamentales encontró su mayor aliado en el compromiso social tanto internacional como nacional, de su priorización por sobre cualquier interés ajeno a los compromisos morales sociales de protección de la dignidad humana. Para dicho propósito, se requirió que dentro de los sistemas jerárquicos kelsenianos se adopte irrestrictamente la supremacía de la norma constitucional, y así se manifiesta en nuestra Constitución, a través del artículo 11, numeral 4 que establece que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. En este sentido, la ley no podría hacer limitaciones de los derechos que puedan ser exigibles dentro de la Acción Extraordinaria porque hay una norma expresa que lo impide, diferente del caso español donde el amparo solo se circunscribe a los derechos fundamentales y no a todos los constitucionales. En nuestro sistema, la garantía del “contenido esencial” que está implícito en el artículo mencionado, afirma el respeto de un núcleo mínimo, a través del cual “el respeto a las minorías y a los derechos constituye un valor fundamental que orienta la construcción misma del ordenamiento constitucional”¹²⁹. Por tanto, las disposiciones constitucionales son aplicables a todos los derechos

¹²⁸ *Id.*, p. 229.

¹²⁹ Santiago Andrade, *La nueva Constitución del Ecuador*, Op. Cit., p. 295

constitucionales, y por tanto, la ley no podría hacer una limitación a este precepto. Sin embargo, la ley sí puede desarrollar requisitos que pulan y afinen los mecanismos procesales. En este sentido, y siguiendo toda la dogmática sobre la naturaleza, características y fines de las dos acciones, sería importantísimo manejar la interposición de las medidas cautelares subordinada a la presentación de la Acción Extraordinaria. Es decir, no dejar que la suspensión de los efectos de la sentencia o una parte de ellos se mantenga por tiempo indefinido, modificada únicamente por el juez, sino que su subsistencia esté supeditada al sobrevivimiento de la acción principal, frente a la cual se espera una sentencia definitiva, la cual debería ser interpuesta en los veinte días posteriores a la pronunciación de la sentencia que va a ser motivo de la acción. En el caso de que se incumpla este requisito, las medidas cautelares quedarán insubsistentes y el abogado patrocinador deberá ser sancionado drásticamente por una interposición temeraria y sin fundamento; además se podrían hacer efectivas las cauciones en el caso de que la ley permita solicitarlas.

Con estas disposiciones estaríamos asegurando la naturaleza excepcional de la Acción Extraordinaria y de las medidas cautelares, así como también se pondría límites a la práctica antiética de algunos abogados. Así, nos aseguraríamos que la decisión de la sentencia solo pierda su efectividad en razón de una motivación legal y no por meras expectativas.

Como conclusión, se podría decir que las Medidas Cautelares son en sí mismas un instrumento indispensable para equilibrar los procesos tanto ordinarios como constitucionales, pero en estos últimos, por su objeto de protección, su uso se hace cada vez más necesario. La finalidad de la Acción Extraordinaria de Protección, en cuanto al resarcimiento, puede verse beneficiada por la interposición de las medidas, ya que al no llegarse a consumir la decisión de la sentencia recurrida, los daños que deben ser resarcidos serán menores, y por tanto, más fáciles de reparar. Por último, el mayor beneficiario será el propio sistema de protección de derechos, y por ende, todos los ecuatorianos que vivimos confiados en que, pase lo que pase, nuestros derechos serán observados, en un sistema respetuoso de producción jurídica dentro de las garantías normativas. Es indispensable entender que cualquier producto humano es susceptible de error por la propia falibilidad de

su naturaleza, y desde que la creación jurídica es obra de los individuos, debemos estar preparados para aceptar y realizar cualquier enmienda necesaria.

CONCLUSIONES

Después de realizado el análisis respectivo, la presente tesina, se concluye con dos afirmaciones, que surgen luego del estudio de los elementos componentes del tema descrito. La primera conclusión es que sí se podría interponer las Medidas Cautelares conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección. Previo estudio de inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley de garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que prohíbe de forma expresa la interposición de las medidas conjuntamente con la acción jurisdiccional descrita, y basándonos en los principios de aplicación directa y supremacía de la Constitución, junto con las demás normas de la Constitución, se llega a la conclusión que sí es posible realizar la solicitud de medidas cautelares conjuntamente con la Acción extraordinaria de protección.

La siguiente conclusión, que deriva de la primera, es que los efectos de las sentencias que están en revisión por la Acción Extraordinaria sí pueden suspenderse hasta que llegue la decisión sobre la violación de derechos emitida por la Corte, la cual llegaría con idoneidad y eficacia a restablecer el derecho violado y a reparar los daños emanados de la sentencia violatoria, porque se preservó, a través de las medidas cautelares, el estado de las cosas, de tal manera que la sentencia sea eficaz, incluso en su función reparatoria.

Durante el desarrollo de la tesina, se ha intentado fundamentar ésta y otras conclusiones con suficiente doctrina y jurisprudencia.

En el primer capítulo, se ofreció una exposición y análisis de la Acción Extraordinaria de Protección y se procedió a hacer un tratamiento similar al que se realizó con las Medidas Cautelares. Es decir, se inició asentando las bases conceptuales de su definición, sus orígenes y antecedentes, sus características y sus efectos. Se expuso, con sobrada justificación, los motivos que llevaron a la Asamblea Constituyente del 2008 a introducir esta figura en el ordenamiento jurídico, dentro del capítulo de las garantías jurisdiccionales. Se explicó que el objetivo de esta acción, según se expresa en el texto constitucional, es el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la violación de sus derechos a través de una sentencia o auto definitivo. Con la introducción de esta acción, toda actuación

jurisdiccional de la función judicial queda subordinada al control de los preceptos constitucionales. Su relación con estos, se contextualiza en la protección de los derechos constitucionales y la teoría garantista, que es concordante con su objeto pero no en su efecto. Esto quiere decir, que como comprobamos, la Acción extraordinaria de protección solo alcanza un efecto devolutivo, transcribiendo el texto constitucional, de resarcimiento integral, pero no cumple con una función preventiva, desde que su existencia y posible aplicación depende del presupuesto de una violación cierta, lo que no impide que, a pesar de su tratamiento, de todas maneras se produzcan daños ulteriores. Incluso se anotó que la eficacia del resarcimiento depende también de la posibilidad de que el efecto sea susceptible de reparación, o por lo menos que pueda darse una compensación justa, lo cual se hace cuestionable al tomar en cuenta que el daño que se espera es irreparable, inminente y grave. Por lo tanto, se concluyó en la idea de que al ser una garantía mediana, es indispensable que su interposición pueda ir acompañada de una medida preventiva, ya que al ser dos caras de una misma moneda, requieren poder estar juntas para producir el efecto proteccionista en su integralidad.

En el segundo capítulo, con todos los conceptos claros y totalmente delimitados de la Acción Extraordinaria de Protección, empecé a realizar el estudio de las Medidas Cautelares, anoté el concepto, el objeto, las características y sus efectos tanto como una institución procesal como una garantía jurisdiccional, transportando los conceptos tradicionales de esta figura jurídica, que aparece en los ordenamientos jurídicos dentro de las disciplinas procesales tradicionales, a los más recientes desarrollos del Derecho procesal Constitucional. Se explicó que esta figura en principio es un mecanismo procesal, cuyo objetivo es servir a otro proceso a lograr su eficacia. Su naturaleza esencialmente cautelar determina su instrumentalidad, que es una característica determinante en la definición de los requisitos de otorgamiento. Se dijo que esta garantía es un mecanismo idóneo, rápido y eficaz para apoyar a la justicia a conseguir sentencias eficaces, tanto por el carácter urgente de su concesión como por el objetivo preservativo, sea de las situaciones que dieron origen a una pretensión, o de los derechos que se quieren proteger. Adicionalmente, se hizo una

referencia de las medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde el desarrollo de esta garantía, tanto doctrinal como jurisprudencial, ha sido determinante para inspirar a los Estados a adoptar estos mecanismos en la lucha contra los abusos contra los derechos fundamentales y constitucionales. Luego de entender la dinámica en el Sistema Interamericano, me situé en el derecho nacional para explicar el tratamiento que se da a esta garantía, sus características, procedimientos y efectos tal cual está normado en la Constitución y en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como preámbulo de la explicación que realicé, más tarde, en el capítulo tercero de esta tesina. Con lo expuesto se logró posicionar los elementos estructurantes de esta figura como fundamentos en sí mismos de protección. Se entendió que las medidas cautelares son un mecanismo auxiliar, pero indispensable, para palear y proteger aquello que está en peligro por el irremediable y necesario transcurso de tiempo que debe cumplirse desde la interposición del requerimiento hasta la sentencia o resolución. La protección contra ese riesgo que corren las situaciones, cosas, personas, y especialmente, los derechos es el inspirador de la aplicación de estas medidas. En conclusión, se puede decir que las Medidas Cautelares son garantías que promueven una protección previa, y por tanto, son más eficaces a la hora de precautar los derechos porque evita que sean efectivamente violados, o si lo están siendo, que cese esa violación, con lo cual los daños se evitan o se evitan. Por otro lado, su acción cautelar se extiende a la preservación de la situación inicial mientras dura el proceso de cognición, para que la decisión emanada de éste sea eficaz en su ejecución.

Finalmente, en el capítulo tercero se entró de lleno a plantear la hipótesis de esta tesina, en el cual primeramente se establecieron criterios de garantías constitucionales, garantismo y derecho procesal constitucional, como preparación para la aplicación de las medidas cautelares en la Acción extraordinaria de Protección. La insistencia en este tema nace de la correlación que existe entre la trascendencia de amparar los bienes más preciados de los seres humanos, que son sus derechos, como potencialidades para poder desarrollarse individualmente, y luego poder contribuir a la sociedad. Desde esta perspectiva, se revisó cómo el artículo 27 de la Ley de Garantías Constitucionales atentaba contra esta protección

al prohibir la solicitud de medidas cautelares conjuntamente con la Acción Extraordinaria de Protección, desatendiendo la correlación de las dos instituciones en sus efectos preventivos y resarcitorios, que devienen como consecuencia de la escisión de la figura del antiguo amparo de 1998. Se enfatizó en las consecuencias que esta determinación del artículo 27 provocan en varios niveles del sistema jurídico, desde que por disposición expresa de la norma, la Acción Extraordinaria de Protección no detiene los efectos de la sentencia recurrida, dejando sin recurso alguno para prevenir los daños que puedan derivarse de la consumación de los efectos de esa decisión jurisdiccional que está siendo revisada por violación a derechos constitucionales, sean estos del debido proceso a cualquier otro que esté inserto en la Constitución. Se analizó su inconstitucionalidad, y se puso énfasis en las transgresiones a los principios de eficacia, tutela jurídica y a la seguridad jurídica que esta norma provoca, a manera de afianzamiento de los justificativos que llevarían a las conclusiones finales. Por último, se hizo una determinación de la importancia de eliminar este artículo de la ley, y la consecuente conveniencia de aplicar la Constitución de manera directa y extensiva a la hora de interponer medidas cautelares en la Acción Extraordinaria de Protección. Se hizo referencia a opiniones de jurisconsultos que apoyan el mismo criterio, y otros que se manifestaron en contra, y se puso de manifiesto los efectos que esta variación provocaría. Finalmente, se hizo una aproximación a las posibles soluciones a los cuestionamientos sobre la conveniencia práctica y teórica, como la contracautela y las delimitaciones que deberían introducirse en la ley en una reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En conclusión, al ser el contenido del artículo 27 contrario a la Constitución, no es aplicable por un principio de coherencia jurídica, lo que quiere decir que la prohibición debería ser reformada. Consecuentemente, como derivación de los efectos de las Medidas Cautelares, las disposiciones contenidas en las sentencias recurridas pueden ser suspendidas hasta la resolución de la Acción Extraordinaria, y la Corte Constitucional deberá administrar sus atribuciones de tal manera de viabilizar una reforma de esta prohibición legal.

Para concluir, es necesario reiterar que el presente sistema jurídico es una exaltación de los derechos constitucionales; que nuestra Constitución, tal como está redactada, es un emblema de la decisión estatal de jerarquizar los principios y derechos. Tan cuestionable como puede ser, nuestra Constitución ha idealizado la protección de todos los derechos en concordancia con una ideología altamente proteccionista. Sería trabajo de análisis aparte la idoneidad de este sistema, pero mientras esté vigente la coherencia normativa debe ser la inspiración de toda producción legislativa, jurisdiccional e institucional. La lógica nos enseña que una producción humana como la elaboración de la Constitución puede estar sujeta a errores, vacíos, anomías, entre otras, pero una vez que se ha adoptado una línea ideológica que respalda toda las determinaciones legales, es indispensable buscar la coherencia jurídica en todo el accionar público y privado, e ir depurando poco a poco todas las normas y producciones jurídicas. Bajo este paraguas, todo el engranaje sustancial y material de normas debe estar dirigido a viabilizar la plena vigencia y goce de todos los derechos para todos los individuos. Los principios constitucionales de jerarquía de la Constitución, “pro homine”, de interpretación extensiva de la Constitución, de aplicabilidad plena y directa de las disposiciones constitucionales, además de la necesaria coherencia que deben mantener todas las garantías, tanto jurisdiccionales como normativas, permiten que los preceptos del artículo 87 de la Constitución y por consecuencia, el artículo 32 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puedan aplicarse totalmente. La necesidad que evidencia la Acción Extraordinaria de Protección de un mecanismo precautorio, para complementar su finalidad de protección de los derechos en su esfera preventiva y de resarcimiento, potencializa la misma acción y por ende, sus efectos, y una vez más, afianza nuestras conclusiones.

Por último, en pos de guardar coherencia jurídica, es mi recomendación realizar la acción pertinente para pedir la declaración de inconstitucional del contenido del artículo 27 de la ley antes mencionada, para evitar confusiones a la hora de aplicar las Acciones Jurisdiccionales, y proceder a una reforma de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y que exista una reciprocidad entre lo ya actuado por la Corte antes de la expedición de la mencionada ley y las disposiciones legales pertinentes.

Finalmente, creo que una vez que nos embarcamos en una Constitución garantista, nos guste o no, debemos asumir nuestro papel de veedores de sus preceptos, y materializarlos desde la práctica de la abogacía, sin utilizar los mecanismos instalados para la protección de derechos como instrumentos para desnaturalizar el fin jurisdiccional de la justicia sea ordinaria o extraordinaria. La ley deberá establecer los medios para sancionar el abuso del derecho de los instrumentos procesales con total rigurosidad, logrando así una concientización del respeto que debe existir a la ética profesional como medio indispensable para obtener un sistema de justicia eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS.

- AGUIA-ARANGURÉN, Asdrúbal. “Apuntes Sobre las Medidas Cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*. Costa Rica: Rafael Nieto Navia Editor CIDH. 1994.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2a. Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Sociales. 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara. 2007.
- ANDRADE S., GRIJALVA A. STORINI C. *La nueva constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional. 2009.
- ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y Control del Poder*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1999.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. 4a. Edición. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2009.
- AVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Garantías: Herramientas Imprescindibles para el Cumplimiento de los Derechos. Avances Conceptuales en la Constitución del 2008 en Desafíos Constitucionales. La Constitución Ecuatoriana del 2008 en Perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008.
- AVILA SANTAMARÍA, Ramiro y SILVA PORTERO, Carolina. *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie Justicia y Derechos Humanos. 2008.
- BAYÓN, Juan Carlos. *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional en Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2010.
- BURNEO, RAMÓN Eduardo. *Derechos y Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Vol. 2. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2002.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta. 1991.
- CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Perú: ARA Editores. 2005.

- CANCADO TRINDADE, ANTONIO. y M. VENTURA ROBLES. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. ACNUR. 2003.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo y Derechos fundamentales*. Quito: Editora Jurídica Cevallos. 2010.
- CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 1a. Edición. México: Editorial Cárdenas Editor Distribuidor. 1998.
- CAROCCA PEREZ, Alex. *Garantía constitucional de la de la defensa procesal*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas. OLEJMIK. 1998
- CARRILLO, Marc. *La justicia cautelar como garantía de los derechos fundamentales en La ciencia del Derecho Procesal constitucional*. México: Editorial Marcial Pons. 2008.
- CASTRO RIERA, Carlos. *Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008 en Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008.
- COUTURE, Eduardo J.. *Vocabulario Jurídico*. 5ª. Reimpresión. Buenos Aires: Depalma. 1993.
- CUEVA CARRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Extraordinaria de Protección*. 1a. Edición. Quito: Ediciones Cueva Carrión. 2010.
- CHAHIN LIZCANO, Guillermo. *La Acción de tutela según la jurisprudencia del Consejo de Estado en Pensamiento Jurídico. la Acción de Tutela*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 1996.
- DE LOS SANTOS, Mabel. “Medida Autosatisfactiva y Medida Cautelar”, *Medidas Cautelares. Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 1998.
- ESCOBAR GARCÍA, Claudio. *El Rol de las Reglas en la Era de los Principios en Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. la ley del más débil*. 2a. edición. Madrid: Editorial Trotta. 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. 3a. edición. Madrid: Editorial Trotta. 2007.
- GARCÍA FALCONÍ, José C.. *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador*. 1a. Edición. Quito: Ediciones Rodín. 2008.
- GOZAÍNI, Osvaldo. *La justicia constitucional*. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1994.

- GRIJALVA, Agustín. *La acción extraordinaria de protección en Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2010.
- HEREDIA. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito: INREDH. 2009.
- LOPEZ HIDALGO, Santiago. “La acción extraordinaria de protección y las decisiones judiciales”. *Teoría y práctica de la Justicia Constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2010.
- LOPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “Las medidas cautelares en el juicio de amparo”. *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Tomo VII. México: Marcial Pons. 2008. p. 403.
- LOUTAYF FRANEA, Robert G. *Condena de costas en las Medidas Precautorias*. en *Medidas Cautelares*. en *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 1998.
- MEROI, Andrea. *La imparcialidad judicial en Activismo y garantismo procesal*. Córdoba. Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. 2009.
- MONROY CABRA, Marco. *Introducción al Derecho*. Editorial Temis. Duodécima Edición. Bogotá: 2001.
- NIETO NAVIA, Rafael. “Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: teoría y praxis”. *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*. Buenos Aires: Rafael Nieto Navia Editor CIDH. 1994.
- NIKKEN, P. *La Protección internacional de los Derechos Humanos, Su desarrollo progresivo*. Madrid: Civitas 1987.
- OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 27ª. Edición Buenos Aires: Editorial Heliasta. 2000.
- ORTELLS, Ramos. *Las Medidas Cautelares*. 1ª. Edición. Madrid: Editoria La Ley. 2000.
- PALACIO, Lino Enrique. “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual, Medidas Cautelares”. *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 1998.
- PÉREZ, EFRAIN. *La Acción Extraordinaria de Protección en las Sentencias de la Corte Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2011.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos*. Estado de Derecho y Constitución. 6a. Edición. Madrid: Editorial Tecnos. 1999.

- PÉREZ TREMP, Pablo (Coordinador) *et al. Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional. 2005.
- REY CANTOR Ernesto. y REY ANAYA Angela. *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Temis. 2005.
- SALAZAR UGARTE P. *La democracia Constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica. 2008.
- STORINI, Claudia. *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008 en la nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional. 2009.
- TORRES, Luis Fernando. *Debate Constitucional: Monografías*. Quito: Editorial Fundación Hanns Seidel, 2010.
- TORRES, Luis Fernando. *Debate Constitucional: Monografías*. Quito: Editorial Fundación Hanns Seidel, 2011.
- URIBE, Daniel. *Las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales en el Ecuador, módulo 2*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2010.
- VALLEFÍN, Carlos A. "Importancia y Jerarquía constitucional de las medidas cautelares en los procesos contra la Administración Pública". *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. México: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.
- VARIOS AUTORES. *Anteproyecto de Garantías Penales*. 1a. Edición. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2009.
- VARIOS AUTORES. *Constitución del 2008 en el Contexto Andino: Análisis de la Doctrina y el Derecho Comparado*. 1a. Edición. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008.
- VARIOS AUTORES. *Desafíos Constitucionales: la Constitución Ecuatoriana del 2008 en Perspectiva*. 1a. Edición. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- VARIOS AUTORES. *Dignidad de la persona Humana, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional: los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*. S.L. Madrid: Editorial Dykinson, 2008.
- VARIOS AUTORES. *La transformación de la Justicia*. 1a. Edición. Quito: Ministerios de Justicia y Derechos Humanos. 2009.
- VARIOS AUTORES. *Revista historia del Derecho y Análisis Jurídico*. Pensamiento Jurídico: la Acción de Tutela. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996.

VARIOS AUTORES. *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*. 1a. Edición. Quito: Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

VELÁZQUEZ, Santiago. *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*. Guayaquil: Editorial Edino, 2010.

VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. 15ª. Edición. México. 2000.

PAGINAS WEB

MORÁN MARIDUEÑA, CIRO CAMILO, *La Acción Extraordinaria de Protección*, en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2009/25/25_accion_extraordinaria.pdf, (acceso: 16/07/ 2011)

PAZMIÑO FREIRE, PATRICIO, *Proceso Constituyente y Cambio Constitucional y la Modernización del Sistema de Justicia en Ecuador*, en <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/index.php?view=article&catid=10%3Aboletines-2010&id=174%3Ap> (Acceso: 24/07/2011)

TANTOLEÁN ODAR, CHRISTIAN FERNANDO, *Aproximación y crítica al concepto de derecho a partir de la descripción de su naturaleza ontológica*, Derecho y Cambio Social, <http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/concepto%20derecho.htm> (Acceso: 25/07/2011)

NORMATIVA CITADA

- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional.
- Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo.

Sentencias Ecuador

- Sentencia N° 003-09-SEP-CC, Caso: 0064-08-EP, Sentencia N° 007-09-SEP-CC, Caso: 0050-08-EP, Sentencia N° 021-09-SEP-CC, Caso: 017-09-EP Quito, D.M., entre otros.
- Sentencia N° 003-10-SEP-CC, Caso N° 0290-09-EP, Quito, 13 de enero de 2010
- Sentencia N° 0004-10-SEP-CC, Caso N° 0388-09-EP, Quito, 24 de febrero de 2010
- Sentencia N° 016-10-SEP-CC, Caso N° 0092-09-EP, Quito, 29 de abril de 2010

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- CORTE IDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Sentencia de 29 de enero de 1997.
- CORTE IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999.
- CORTE IDH, *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano vs República Dominicana*, Resolución de 18 de agosto de 2000.
- CORTE IDH, *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, Resolución de 24 de noviembre de 2000.
- CORTE IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 22 de febrero de 2002.
- CORTE IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y Otros vs. Perú*, Solicitud de medidas cautelares.