



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

La exigencia de la prueba en la tutela cautelar constitucional

AUTORA

Vázquez Izurieta, Sofía Estefanía

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE:

Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

TUTOR:

Vizueta Rogasner, Xavier Héctor

Guayaquil, Ecuador

19 de febrero del 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICA

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Vázquez Izurieta, Sofía Estefanía**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____
Vizueta Rogasner, Xavier Héctor

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____
Lynch Fernández, María Isabel

Guayaquil, a los 19 días del mes de febrero del año 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICA
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Vázquez Izurieta, Sofía Estefanía**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La exigencia de la prueba en la tutela cautelar constitucional** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 19 días del mes de febrero del año 2018

LA AUTORA

f. _____
Vázquez Izurieta, Sofía Estefanía



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICA
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, Vázquez Izurieta, Sofía Estefanía

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La exigencia de la prueba en la tutela cautelar constitucional**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 19 días del mes de febrero del año 2018

LA AUTORA:

f. _____
Vázquez Izurieta, Sofía Estefanía

Documento [ENVIAR A URKUND.docx](#) (D35689399)
 Presentado 2018-02-16 15:40 (-05:00)
 Presentado por maritzareynosodewright@gmail.com
 Recibido maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com
 Mensaje Tesis Sofia Vasquez Tutor Dr. Xavirt Vizueta [Mostrar el mensaje completo](#)
 0% de estas 10 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

+	Categoría	Enlace/nombre de archivo
+	Fuentes alternativas	
+	Fuentes no usadas	

f. _____
 Vizueta Rogasner, Xavier Hector

f. _____
 Vázquez Izurieta, Sofía Estefanía

DEDICATORIA

Dedico este logro a mi familia, por creer en mí y por su apoyo incondicional.
¡Este trabajo ha sido posible gracias a ustedes y para ustedes!

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis padres por el gran esfuerzo que hicieron para que llegaré hasta aquí, gracias mamá por ser mi inspiración, por darme fuerzas, gracias papá porque sin necesidad de decir ninguna palabra fuiste mi guía, a mi tutor, por su paciencia y motivación para la culminación de la elaboración de esta tesis.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICA
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

María Isabel , Lynch Fernández
DIRECTORA DE CARRERA

f. _____

Maritza Ginette, Reynoso Gaute
COORDINADORA DEL ÁREA

f. _____

José Miguel, Vélez Coello
OPONENTE



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE B-2017
Fecha: Febrero, 19 del 2018

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado “La exigencia de la prueba en la tutela cautelar constitucional”, elaborado por la estudiante **SOFÍA ESTEFANÍA VÁZQUEZ IZURIETA**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación **DIEZ (10)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

Vizueta Rogasner, Xavier Héctor

Índice

Resumen _____	X
Abstract _____	XI
Capítulo I _____	12
Antecedentes del problema _____	12
Fundamento Constitucional y legal de las medidas cautelares.- _____	13
Naturaleza Jurídica de las medidas cautelares.- _____	14
Definición.- _____	15
Requisitos.- _____	15
Apariencia de buen derecho.- _____	16
Peligro en la demora.- _____	17
Capítulo II _____	18
Análisis del procedimiento de la acción de tutela cautelar según la L.O.G.J.C.C.- _____	18
¿Afecta a la informalidad del procedimiento la exigencia de una mínima prueba? _____	20
Los derechos en colisión ante la resolución dictada por el Juez constitucional.- _	20
Derecho a la defensa: _____	20
Derecho a la prueba: _____	21
Derecho a la motivación: _____	23
Conclusiones _____	25
Recomendaciones _____	26
Referencias _____	27

Resumen

Las medidas cautelares son un instrumento jurídico que permite actuar de forma inmediata ante una inminente amenaza o violación de derechos fundamentales, evitando su consumación o repetición, pero debido a la normativa vigente es mal utilizada por los usuarios, quienes abusan de las mismas porque la ley de la materia los exonera de presentar prueba que justifique los hechos alegados. Por lo que, en el transcurso de mi investigación explicaré como la liberación de la prueba, afecta derechos constitucionales como el derecho a la defensa, a la prueba y a la motivación del sujeto pasivo, de tal manera que, analizaré su naturaleza jurídica, definición, elementos y procedimiento de acuerdo a la L.O.G.J.C.C; y concluiré, con la necesidad de una propuesta concreta de reforma normativa que exija que se aporte una mínima prueba sin la necesidad de que se afecte la informalidad y rapidez del procedimiento.

Palabras Claves: EXIGENCIA; PRUEBA; TUTELA CAUTELAR;
CONSTITUCIONAL.

Abstract

The precautionary measures are a legal instrument that allows immediate action in the face of an imminent threat or violation of fundamental rights, avoiding their consummation or repetition, but due to current regulations is misused by users, who abuse them because the law of the matter exonerate them from presenting evidence that justifies the alleged facts. So, in the course of my investigation I will explain how the test affects constitutional rights such as, the right to defend, proof and motivation of the taxpayer, in such a way that, I will analyze its legal nature, definition, elements and procedures according to the L.OG.JCC; and I will end, with the need of a concrete proposal of normative reform that requires that a minimum test be provided without the need to affect the informality and speed of the procedure.

Keywords:REQUIREMENT; PROOF; CONSERVATORSHIP;
CONSTITUTIONA

Capítulo I

Antecedentes del problema

En materia de garantías jurisdiccionales, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 87 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (de ahora en adelante denominada L.O.G.J.C.C) en su artículo 26, reconocen a la figura de la medida cautelar como una garantía para evitar o cesar la amenaza o violación de derechos constitucionales o fundamentales. Más adelante a partir del artículo 31 de la Ley de la materia, se establece un procedimiento informal, sencillo y rápido, donde el Juez Constitucional debe buscar los medios más sencillos para proteger el derecho amenazado. No obstante a ello, la misma ley en su artículo 33 reconoce como única potestad del Juzgador para adoptar tales medidas de protección, la simple verificación por la sola descripción de los hechos narrados por el peticionante, excluyendo como requisito de admisibilidad para adoptar las medidas cautelares, la presentación de pruebas –por esenciales que sean- que justifiquen los hechos y/o la vulneración de los derechos alegados.

De tal manera que, mediante el contenido de la citada norma legal, artículo 33 L.O.G.J.C.C, el peticionario de la medida cautelar no tiene la obligación de incorporar y reproducir prueba alguna, que justifique la amenaza o violación alegada, pues basta con la simple aseveración de una ficción de su verdad, para que el Juez constitucional otorgue a su favor la tutela cautelar de sus derechos.

Esta perspectiva, implicaría de cierta manera, una afectación a los derechos a la defensa y a la prueba pero del receptor de la medida cautelar, quien deberá afrontar un procedimiento donde no encontrará elementos probatorios –por no ser exigidos- que demuestren su autoría o participación en la vulneración de derechos alegada, más que los simples manifiestos del peticionante, a contrario sensu cuando el receptor intente pedir la revocatoria de las medidas cautelares, la misma ley de la materia le exige que demuestre que no tenían fundamento, lo cual, genera una desigualdad de armas a nivel probatorio.

Fundamento Constitucional y legal de las medidas cautelares.-

Nuestra Constitución de la República, en su Art. 11 #6, reconoce que los derechos fundamentales son inalienables e irrenunciables, por lo tanto, nadie debe atentar o lesionar estos derechos, razón por la cual, en el artículo 87 nace esta figura de la medida cautelar independiente, reconociendo que “se podrán ordenar medidas cautelares independientes o conjuntas a las garantías jurisdiccionales, con el objeto de evitar o cesar la violación o amenaza de violación de los derechos reconocidos en la Constitución”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Así tenemos que, el encargado de garantizar el efectivo goce de los derechos es el Juez Constitucional quien a nombre del Estado, debe proteger y salvaguardar los derechos fundamentales de ambas partes y ello implica que debe establecer una igualdad procesal que ampare a los sujetos intervinientes, pero, en la realidad normativa vemos como por sostener una informalidad en el trámite de las medidas cautelares, puede afectarse sus condiciones igualitarias conforme lo demostraré en esta investigación académica.

Por otra parte, para alcanzar una efectiva tutela de los derechos, es menester crear las garantías jurisdiccionales entre las que se encuentra la acción tutelar, para aquellos casos en que las personas afronten una grave violación o amenaza a sus derechos, y así prevenir o cesar la misma, en tanto se desarrolla el proceso respectivo. Por ello, el juez en su providencia inicial debe dictar la medida cautelar pues, de no hacerlo, la situación de la persona se agravaría irreversiblemente, lesionando su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, criterio que es compartido por el autor Francisco Chamorro, quien afirma: “el derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente al derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a ésta” (Priori, 2006, p. 140)

Además encontramos su fundamento legal en la L.O.G.J.C.C a partir del artículo 26 hasta el artículo 38, en donde se encuentra desarrollado su procedimiento, requisitos, finalidad, inmediatez, y efecto jurídico.

Es trascendental señalar que considero adecuado que el Juez constitucional en su primera providencia adopte las mentadas medidas, lo que no comparto es la forma creada por la Ley de la materia que permitiría una hipervaloración de los hechos alegados en la petición inicial.

Naturaleza Jurídica de las medidas cautelares.-

Pues bien, para establecer la naturaleza de las medidas cautelares es menester señalar que la palabra cautelar significa “preventivo, precautorio” (Diccionario de la Real Academia Española, 1992). Partiendo de este significado podemos establecer su naturaleza como aquellas medidas que se adoptan ante la eventualidad de que se produzca una violación a los derechos constitucionales de una persona, previniéndola, o cesando la violación, suspendiéndola.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia N.º 052-11-SEP-EP, expone lo siguiente acerca de la naturaleza de las medidas cautelares:

“Las medidas cautelares tienen como objetivo principal proteger de manera directa los derechos constitucionales, ya sea evitando o haciendo cesar la violación o amenaza de violación de un derecho, pudiendo ser estas solicitadas de manera conjunta o independiente a las acciones constitucionales de protección de derechos.

De esta manera, las medidas cautelares se encuentran configuradas para ser adoptadas bajo los siguientes presupuestos: 1. Hacer cesar la amenaza a un derecho constitucional (se evita que la violación se consuma); y 2. Hacer cesar la violación del derecho constitucional (se interrumpe la violación) del derecho. En cuanto a estos dos presupuestos que señala la L.O.G.J.C.C, es necesario diferenciarlos; la Corte Constitucional colombiana ha señalado: “La violación lleva implícito el concepto de daño o perjuicio. Se vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado”. En el primer caso la persona afectada ya ha sido víctima de la realización ilícita. En el segundo, por el contrario, la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de un daño” (Corte Constitucional del Ecuador, 2011).

Como corolario a lo dicho, se puede establecer dos naturalezas preventiva y suspensiva, es así como, las medidas cautelares tienden a precautar los derechos, cuando existe una amenaza de lesionar derechos, actuando en el presente, con el objetivo de que no consolide el acto lesivo, o cesando la violación evitando que sea más gravosa, o que se repita, dado que la larga duración de los procesos puede provocar daños irreversibles o de difícil reparación, impidiendo el derecho a la tutela judicial efectiva.

Definición.-

La tutela cautelar es una herramienta jurídica que tiene como finalidad prevenir la violación de derechos, o cesar su violación, para salvaguardar y promover el efectivo goce de los derechos fundamentales establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales.

Para los autores Zavala Egas, Zavala Luque y Acosta Zavala:

“La tutela preventiva es una acción inhibitoria y da origen a un proceso autónomo que es de conocimiento y de naturaleza preventiva, destinado a impedir la práctica, la repetición o la continuación de un ilícito que pueda producir efectos graves por ser violaciones irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación” (Zavala Egas, Zavala Luque, & Acosta Zavala, 2012, p. 334).

En términos de Carnelutti “la tutela cautelar es un instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo” (Bordalí, 2001, p. 53).

Esta institución es definida por Calamandrei como:

“(…) una anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva encaminada a prevenir el daño que podría derivarse como producto del retardado de la misma, añadiendo que esta no constituye un fin en sí misma, sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, asegurando así su resultado práctico” (Peláez, 2010, p. 8).

Como se desprende de los criterios doctrinarios aquí transcritos puedo definir finir que, la tutela cautelar permite llevar a cabo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, para que las personas cuenten con un instrumento para proteger sus derechos constitucionales, cuando están siendo lesionados, o cuando existe el riesgo que un daño sobrevenga, evitando que este se consuma o cesando sus efectos, sin esperar la demora de un proceso, que por la duración que éste conlleva, produciría daños graves irreversibles.

De tal manera que, la tutela cautelar busca dar una respuesta inmediata al ejercicio y goce de los derechos del peticionante, para impedir la consumación de un daño inminente, o la continuación de una violación, evitando que el tiempo infructuoso que conlleva un proceso judicial, termine por convertirlo en un daño irreparable.

Requisitos.-

Los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares en materia constitucional son: 1.1 apariencia de buen derecho; y, 1.2 peligro en la demora.

Apariencia de buen derecho.-

La apariencia de buen derecho o también denominada como *fumus boni iuris*, es una figura trascendental en la tutela cautelar, pues se dice que, ante la petición de una medida cautelar, el juez solo debe hacer un análisis fútil, superficial de la petición, sin hacer una auténtica verificación de la amenaza o violación de derechos, para que éste se encuentre en la obligación de ordenarla.

Para los autores examinados, la apariencia de buen derecho implica que “las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad(...)” (Kielmanovich, 2000, p. 51).

Por otro lado, “la apariencia de buen derecho implica que el derecho aparezca verosímil, es decir, basta con que exista un cálculo de probabilidades, que se pueda prever que en la providencia principal se declarará la violación del derecho” (Calamandrei, 2005, p. 77).

Discrepo con el criterio de los autores antes mencionados, pues bien, corresponde al Juez Constitucional constatar que los argumentos manifestados por el solicitante sean verosímiles, esto es, que a simple vista parezca verdadero. Desde mi punto de vista, el juez debería buscar argumentos razonables y demostrables, ya que estos le van a permitir colegir que los hechos que se ponen en conocimiento en la solicitud de medidas cautelares realmente ocasionan una violación grave del derecho constitucional que requiere ser precautelado. Reitero que en materia de derechos constitucionales no podemos estar frente a simples hipótesis sino a hechos justificados.

Ahora bien, mi posición plasmada en esta investigación académica, coincide con la del autor Rivas, quien señala que: la apariencia de buen derecho es “(...) lo susceptible de darse en la realidad pero para ello necesita no de una mera hipótesis ideal, el derecho será verosímil si es probable que exista y lo probable no es lo meramente posible sino lo que se puede demostrar mediante la comprobación de los hechos” (Rivas, 2005, pp. 41-42). Resalto este comentario del mismo autor “De lo contrario, tendríamos que la verosimilitud del derecho se basaría en un juicio académico ante el cual sería suficiente la afirmación del solicitante” (Rivas, 2005, pp. 41-42).

Estoy de acuerdo con lo expresado por Rivas, porque la verosimilitud no solo debería formarse por la afirmación hecha por una persona, pues para examinar si un hecho es verdadero, es necesario que los mismos sean probados, de lo contrario, la apariencia de buen derecho implicaría para el juez la posibilidad de otorgar una presunta credibilidad a un hecho vulnerador de derechos constitucionales. De lo contrario, si el juez no requiere de ninguna prueba que

justifique la amenaza o violación al derecho, bastaría con una dramática y exagerada descripción de los antecedentes del hecho vulnerador, para que sea suficiente obtener de parte de la justicia constitucional, la dictación de la tutela cautelar, lo cual conllevaría en primer plano a beneficiar a aquellas personas con habilidades en su forma de redactar y/o explicar cualquier hecho fáctico y en segundo plano perjudicaría al receptor de las medidas cautelares quien deberá enfrentar un trámite legal sin pruebas, más que el uso de expresiones aportadas por el peticionante.

Peligro en la demora.-

El peligro en la demora o también denominado *periculum in mora*, significa tal y como lo establece su nombre en castellano, el peligro en que la demora “se trata de la posibilidad, por la demora, de un daño concreto y próximo, de difícil restauración o de tal magnitud que privaría de todo significado efectivo a la eventual anulación del acto como resultado de la acción principal” (Zavala Egas, Zavala Luque, & Acosta Zavala, 2012, p. 350).

En la misma línea, Kielmanovich expresa que el peligro en la demora es “la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable” (Kielmanovich, 2000, p. 52).

La Corte Constitucional del Ecuador en su Sentencia No. 034-13-SCN-CC expreso:

“El peligro en la demora es la razón que justifica una acción urgente por la inminencia de un daño grave a uno o más derechos reconocidos en la Constitución; sea dicha gravedad causada por la imposibilidad de revertirlo, o porque su intensidad o frecuencia, justifiquen una actuación rápida, que no puede ser conseguida de forma oportuna por medio de una garantía de conocimiento, sin perjuicio de la decisión definitiva que se adopte en esta última” (Corte Constitucional del Ecuador, 2013, p. 22).

De esta manera, el peligro en la demora se configura cuando existe miedo de que si acudimos a un proceso ordinario, la afectación a los derechos fundamentales sea más grave. Ante esta situación el Juez Constitucional está obligado a ordenar las medidas cautelares en el menor tiempo posible.

Para cerrar este tema, el peligro en la demora es el riesgo que existe que una situación sea más dañosa o que el daño que se teme se transforme en un daño efectivo, convirtiendo la situación en irreparable si se sigue un proceso ordinario, puesto que los últimos suelen tomar mucho tiempo.

Cerrando este capítulo, las medidas cautelares tienen una naturaleza esencialmente preventiva, que tiene la finalidad de evitar que un daño se consuma o cesando la violación de derechos. Para dictar las medidas cautelares se requiere que la solicitud tenga apariencia de buen derecho, es decir, que los hechos narrados hagan presumir que son verdaderos, y, el peligro en la demora, es decir, que exista el miedo de que al esperar la sentencia, ésta ya no sea efectiva. En el segundo capítulo analizare el procedimiento de las medidas cautelares y analizare los derechos que se ven en colisión ante la falta de exigencia de prueba.

Capítulo II

Análisis del procedimiento de la acción de tutela cautelar según la L.O.G.J.C.C.-

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece un procedimiento sencillo, informal, rápido, por ello, cuando el legislador hace referencia a un procedimiento rápido y sencillo, se refiere al hecho de que no deban existir formalidades ni solemnidades que puedan obstaculizar y/o entorpecer el desarrollo y dictación de las medidas cautelares, pero, es importante señalar que la exigencia probatoria que debe cumplir a mi criterio el peticionante, jamás puede ser considerada como una formalidad, pues no podemos sacrificar el cumplimiento de un derecho fundamental como lo es la prueba, a una mera informalidad que reviste el procedimiento.

Considero que mi punto de análisis es mejor enfocado si describo brevemente el procedimiento establecido en la ley de la materia, respecto a las medidas cautelares objeto de estudio, así tenemos que:

El juez que recibe la petición de medida cautelar debe usar los medios más sencillos para proteger los derechos, cuando existe el peligro de que se consuma una violación o para evitar que esta se siga repitiendo, puesto que el uso de medios complicados podría provocar el retardo del proceso, y a su vez, convertir la situación en algo más grave.

El juez ni bien la recibe debe contrastar si se trata de una medida cautelar conjunta a una garantía jurisdiccional o de una medida cautelar autónoma, en el primer caso, de considerar que la violación es inminente por la sola lectura de los hechos, deberá resolver de urgencia la medida cautelar, sin esperar que se califique la acción principal; de no ser así, las ordenará al momento de declarar la admisibilidad de la acción. En el segundo caso, de ser una medida cautelar

autónoma, el juez al recibir la petición, por la sola transcripción de los hechos; y, sin necesidad de prueba que los acredite, deberá otorgar inmediatamente la medida cautelar.

A mi parecer, la mencionada Ley debería exigir que se adjunte al menos una mínima o elemental prueba al escrito que contiene el pedido de medidas cautelares, puesto que, tales pruebas servirán de soporte a los hechos fácticos, para que el juez pueda tomar una decisión razonable sin afectar los derechos del sujeto pasivo de la medida cautelar. Sin prueba mínima alguna, el juez constitucional fácilmente podría incurrir en una hipervaloración de los hechos alegados por el peticionante sin tener constancia probatoria que permitan otorgar una credibilidad de los hechos.

Ahora bien, el universo de elementos probatorios es amplio y al servicio del peticionante, quien pueda utilizar cualquier medio que considere apropiado para acreditar la vulneración de sus derechos, pues tampoco pretendo imponer pruebas tasadas y/o determinantes en su accionar sino aquellas elementales para el ejercicio de un procedimiento, que le ofrezcan al Juez determinar a primera vista si en verdad existe la violación o amenaza de derechos, y así el juez no dicte una resolución inmotivada en menoscabo a los derechos del peticionado.

El autor Luis Cueva Carrión confirma mi posición en el sentido de “Si la mencionada Ley Orgánica no le exige al juez que solicite prueba, esto no significa que el sujeto activo no las debe presentar: para evitar sorpresas desagradables, la parte interesada debe adjuntar a la petición todos los documentos y prueba que posea” (Cueva , 2012, pág. 121).

Por el contrario, la Ley antes mencionada establece que la resolución que emite el juez admitiendo o denegando las medidas cautelares puede ser revocada a pedido del sujeto pasivo, y solo procederá cuando: haya cesado la amenaza, haya cesado la violación o cuando se demuestre que la medida cautelar no tenía fundamento. Es evidente la desigualdad probatoria generada por el legislador, pues es innegable que por un lado no se exija al peticionante prueba alguna que permita verificar la existencia de la amenaza o violación alegada, mientras que por otro lado, para solicitar la revocatoria de la aludida medida cautelar, se deba demostrar su falta de fundamento.

En el acápite siguiente analizaré los derechos que se afectan con la resolución de medidas cautelares y como evitarlo, así también planteo la siguiente interrogante:

¿Afecta a la informalidad del procedimiento la exigencia de una mínima prueba?

La exigencia de una mínima o elemental prueba no afecta la agilidad, rapidez e informalidad del proceso, porque no se busca abrir un término de prueba como si se tratara de un proceso ordinario, por el contrario, esta mínima prueba debe ser adjuntada o incorporada conjuntamente con el pedido inicial, lo cual, el procedimiento no sufriría ninguna dilatación en su tramitología, pues aquel elemento probatorio de gran utilidad para el juzgador se lo cumpliría previo a iniciar el proceso, con lo cual no se trastocaría la agilidad o sencillez del mismo.

En razón de lo expresado, no existe vulneración alguna al procedimiento establecido en la Ley, pues como queda señalado la exigencia de la prueba deberá ser antes de iniciar el mismo y no durante su desarrollo.

Los derechos en colisión ante la resolución dictada por el Juez constitucional.-

Derecho a la defensa:

El derecho a la defensa es uno de los derechos de protección previstos en la Constitución que se desprende del principio del debido proceso, el mismo que configura el ámbito de amparo al que se sujetarán todos los organismos estatales para garantizar una correcta aplicación y desarrollo de los procedimientos judiciales y administrativos preestablecidos para cada caso.

El derecho a la defensa implica la posibilidad de aportar pruebas concernientes al objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte.

Taruffo menciona que “el derecho a presentar pruebas es parte esencial de las garantías sobre la protección de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías” (Hinostroza, 2012, p. 23).

En tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del referido derecho producirá en última instancia un estado de indefensión.

De manera que, el derecho a la defensa constituye una garantía en todos los procedimientos judiciales, que para el caso en concreto transcurre desde la presentación de la demanda hasta la etapa de impugnación correspondiente, por ello toda persona tiene el derecho a conocer todas las actuaciones procesales, presentar sus pruebas y contradecir aquellas que presente la parte contraria, sin que exista ninguna desventaja entre las mismas, de tal suerte que los operadores

judiciales puedan contar con los elementos necesarios para emitir una resolución que garantice los derechos e intereses de las partes procesales que se encuentran en controversia.

La Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia No. 039-13-SEP-CC, señala que:

“El derecho a la defensa, en el ámbito constitucional y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, exige que nadie sea privado de los medios necesarios para proclamar y hacer respetar sus derechos dentro de un proceso legal, equilibrando, en lo posible, las facultades que tienen tanto el sujeto procesal accionante como el accionado, para contradecir la prueba de cargo, aportar medios de prueba que consoliden su condición e impugnar las decisiones legales que le sean contrarias, a efectos de salvaguardar la vigencia efectiva del Estado constitucional de derechos y justicia” (Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

Como lo señale en líneas anteriores, el derecho a la defensa implica que las partes sean tratadas en igualdad de condiciones procesales además, poder aportar pruebas y contradecir aquellas que se hayan presentado en su contra, entre otras tantas cosas, implica el derecho a una resolución judicial que se encuentre debidamente motivada.

En este sentido, se está vulnerando el derecho a la defensa del peticionado, por una parte, se está dando un trato de desigualdad, pues el peticionante no debe demostrar la violación o amenaza, solo debe tener habilidades para narrar, en cambio el peticionado para pedir la revocatoria de la medida cautelar debe demostrar que la violación o amenaza nunca existió. Así mismo, se viola el derecho a la defensa pues, al obviarse del requisito de la prueba en la petición de medidas cautelares, el peticionante no tiene prueba que contradecir.

Por otro lado, se está emitiendo una resolución judicial sin motivos, justificaciones de que existía verdaderamente la violación o la amenaza, consecuentemente, se estaría violando el derecho a la motivación.

Derecho a la prueba:

Antes de dar una definición de la prueba desde el punto de vista de los doctrinarios, es menester establecer cuál es la finalidad de la prueba.

La prueba es el instrumento al servicio de los sujetos procesales, que tiene como finalidad acreditar la veracidad o falsedad de los hechos. De otra manera, la función que cumple la prueba es la de aportar elementos probatorios relacionados a los hechos, que le permitan al juez formar su convicción.

A continuación, citaré la definición de varios doctrinarios:

“El término de la prueba hace referencia al conjunto de elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como verdadera” (Taruffo, 2011, p. 84).

“La prueba es una entidad que requiere de elementos que le sirvan de soporte, con base en los cuales el tribunal pueda dar por acreditadas las afirmaciones de hecho de la causa” (Meneses, 2008).

La prueba es el instrumento racional que permite acreditar la narración desarrollada por las partes, es decir, permite determinar la verdad o falsedad de los hechos, ofreciéndole al juez bases razonables de los acontecimientos que forman el problema jurídico y que le permitan tomar una decisión con certeza.

“Es el derecho que tienen las partes de aportar los medios probatorios q se estimen necesarios para probar los hechos en que se funda la respectiva pretensión o para contradecir las alegaciones del actor referidas precisamente a hechos o situaciones concretas” (Hinostraza, 2012, pág. 23).

Ahora bien, “los hechos narrados por las partes son solo apreciados como puntos o partes de narraciones, no son concebidos ni determinados como verdaderos” (Taruffo, 2011, p. 82).

Peczenik señala que “es insostenible la reducción de la verdad de los hechos a la coherencia contextual de la narración respectiva. Al respecto, es válida la objeción, verdaderamente destructiva, de que narraciones coherentes pueden ser falsas” (Taruffo, 2011, p. 174), o no tener pretensión alguna de verdad. En la misma línea, Maccormick expresa “de forma que no parece que la coherencia de la narración determine su veracidad” (Taruffo, 2011, p. 174). A su vez, Villa determina que “basta pensar en una declaración testifical coherente pero falsa o en una reconstrucción judicial de los hechos bien motivada bajo el aspecto de argumentativo pero no fundamentada en las pruebas, para darse cuenta de que difícilmente se puede aceptar, la ecuación coherente = verdad” (Taruffo, 2011, p. 174).

Es así como la prueba se hace imprescindible para determinar la verdad de los hechos, ya que el acto de narrar una historia de forma coherente, no significa que la misma sea verdadera. Razón por la cual, es necesario que se exija que, para pedir una medida cautelar, se acompañe una prueba a la petición que permita corroborar la existencia de la amenaza o la violación de

los derechos constitucionales, puesto que, la sola narración de los hechos no es motivo suficiente para que sea considerada verdadera. El juez para poder ordenar las medidas cautelares debería analizar la verdad de los hechos en base a las pruebas, ya que si se ordena una medida cautelares sin tener convicción alguna de que en verdad existe la violación o amenaza, y esta llegase a ser falsa, se afectarían los derechos del peticionado.

Cuando me refiero al hecho de acompañar una prueba mínima que sirva como soporte de los hechos, me refiero a una prueba que se pueda obtener de forma inmediata, sin tanta formalidad, que no afecte la sencillez que requiere el procedimiento de medidas cautelares, tales como: una foto, un audio, un testigo.

Derecho a la motivación:

El derecho constitucional a la motivación garantiza que todas resoluciones del poder público deberán estar debidamente fundamentadas.

Al respecto, la sentencia No. 069-10-SEP-CC, señala que “la motivación consiste en que la justificación de la resolución sea coherente con lo que se resuelve, lo que implica que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión” (Corte Constitucional del Ecuador, 2010).

“Una decisión estará justificada si la proposición fáctica está probada y se dirá que está probada si resulta aceptable racionalmente, es decir, si consta con elementos de juicio suficientes” (Ferrer, J, 2016, pág. 67).

En la sentencia T-1168/08, el órgano de control constitucional colombiano, expresó:

“(…) La motivación permite dilucidar el límite entre lo discrecional y lo arbitrario; si no fuera así, el único apoyo de la decisión sería la voluntad de quien la adopta, aspecto que contraviene los postulados esenciales de un Estado de Derecho en donde lo que impera no es el poder puramente personal, sino la manifestación de la autoridad acorde con los principios constitucionales y con la ley” (Órgano de Control Constitucional Colombiano, 2008).

Igartua distingue dos tipos de justificación, la interna y la externa; la primera, “exige que la conclusión se haya inferido de las premisas”; la segunda, “examina que las premisas sean verdaderas, para esto, necesita ser acreditada como racionalmente justificada, para esto, requiere elementos probatorios que permitan reconstruir los hechos a partir de datos presentes” (Igartua, 2009, pp. 25-26).

Ahora bien, en la resolución de medidas cautelares, se estaría inobservando la motivación jurídica pues no existe justificación externa, en qué el juez podría justificar la existencia de la amenaza o la violación de derechos, si para dictar las medidas cautelares el juez no necesita pruebas que las justifiquen, solo necesita de la descripción de los hechos. A su vez, no existe justificación interna pues, la única premisa que tiene el juez para llegar a la conclusión de ordenar las medidas cautelares, es la descripción de los hechos, esta premisa no es suficiente para inferir esa conclusión. Esto evidencia que se está dejando a una discrecionalidad sin soporte alguno en la toma de decisiones constitucionales, razón por la cual, considero que se debería aportar al menos una mínima prueba, que sirva como fundamento en la decisión judicial.

Conclusiones

- Las medidas cautelares son el instrumento jurídico que sirven para evitar la amenaza de violación o interrumpir la violación de los derechos fundamentales.
- El otorgamiento de medidas cautelares constitucionales sin exigir prueba alguna, transgrede los derechos a la motivación, a la defensa y a la prueba del sujeto pasivo.
- Es por ello que, para conceder las medidas cautelares, es necesario una reforma legal en cuyo contenido se exija una prueba mínima y/o elemental al momento de presentar la petición inicial, con el fin de que el juez pueda concluir a primera vista sobre la veracidad de lo narrado por el peticionante y con ello, se garantice una adecuada motivación en la resolución judicial.
- El aporte de una prueba mínima no modifica la agilidad o informalidad del trámite, por el contrario, lo único que serviría es fortalecer la decisión judicial basada en hechos reales y comprobados.

Recomendaciones

Propuesta de una reforma legal al primer inciso del artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, quedando de la siguiente manera:

L.O.G.J.C.C ACTUAL	PROPUESTA NORMATIVA
Art. 33.- Una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes. No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2012)	Art. 33.- A la petición de medidas cautelares se deberá acompañar la prueba necesaria que justifique los hechos alegados, otorgando a la Jueza o Juez la certeza sobre la amenaza o violación de derechos y conceda inmediatamente la medida cautelar. Para la concesión de estas medidas no se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2012)

Referencias

- Atienza, M. (2015). *Las razones del derecho. Sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bordalí, A. (2001). Diversos Significados de la Tutela Cautelar Constitucional. *Revista de derecho*.
- Calamandrei, P. (2005). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Código Orgánico General de Procesos*. (2015). Quito: Ediciones CARPOL.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 069-10-SEP-CC (9 de diciembre de 2010).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 052-11-SEP-CC-11-EP (15 de septiembre de 2011).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 034-13-SCN-CC (30 de mayo de 2013).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 039-13-SEP-CC (24 de julio de 2013).
- Cueva , L. (2012). *Medidas Cautelares Constitucionales*. Ecuador: Ediciones Cueva Carrión.
- Denti. (1972). *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez, Estudios en Derecho Probatorio*. México: Editorial Perseo, pág. 272.
- Diccionario de la Real Academia Española*. (1992). Madrid, España: Espasa Calpe S.A.
- Ferrer, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley.
- Hinostroza, A. (2012). *Derecho Procesal Civil. Medios Probatorios*. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Igartua, J. (2009). *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*. Lima: Palestra Editores.
- Kielmanovich, J. (2000). *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.

- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. (2012). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Meneses, C. (2008). Fuentes de la Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil. *Revista SCIELO*.
- Órgano de Control Constitucional Colombiano, Sentencia No. T-1168/08 (26 de noviembre de 2008).
- Palacio, L. (1977). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, tomo IV, pág. 331.
- Peláez, M. (2010). *El Proceso Cautelar*. Perú: Editorial Grijley E.I.R.L.
- Priori, G. (2006). *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Rivas, A. (2005). *Las Medidas Cautelares en el Derecho Peruano*. Lima: Jurista Editores.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Zamora, A. (1964). *Estudios diversos de derecho procesal*. España: Editorial José Bosch, pág. 257.
- Zavala Egas, J., Zavala Luque, J., & Acosta Zavala, J. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil, Ecuador: Edilex Editores.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Vázquez Izurieta, Sofía Estefanía**, con C.C: # **1312541475** autor/a del trabajo de titulación: **La exigencia de la prueba en la tutela cautelar constitucional** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **19 de febrero de 2018**

f. _____

Nombre: **Vázquez Izurieta, Sofía Estefanía**

C.C: **1312541475**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La exigencia de la prueba en la tutela cautelar constitucional.		
AUTOR(ES)	Vázquez Izurieta, Sofía Estefanía		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Xavier Héctor, Vizqueta Rogasner		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y ciencias sociales y políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	19 de febrero de 2018	No. DE PÁGINAS:	30
ÁREAS TEMÁTICAS:	constitucional, procesal constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	exigencia; prueba; tutela cautelar; constitucional		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>Las medidas cautelares son un instrumento jurídico que permite actuar de forma inmediata ante una inminente amenaza o violación de derechos fundamentales, evitando su consumación o repetición, pero debido a la normativa vigente es mal utilizada por los usuarios, quienes abusan de las mismas porque la ley de la materia los exonera de presentar prueba que justifique los hechos alegados. Por lo que, en el transcurso de mi investigación explicaré como la liberación de la prueba, afecta derechos constitucionales como el derecho a la defensa, a la prueba y a la motivación del sujeto pasivo, de tal manera que, analizaré su naturaleza jurídica, definición, elementos y procedimiento de acuerdo a la L.OG.J.C.C; y concluiré, con la necesidad de una propuesta concreta de reforma normativa que se exija que se aporte una mínima prueba sin la necesidad de que se afecte la informalidad y rapidez del procedimiento.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593+991473915	E-mail: izuvas@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette Elise		
	Teléfono: +593-994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			