



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

TEMA:

Ineficacia de las providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos

AUTORES:

Abg. Barzola Ampuero Jorge Eduardo

Abg. Martillo Peña Evelin Katuska

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TUTOR:

Abg. Nuria Pérez Puig-Mir, PhD.

Guayaquil, Ecuador

2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por los Abogados Jorge Eduardo Barzola Ampuero y Evelin Katuska Martillo Peña, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Abg. Nuria Pérez Puig-Mir, PhD.

REVISOR

Abg. Johnny Dagoberto De La Pared Darquea.

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández Terán.

Guayaquil, 15 de febrero de 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotros, **abogado Jorge Eduardo Barzola Ampuero y abogada Evelin Katuska Martillo Peña**

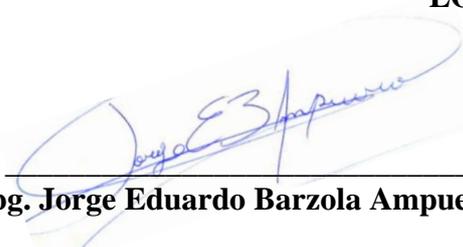
DECLARAMOS QUE:

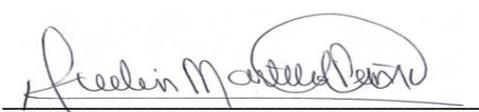
El Proyecto de Investigación, **“INEFICACIA DE LAS PROVIDENCIAS PREVENTIVAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS”** previo a la obtención del **Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de nuestra total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 15 de febrero de 2023

LOS AUTORES

f. 
Abg. Jorge Eduardo Barzola Ampuero

f. 
Abg. Evelin Katuska Martillo Peña



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

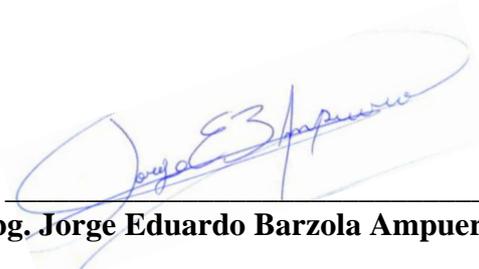
AUTORIZACIÓN

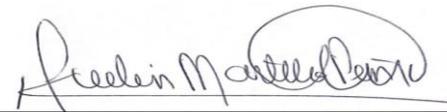
Nosotros, **abogado Jorge Eduardo Barzola Ampuero y abogada Evelin Katuska Martillo Peña**

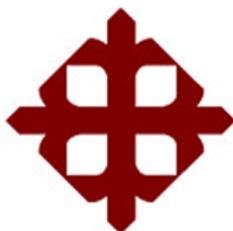
Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación previo a la obtención del grado de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal titulada: “**INEFICACIA DE LAS PROVIDENCIAS PREVENTIVAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 15 de febrero de 2023

LOS AUTORES:

f. 
Abg. Jorge Eduardo Barzola Ampuero

f. 
Abg. Evelin Katuska Martillo Peña



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

URKUND Abrir sesión

Documento	Lista de fuentes Bloques																								
Presentado 2022-11-23 10:43 (-05:00)	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"><thead><tr><th style="width: 10%;">+</th><th style="width: 10%;">Categoría</th><th style="width: 80%;">Enlace/nombre de archivo</th><th style="width: 10%;">-</th></tr></thead><tbody><tr><td>+</td><td></td><td>Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D63388049</td><td>-</td></tr><tr><td>+</td><td></td><td>https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95762/112863/F-1870241020/BOL...</td><td>-</td></tr><tr><td>+</td><td></td><td>http://darmiler.webcindario.com/Andres/PROCESO%20CAUTELAR.pdf</td><td>-</td></tr><tr><td>+</td><td></td><td>Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D13442057</td><td>-</td></tr><tr><td>+</td><td></td><td>UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA ECOTEC / D109266807</td><td>-</td></tr></tbody></table>	+	Categoría	Enlace/nombre de archivo	-	+		Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D63388049	-	+		https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95762/112863/F-1870241020/BOL...	-	+		http://darmiler.webcindario.com/Andres/PROCESO%20CAUTELAR.pdf	-	+		Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D13442057	-	+		UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA ECOTEC / D109266807	-
+	Categoría	Enlace/nombre de archivo	-																						
+		Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D63388049	-																						
+		https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95762/112863/F-1870241020/BOL...	-																						
+		http://darmiler.webcindario.com/Andres/PROCESO%20CAUTELAR.pdf	-																						
+		Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D13442057	-																						
+		UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA ECOTEC / D109266807	-																						
Presentado por Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)																									
Recibido miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com																									
Mensaje RV: TESIS COMPLETA Y ANEXOS Mostrar el mensaje completo																									
4% de estas 47 páginas, se componen de texto presente en 17 fuentes.																									

1 Advertencias. Reiniciar. Compartir

1 SISTEMA DE POSGRADO MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PROCESAL TEMA: Ineficacia de las providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos AUTOR: BARZOLA AMPUERO, JORGE MARTILLO PEÑA, EVELIN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PROCESAL TUTOR: _____

51% #1 Activo

Guayaquil, Ecuador 2022

2 SISTEMA DE POSGRADO MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PROCESAL

CERTIFICACIÓN Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por los Abogados Jorge Barzola Ampuero y Evelin Martillo Peña, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho,

Archivo de registro Urkund: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D18976018 **51%**

GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

CERTIFICACIÓN Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Ab. José Miguel García Auz, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho

Mención Derecho Procesal. DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN _____
Abg. Nuria Pérez Pujig-Mir, PhD. REVISOR _____ (Apellidos, Nombres completos)

AGRADECIMIENTO

Agradecemos primeramente a Dios por habernos otorgado la oportunidad de estudiar el presente masterado, una de las metas que nos planteamos al culminar nuestra etapa estudiantil de pregrado. Así mismo, agradecemos a nuestros padres, hermanos y abuelos, por la constante motivación y apoyo para estudiar la maestría y culminarla. Y, por último, agradecemos también a nuestros docentes de la maestría por su dedicación y vocación a la enseñanza y experiencia que compartieron con nosotros en clases, que sin duda alguna será de gran utilidad en nuestra vida profesional.

DIDICATORIA

El presente trabajo de investigación se lo dedicamos a nuestras padres y hermanos, que son nuestros pilares y nuestra motivación para seguir superando cada meta que nos proponemos, y así ser un ejemplo que seguir y de superación para nuestros hermanos menores. Y, también, deseamos expresar nuestra dedicación mutua a nosotros del presente trabajo, ya que es una prueba de dedicación y esfuerzo, pues a pesar de las dificultades de la pandemia, logramos culminar nuestro postgrado.

De forma muy especial, también dedicamos el presente trabajo de investigación a quien en vida fue el señor Eduardo Segundo Peña Rodríguez.

Índice

RESUMEN	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN	1
OBJETO DE ESTUDIO	5
CAMPO DE ESTUDIO	6
DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	8
JUSTIFICACIÓN	8
PREMISA	9
OBJETIVO GENERAL	10
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	10
CAPÍTULO I	11
MARCO TEÓRICO	11
1.1 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	11
1.1.1 <i>Derecho a la efectividad de las resoluciones</i>	13
1.2 LA TUTELA CAUTELAR.....	14
1.2.1 <i>La tutela cautelar en el marco de un estado constitucional</i>	14
1.2.2 <i>Concepción</i>	18
1.2.3 <i>Fundamentos de la tutela cautelar</i>	21
1.2.4 <i>Límites del ejercicio de la tutela cautelar</i>	25
1.2.5 <i>Tutela de urgencia</i>	27
1.3 SISTEMA CAUTELAR.....	28
1.4 MEDIDAS CAUTELARES.....	29
1.4.1 <i>Antecedentes</i>	29
1.4.2 <i>Conceptos y finalidades</i>	32
1.4.2.1 . <i>Concepciones: restringida o tradicional vs. extensiva o dinámica</i>	35
1.4.2.1. <i>Sistemas procesales respecto de las medidas cautelares</i>	39
1.4.3. <i>Presupuestos del derecho a la tutela cautelar</i>	39
1.4.4. <i>El derecho a la tutela cautelar y su relación con el derecho a la defensa</i>	42
1.4.5. <i>Medidas cautelares en el ordenamiento jurídico ecuatoriano</i>	45
1.5. PROVIDENCIAS PREVENTIVAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.....	48
1.5.2. <i>Tipos de providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos</i>	48
CAPÍTULO II	50

MARCO METODOLÓGICO	50
2.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	50
2.1.1. <i>Método analítico</i>	50
2.1.2. <i>Método deductivo</i>	51
2.1.3. <i>Método histórico jurídico</i>	51
2.1.4. <i>Método jurídico doctrinal</i>	52
2.1.5. <i>Método jurídico comparado</i>	52
2.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	52
2.3.1. <i>Derecho comparado</i>	55
Proceso cautelar en el Código Procesal Civil boliviano	55
Proceso cautelar en el Código General del Proceso colombiano.....	58
2.3.2. <i>Análisis de los artículos del Código Orgánico General de Procesos respecto a las providencias preventivas</i>	60
Secuestro y retención. Requisitos	66
Prohibición de enajenar. Requisitos.....	69
Arraigo. Requisitos	69
Providencias preventivas en materia de propiedad intelectual. Requisitos	71
Procedimiento y caducidad	72
2.3.3. <i>Estudio de caso</i>	74
2.4. RESULTADOS.....	76
CAPÍTULO III.....	78
DISCUSIÓN	78
CAPÍTULO IV.....	80
PROPUESTA.....	80
CONCLUSIONES.....	86
RECOMENDACIONES.....	88
BIBLIOGRAFÍA	89

Índice de tablas

Tabla 1. Cuadro metodológico.....	55
-----------------------------------	----

Resumen

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental procesal que permite a toda persona acceder ante el órgano jurisdiccional para solicitar la protección de sus derechos, con la finalidad de evitar o cesar la amenaza o violación de sus derechos. Para asegurar el cumplimiento y efectividad de dicho derecho fundamental es importante que se garantice el cumplimiento de la tutela cautelar, la cual es una medida de respuesta frente al peligro del daño que la demora de un proceso podría ocasionar sobre el derecho que se discute, garantizando así la efectividad de las resoluciones. Este derecho se materializa a través de medidas cautelares idóneas, y no se debería restringir su ámbito de aplicación a tipos de medidas cautelares taxativas. El ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé en el Código Orgánico General de Procesos providencias preventivas tipificadas de manera taxativa, estableciendo requisitos para la justificación de su procedencia. Sin embargo, la regulación de dichas providencias preventivas se encuentra tipificadas, pues el efecto de esta hace alusión a una tutela preventiva y no una la tutela cautelar, lo cual es imperativo modificar y esclarecer.

Palabras claves: tutela cautelar, medidas cautelares, efectividad, providencias preventivas.

Abstract

The right to effective judicial protection is a fundamental procedural right that allows everyone to access the jurisdictional body to request the protection of their rights, in order to avoid or cease the threat or violation of their rights. To ensure compliance and effectiveness of said fundamental right, it is important to guarantee compliance with precautionary protection, which is a response measure against the danger of damage that the delay of a process could cause on the right that is discussed, thus guaranteeing the effectiveness of resolutions. This right materializes through appropriate precautionary measures, and its scope of application should not be restricted to specific types of precautionary measures. The Ecuadorian legal system provides in the General Organic Code of Processes, preventive measures typified in an exhaustive manner, establishing requirements for the justification of their origin. However, the regulation of said preventive orders is typified, since the effect of this alludes to a preventive guardianship and not a precautionary guardianship, which is imperative to modify and clarify.

Key words: precautionary protection, precautionary measures, effectiveness, preventive measures.

Introducción

Durante mucho tiempo a las medidas cautelares se las identificaban partiendo desde dos puntos de vista. Cierta parte de la doctrina las ubicaba como una institución que sirve para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor; y, otra parte de la doctrina las identificaba como esencialmente patrimoniales, es decir, pretendían asegurar uno o más bienes en post de una futura ejecución forzosa (Marín, 2006).

Ante aquello, es importante resaltar lo expresado por Priori Posada, quien afirma que las medidas cautelares son el medio por el cual se expresa el derecho fundamental a la tutela cautelar (Priori, 2006), pues, por intermedio de ellas se puede confrontar los problemas que podrían generarse por el tiempo que toman los procesos judiciales para la efectivización de las sentencias jurisdiccionales. Debido a aquello, se sostiene que es sumamente importante identificar que la justificación de las medidas cautelares es con la finalidad de enfrentar al tiempo que toman los procesos. Y es que, como se lo ha indicado en líneas anteriores, el peligro en la demora de la prestación jurisdiccional es el motivo, causa, el interés primordial por el cual se motiva la expedición de medidas cautelares, situación que también fue sostenida por Calamandrei al momento de expresar que el peligro en la demora de la expedición de la sentencia es el interés específico que justifica la emisión de cualquiera de las medidas cautelares (Calamandrei, 2017).

Raúl Martínez sostiene que las medidas cautelares constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es *prima facie* verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida (Martínez, 1994). En esa

misma línea, Maurico Ottolenghi manifiesta que el instituto cautelar se atiende, más que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de las providencias definitivas (Ottolenghi, 1946), y es por dicha razón que a la tutela cautelar, materializada en las medidas cautelares, tiene una relación intrínseca con la justicia, pero no desde una perspectiva de alcanzar la justicia, sino desde una perspectiva de garantizar el eficaz funcionamiento del sistema de justicia.

Todo proceso jurisdiccional se encuentra regido por los términos o plazos que establece la ley para la obtención de una decisión jurisdiccional. Sin embargo, aquello podría verse afectado por diferentes factores, pues la tutela de los derechos no es ajeno al peligro de la demora del proceso, o más aun, a las circunstancias o situaciones jurídicas que se producen dentro del proceso que causa una mutación del mismo. Consecuentemente, se nota justificable la aplicación de medidas idóneas que conlleven a garantizar la efectividad de las sentencias, pues entre el acto propositivo de la presentación de la demanda y la emisión de una sentencia oral, y posteriormente escrita, existe esencialmente un tiempo de duración del proceso para el cumplimiento de todos aquellos actos procesales, lo cual podría generar incertidumbre entre las partes procesales.

Carlos Pérez conceptúa a las medidas cautelares como "... aquella institución procesal que comprende tanto a la pretensión como a la decisión jurisdiccional con las cuales se busca garantizar la eficacia de la decisión final" (Pérez, 2010, p. 97). Por tal razón, podríamos indicar que las medidas cautelares son aquel medio por el cual los órganos jurisdiccionales garantizan los efectos de las sentencias jurisdiccionales, como también la práctica de una prueba, lo cual se materializa al momento que una de las partes procesales lo

solicita a los operadores de justicia, basándonos en la justificación de la existencia de una apariencia de derecho y el peligro en la demora de la sentencia.

Ahora bien, la forma en cómo se encuentran establecidas las medidas cautelares en una determinada legislación, podría ser utilizada para identificar el sistema procesal aplicable dentro de dicho régimen jurídico. Así, tenemos que, en atención al modo en cómo se encuentran reguladas las medidas cautelares, un sistema procesal podría clasificarse en un sistema restringido y un sistema amplio.

El sistema restringido se lo puede indentificar como aquel mediante el cual solo se permite a los operadores de justicia aplicar las medidas cautelares que se encuentran tipificadas en la ley pertinente; y, al sistema amplio, como aquel mediante el cual el juez no se encuentra limitado o restringido por la ley para aplicar las medidas cautelares (Priori Posada, 2016). A su vez, cabe mencionar, que dentro del sistema procesal amplio se puede ubicar dos modelos. Primero, “un modelo en el que el ordenamiento jurídico contempla una sola norma de permisión general para la concesión de las medidas cautelares” (Priori, 2016, p. 485); y, un segundo modelo consistente en el que “la ley regula varias medidas cautelares y establece luego una norma general y complementaria” (Priori, 2016, p. 485), la cual permitiese a los juzgadores aplicar las medidas cautelares que estimen pertinentes e idóneas frente a situaciones jurídicas que no pudieron ser reguladas o reconocidas en la legislación.

Sin embargo, y como lo abordaremos más adelante en le presente trabajo de investigación, compartimos con la visión que esgrime el profesor Priori Posada frente a la clasificación expuesta en el párrafo anterior, pues, dicha clasificación no puede ser utilizada para indentificar los sistemas procesales de las legislación, ya que aquellas son

inconstitucionales, puesto que limitan o restringen la aplicación de las medidas cautelares. Por ejemplo, dentro del sistema restringido, se indentifica que la ley regula de forma específica las medidas cautelares que pueden ser concedidas por los operadores de justicia, es decir, que en el caso que existan otras posibles medidas cautelares destinada a garantizar la providencia definitiva no serían procedentes y, en línea con lo anterior, lo mismo sucede cuando nos referimos al sistema amplio, pues aquel se encuentra limitado por las consideraciones del legislador. Consecuentemente, aquellos modelos no pueden seguir siendo utilizados para indentificar al sistema procesal de regulación cautelar; por ello, a criterio de Priori, el único modelo de regulación cautelar constitucionalmente admisible es que por el cual se le ortorgue a los jueces la facultad de obtener, conceder y ejecutar medidas cautelares de forma amplia (Priori, 2016).

En virtud de lo anterior, resulta importante repasar los presupuestos que conforman la medidas cautelares. Es importante tener presente estos presupuestos, condiciones o elementos para comprender la procedencia y relevancia de las conceciones de las medidas cautelares, pues, a falta de una de estos presupuesto resultaría innecesario la aplicación de las mismas, y es que hay que tener presente que no siempre es necesario la aplicación de una medida cautelar o que se la considere automáticamente procedente en todos los casos, puesto que los juzgadores serán los encargados de analizar y valorar cada situación jurídica y determinar si procede o no dictar cierta medida cautelar.

El desarrollo del presente trabajo investigativo se basará en los métodos analítico, deductivo, jurídico-doctrinal, histórico-jurídico, y jurídico-comparado, con la finalidad de alcanzar la novedad científica objeto del presente trabajo, que consiste en que las providencias preventivas derivan de la institución de la tutela cautelar.

Objeto de estudio

El objeto de estudio del presente trabajo de investigación gira en torno a la tutela cautelar, que es el mecanismo por el cual las personas, sean naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, pueden efectivizar sus derechos frente a cualquier situación jurídica que pretenda vulnerarlos o tratar de impedir que estos se vulneren. En dicho sentido, la tutela cautelar encuentra su fundamento como un mecanismo de protección frente a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora de la prestación jurisdiccional, pues, como sostiene Carnelutti, es necesario que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo, ya que de esa forma consigue una debida protección de los derechos e intereses de las personas (Carnelutti, 1971).

No obstante, cabe mencionar que no existe una unificación de criterios frente a la tutela cautelar. La mayoría de los autores sostiene que la tutela cautelar encuentra su fundamento en el derecho constitucional, pues consideran que esta se encuentra vinculada con la efectividad de las resoluciones o sentencias judiciales, es decir, conseguir que las decisiones jurisdiccionales se cumplan, considerando a la tutela cautelar como un medio para garantizar el derecho reconocido o declarado. Sin embargo, de aquel criterio de vinculación constitucional se derivan otras concepciones a la tutela cautelar, como, por ejemplo, los que conciben a la tutela cautelar como un derecho fundamental propiamente dicho con una estructura definida, a la cual nosotros nos adherimos (Campos, 2015).

En línea con lo anterior, cada día se acoge con mayor fuerza que la tutela cautelar es un medio para efectivizar la justicia, pues a través de esta no solo se logra garantizar los derechos dentro de un proceso determinado, ejerciendo los mecanismos legales idóneos para conseguir

la ejecución de las decisiones jurisdiccionales, sino también como un derecho fundamental destinado a satisfacer derechos e intereses de los particulares de forma directa e inmediata.

Campo de estudio

El campo de estudio del presente trabajo de investigación se centra en las providencias preventivas y su errónea consideración como una tutela cautelar en el Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano y su afectación al derecho de la tutela judicial efectiva, pues son insuficientes para garantizar la efectivización de los derechos de los sujetos procesales.

Los referentes empíricos a los que se ha recurrido radican principalmente en la demostración de la indebida o escueta regulación de las providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP); y, la diferencia entre tutela preventiva y tutela cautelar, lo cual permitiría demostrar, posteriormente, la errada tipificación de las medidas en la referida norma legal.

Macay (2019) en su tesis “El otorgamiento de providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos” se centra en el análisis de la eficacia y efectividad de la aplicación de la norma que regula las medidas preventivas, con lo cual, determina que las mismas no se aplican de manera eficaz en los procesos judiciales. Al respecto, apunta a que el tiempo que la norma prevé para la admisión y aprobación de tales medidas no es apropiado para el cumplimiento de aquellas, resultando contraproducente, pues, en el caso que se pretenda la preservación o resguardo de la cosa que se reclama, dicho tiempo podría ocasionar que la cosa en cuestión se pierda (Macay, 2019).

En dicho sentido, Macay propone la reforma del artículo 127 del Código Orgánico General de Procesos, en el sentido que la admisión y práctica provisional quede a discreción del juzgador, al mismo momento en el que se admite la demanda. Así, la convocatoria a audiencia que actualmente prevé el Código Orgánico General de Procesos ocurriría de manera posterior, con el fin de ratificar o cesar la medida que fue otorgada provisionalmente.

Por su parte, Jaramillo (2020) en su tesis “Las medidas preventivas en los juicios monitorios. Pertinencia y constitucionalidad de su aplicación” analiza y señala la relación entre el proceso monitorio y el otorgamiento de las medidas preventivas en el mismo, frente al ejercicio del derecho a la defensa del demandado, aquel es un claro ejemplo de cómo en estos procesos, que no son de conocimiento, el procedimiento de solicitud y otorgamiento de las providencias preventivas, tal cual lo expresa el Código Orgánico General de Procesos supondrían un atentado a la naturaleza del proceso y al derecho a la defensa del accionado. Lo anterior demuestra la falta de minuciosidad por parte del legislador en la regulación de las providencias preventivas y cómo su proceso y requisitos pueden ser más o menos procedentes según la naturaleza del proceso principal.

Por otro lado, Parrales Coello (2019) señala en su tesis “Providencias preventivas y violación a la legítima defensa”, con respecto a la finalidad de las misma, que el fin de aquella figura jurídica es garantizar el eficaz cumplimiento de las decisiones judicial o más bien, garantizar que la voluntad de la ley emitida por la jurisdicción efectivamente se materialice.

En el mismo sentido, Pérez Ríos (2010) señala en su trabajo de investigación “Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano”, la diferencia entre tutela

preventiva y tutela cautelar, lo cual resulta de gran importancia para el presente trabajo, toda vez que pretende esclarecer la confusión y errada regulación del Código Orgánico General de procesos en torno a las providencias preventivas. Y es que, con base en lo expuesto por Pérez Ríos, la tutela cautelar busca evitar a *posteriori* el daño producido por la lesión de un derecho; está orientada a evitar el daño que el desarrollo del proceso pueda generar, mas no evita el daño originario inherente a la lesión que nace de la propia relación jurídica, es decir, la tutela cautelar previene el daño procesal, mas no el daño originario. En cambio, la tutela preventiva es invocada por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible; funciona a *priori*, con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho amenazado (Pérez Ríos, 2010).

Delimitación del problema

En razón de lo anterior, se señala como delimitación del problema la confusión que existe en el medio jurídico ecuatoriano al considerar a las providencias preventivas como una tutela cautelar, cuando lo correcto es que se trata de una tutela preventiva y, a su vez, en la ineficacia de la tipificación de las providencias preventivas en nuestro sistema normativo procesal a través del Código Orgánico General de Procesos, pues afecta al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva.

Justificación

El presente trabajo investigativo se justifica en que en nuestra legislación se maneja un concepto errado de la institución de *providencias preventivas*, pues, al momento de tipificarlas en el Código Orgánico General de Procesos se le otorgó, erróneamente, una

categoría de medidas cautelares, cuando lo cierto es que, tomando en consideración la forma en cómo se encuentran reguladas las providencias preventivas, harían alusión a una tutela preventiva y no cautelar. Aquello, sin perjuicio que su regulación no garantiza el eficaz ejercicio de los derechos de los particulares, pues regula medidas típicas para efectivizar los derechos -mismas que son insuficientes- cuando lo correcto e idóneo sería ampliar su campo de aplicación para conseguir una tutela más directa e inmediata de los derechos e intereses de los particulares.

Premisa

En virtud de aquello, se identifica como premisa para la solución de problema planteado en el presente trabajo de investigación que, con base en los fundamentos doctrinales de las providencias preventivas y medidas cautelares, del análisis de los referentes empíricos, de la comparación legislativa ecuatoriana con la boliviana y colombiana, de las normas contempladas en la Constitución de la República del Ecuador y Código Orgánico General de Procesos, del precedente jurisprudencial de las providencias preventivas y medidas cautelares, resulta imperioso aclarar la confusión que existe entre una tutela cautelar y una tutela preventiva frente a las providencias preventivas; además de formular un criterio jurídico que conlleve a demostrar que es insuficiente la forma en cómo se encuentra tipificadas las providencias preventivas en nuestra legislación, pues, no garantizan en su totalidad el ejercicio de los derechos, lo cual afecta al derecho de la tutela judicial efectiva.

Objetivo general

El objetivo general del presente trabajo de investigación consiste en formular un criterio jurídico que aclare la confusión que existe entre la tutela cautelar y tutela preventiva, evidenciando la ineficacia de las providencias preventivas reguladas en el Código Orgánico General de Procesos y su violación al derecho de la tutela judicial efectiva.

Objetivos específicos

- Analizar la base doctrinal de las providencias preventivas y medidas cautelares.
- Analizar los referentes empíricos desarrollados sobre las providencias preventivas y medidas cautelares.
- Analizar las normas contempladas en la Constitución de la República del Ecuador y Código Orgánico General de Procesos y examinar el precedente jurisprudencial de las providencias preventivas y medidas cautelares.
- Comparar la legislación ecuatoriana frente a la legislación boliviana y colombiana respecto a la figura jurídica de las providencias preventivas y medidas cautelares.

CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

1.1 La tutela judicial efectiva

“La tutela judicial efectiva es el derecho de todo sujeto a acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de un derecho o situación jurídica que alega está siendo vulnerada o amenazada...” (Priori, 2005, p. 187). Este acceso por parte de los justiciables, y, en contraposición, la tutela que es brindada por el órgano judicial, convergen en un *proceso*, el cual debe comprender ciertas garantías básicas para su realización; y, además, procurar su efectividad. Esta efectividad, principalmente, recae en la resolución o sentencia que da por terminado el proceso, e implica que lo decidido produzca sus efectos y pueda ser ejecutado. Entonces, no solamente se trata de que pueda cumplirse lo decidido, sino de que, al cumplirse, sea efectiva para la situación jurídica de origen.

El derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita se encuentra contemplado en el artículo 75 de la Constitución ecuatoriana. Para González Pérez (como se citó en la resolución R375-2012-J7-2011 emitida por la Corte Nacional de Justicia, 2012), el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos. Primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y, tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos (Corte Nacional de Justicia, 2012).

De igual manera, la Corte Constitucional ha recurrido a dicha cita en varias de sus sentencias indicando:

El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales para, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, hacer justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la Ley en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia (Corte Constitucional del Ecuador, 2015).

Pablo Esteban Perrino, citado por la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, establece algunos objetivos que persigue el derecho a una tutela judicial efectiva:

- a) A ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil;
- b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado ...;
- c) A un juez natural e imparcial;
- d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción;
- e) A la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en herramientas ritualistas (*in dubio pro actione*);
- f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados;

- g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial;
- h) A petitionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende;
- i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia;
- j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas;
- k) A impugnar la sentencia definitiva;
- l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada;
- m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable;
- n) A contar con asistencia letrada (Corte Constitucional, 2010).

1.1.1 Derecho a la efectividad de las resoluciones

Se ha señalado que el tiempo que demora un proceso supone un peligro al momento de la expedición de la sentencia, porque podría resultar inútil o no efectiva para la situación jurídica del accionante.

Parte de los objetivos de la tutela judicial efectiva citados es obtener una sentencia útil, y a obtener tutela cautelar, es decir, una sentencia cuyos efectos, a la terminación del proceso, sean aún aplicables a la situación jurídica que dio inicio a la acción; pues, por el contrario, sería inútil obtener una sentencia a favor cuando la situación jurídica del actor ha

cambiado debido al tiempo transcurrido, ya que sus efectos no serían igual de beneficiosos como sí lo hubiesen sido antes.

Una sentencia útil puede ser obtenida mediante el derecho a la efectividad de aquella, el cual es parte del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual “garantiza la realización del derecho que se ha reconocido o establecido en la sentencia y de los efectos previstos por ella” (Priori, 2005, p. 180). Es decir, hacer que la sentencia produzca todos los efectos establecidos en ella, y también que, llegado el momento en que la sentencia deba producir efectos, los produzca.

John Romo (2000) señala que este derecho se estructura por: “a) El derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales (cosa juzgada); b) El derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten (medidas cautelares); y, c) La ejecución de las resoluciones judiciales debe darse sin dilaciones indebidas” (p. 16).

Para asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, es necesaria la existencia de ciertos mecanismos que hallan su fundamento en el derecho de tutela cautelar, los cuales se explicarán posteriormente.

1.2 La tutela cautelar

1.2.1 La tutela cautelar en el marco de un estado constitucional

En el 2008 se publicó la Constitución de la República del Ecuador vigente, la cual se apartaba de la ideología liberal de las anteriores constituciones, y sus distintas fases, influidas

-en su mayoría-, por las tendencias políticas de la época, para convertirse a la ideología igualitarista (Ávila, 2009). Así, bajo aquella ideología, nace una nueva concepción del estado ecuatoriano.

El artículo primero de la carta magna señala que:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Sin embargo, son suficientes tres términos para definir el modelo de estado ecuatoriano: *constitucional de derechos y justicia*, y son aquellos los cuales sirven de ejes transversales en cada institución reconocida por la Constitución. En palabras de Ávila (2009):

El estado *constitucional* nos ayuda a responder las preguntas sobre *quién* es la autoridad, *cómo* se hacen las normas y *qué* contenido deben tener. El estado de derechos nos da luces para responder *dónde* encontramos las

normas y *para qué* se las expiden. Finalmente, el estado de justicia nos resuelve el problema del *por qué* el Estado (p. 961).

Resulta relevante partir del entendimiento de la concepción del modelo de estado ecuatoriano actual, caracterizándose por ser un estado garantista de derechos. Dicho aquello, y justamente con el propósito de preservar y tutelar derechos, tal rol estatal se extiende a todo proceso, administrativo o judicial, en el cual se determinen derechos u obligaciones, para el cual la Constitución reúne una serie de principios y garantías básicas para su consecución, constituyendo, a su vez, el derecho al debido proceso.

Desde la óptica legal, todo proceso es el medio en el cual deben, idealmente, converger las garantías y derechos procesales fundamentales, en el que, a su vez, se materializa el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; y, es usado por los justiciables como mecanismo por el cual buscan la protección de una situación jurídica que se encuentra lesionada o amenazada (Priori, 2005), y que dicha protección se haga constar en una resolución efectiva y, cuando así la naturaleza del fallo lo amerite, ejecutable.

Las normas rectoras de cada proceso (administrativo o judicial) prevén términos y plazos para el desarrollo de todas las fases y etapas procesales. En cuanto a los procesos judiciales civiles, el Código Orgánico General de Procesos (En adelante, COGEP) los ha clasificado en dos grupos para determinar la vía seguir: **i)** los procedimientos de conocimiento; y, **ii)** los procedimientos ejecutivos, sin perjuicio de otros procesos especiales. Los primeros tienden a someter una controversia que, al ser resuelta, reconocerá o aceptará derechos y pretensiones que se encuentren contrapuestos (Robles, 2016, p. 26). Los segundos

tienden a ser exigible un derecho que ya ha sido reconocido o declarado en el título que lo contenga; por ende, tal derecho no está sujeto a controversia.

Aunque, en tiempos, los procedimientos ejecutivos procuran ser más rápidos en su desarrollo, en la práctica jurídica puede observarse que son excepcionales, y pocos, los procesos en los que se cumple a cabalidad con los plazos y términos establecidos en el COGEP; y, aun así, si estos se llegasen a desarrollar con celeridad, son raros los casos en los que los operadores de justicia se ciñen a tales tiempos. Sin embargo, la demora en el desarrollo de los procesos, desde la presentación de la demanda hasta la expedición y notificación de la sentencia escrita, es por una parte necesaria y razonable, porque supone la secuencia lógica de actuaciones procesales; y, por otra parte, fuera de esa demora necesaria, existe una demora atribuible a quienes sirven en la Función Judicial.

Precisamente, el factor tiempo, en el desarrollo de los procesos judiciales, es tal que puede afectar, e incluso agravar, la situación jurídica inicial del accionante, v.g. siendo la citación el acto procesal que interrumpe la prescripción, en una acción ejecutiva por el cobro de un cheque que prescribe en seis meses, si la parte demandada no es citada dentro de tal tiempo, entonces, la acción prescribiría y esto podría ser alegado por dicha parte. De ser así, la prescripción de la acción prosperaría y como resultado la parte accionante tendría una resolución en su contra. Con este ejemplo se demuestra cómo el tiempo puede influir en el resultado del proceso y perjudicar a quien, en todo derecho, incoó la acción; y, así, el proceso cumpliría una finalidad opuesta, impidiendo proteger la situación jurídica pretendida.

1.2.2 Concepción

Carnelutti (como se citó en Bordalí, 2001) indica que “la tutela cautelar es un instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo” (p. 53), pues, una debida protección de los derechos supondría que el juez pueda controlar el tiempo y su incidencia en las situaciones jurídicas de las partes, e impedir el cambio posible de una situación (detener el tiempo), eliminar el cambio ya ocurrido de una situación (retroceder el tiempo), o bien anticipar el cambio probable o solamente posible de una situación (acelerar el tiempo) (Bordalí, 2001, p. 53).

Sin embargo, señala Bordalí (2001), no le basta al juez poder controlar los efectos del tiempo, sino que ese control tiene que operar, además, con urgencia (p. 53). Este control urgente no puede efectuarse a través de los procesos “ordinarios”, que requieren desarrollarse en un tiempo razonable; pero, hasta la obtención de una resolución definitiva, en el *iter* de tales procesos, “se configura el posible peligro de un daño jurídico urgente y marginal para el actor (*periculum in mora*), que puede ser mitigado mediante otro proceso, como lo es el cautelar” (Bordalí, 2001, p. 53).

En nuestro ordenamiento jurídico, la tutela cautelar no está expresamente consagrada como un derecho; pero es un derecho que integra el gran derecho procesal fundamental a la tutela judicial efectiva, del cual gozan los justiciables, e implica, necesariamente, una facultad del órgano judicial a ejercitar siempre que resulte necesario asegurar la efectividad de una resolución, mitigando los efectos del tiempo en el proceso.

García de Enterría (2006), en su obra *La batalla por las medidas cautelares*, manifiesta:

(...) la competencia para acordar medidas cautelares no es en sí misma (...) una competencia distinta de la de enjuiciar y decidir. Es, propiamente una competencia ancilar de esta última y no pretende más que asegurar anticipadamente alguna eficacia a la decisión de fondo, evitando su frustración práctica cuando ésta es previsible si el auxilio cautelar no se presta” (p. 53).

La tutela cautelar, entendida como un derecho, persigue un fin que no puede ser instrumentalizado sino a través de las medidas cautelares. Expresa Priori:

(...) El derecho a la tutela cautelar es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional –a través de una cognición sumaria- el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse (Priori, 2016, p. 184).

Son las medidas cautelares las cuales garantizan el cumplimiento de la tutela cautelar, y, a su vez, de la tutela judicial efectiva, y suponen que el sujeto de derecho pueda solicitarlas, obtenerlas y que sean ejecutadas.

En palabras de Priori (2005), se pueden extraer las siguientes consecuencias de la tutela cautelar:

- a) Es un derecho de carácter fundamental, por lo que:

- i) Tiene una doble naturaleza; por un lado, desarrolla una función en el plano subjetivo actuando como garantía del individuo; y, por otro lado, desarrolla una función en el plano objetivo, asumiendo una dimensión institucional al constituir uno de los presupuestos indispensables de un estado constitucional;
 - ii) Es un derecho que vincula a todos los poderes públicos, y el Estado debe respetar dicho derecho; y, cualquier actuación que lesione o amenace tal derecho es un acto inconstitucional;
 - iii) Las normas del ordenamiento jurídico deben interpretarse en el sentido más favorable al derecho de la tutela cautelar;
 - iv) Existe la posibilidad de interponer una demanda de amparo contra cualquier acto que, en concreto, lesione o amenace el derecho fundamental a la tutela cautelar; y,
 - v) No se requiere la existencia de una norma legal para que dicho derecho sea exigible ante los órganos jurisdiccionales.
- b) Es un derecho que corresponde a todo sujeto de derecho.
 - c) Este derecho comprende el derecho de solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares.
 - d) Este derecho garantiza al sujeto de derecho solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares que garanticen, a su vez, la efectividad de la sentencia.
 - e) La medida cautelar que se dicte debe ser oportuna.
 - f) La medida cautelar debe ser dictada a través de una cognición sumaria.
 - g) La medida cautelar debe ser idónea para garantizar la efectividad de la sentencia
- (Priori Posada, 2005, p. 186-191)

1.2.3 Fundamentos de la tutela cautelar

Previo a tratar sobre las medidas cautelares, es necesario analizar los fundamentos de la tutela cautelar. Se ha mencionado que la tutela cautelar es un derecho integrante de la tutela judicial efectiva, derecho de protección, consagrado en la Constitución; consecuentemente, sus fundamentos se hallan en ella. Para Priori (2005), los fundamentos de la tutela cautelar, y, por ende, de las medidas cautelares a través de las cuales la tutela cautelar se hace efectiva, son: **i)** La dignidad humana; **ii)** El estado constitucional; y, **iii)** El respeto del derecho a la tutela judicial efectiva.

La dignidad humana

La dignidad humana ha sido objeto de reflexión filosófica y, en términos generales, su definición dependerá de la concepción filosófica, incluso religiosa, en la que se fundamente. Podría decirse que la definición más usada actualmente es de carácter instrumental y tiene que ver con el trato o respeto debido a las personas por su sola condición de ser seres humanos (Martínez, 2013). Martínez Blullé (2013) expresa: “De la comprensión que se tenga sobre la naturaleza humana deriva el trato que a aquella debe dársele”; de esta forma, la *dignidad* sería precisamente el trato debido en función al ser humano y su naturaleza.

La colocación del ser humano como causa y fin para el desarrollo de derechos, incluso para el establecimiento de instituciones jurídicas, ha variado con el tiempo, debiéndose considerar como antesala evolutiva todos aquellos actos aberrantes cometidos en contra de las personas hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. Precisamente, a raíz de aquello y junto al desarrollo de la modernidad y doctrinas liberales e individualistas, con la

necesidad de encaramar al ser humano, la dignidad humana encuentra su plenitud en el Derecho, con el inicio del proceso de internacionalización de los derechos humanos (Martínez, 2013).

La dignidad humana está íntimamente relacionada con los derechos humanos, debiéndose entender a aquella como la fuente a la cual responden los derechos humanos. Es así que, colocando a la dignidad humana como valor superior dentro del ordenamiento jurídico, toda institución jurídica creada debe obedecerle. Tratándose del *proceso* como una institución, esta también tiene su causa y fin en el respeto a la dignidad humana. Por ende, un proceso que infrinja los derechos humanos, que suponga un retardo injustificado o arbitrario para la realización de justicia en relación a las situaciones jurídicas de las personas, sin ofrecer mecanismos de protección a cambio, es un proceso que no respeta la dignidad humana.

Por ello, la tutela cautelar, a través de las medidas cautelares, sirve de protección ante, sobre todo, este transcurso temporal que agrava el derecho inicial que busca ser tutelado en un proceso.

El estado constitucional

En líneas anteriores se ha hecho mención a que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia. No es suficiente señalar que un estado constitucionalista coloca a la Constitución como norma suprema, dibujando un marco dentro del cual todas las normas infraconstitucionales deben concebirse. Un estado constitucional supone dotar de cierta concepción al estado, donde los derechos humanos son fundamento y fin del mismo y del

orden jurídico; donde la noción de la Constitución es reforzada porque, no solo debe reconocer derechos, sino también garantizarlos plenamente (Cárdenas, 2017, p. 105).

En un estado constitucional, la Constitución es de carácter fundamental e impera por sobre el resto del ordenamiento jurídico. El primer párrafo del artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) señala 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 carecerá de eficacia jurídica” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Según Cárdenas Gracia (2017):

(...) las Constituciones no otorgan o dan derechos humanos a las personas, sino que positivizan derechos humanos que reconoce son inherentes a cada ser humano y son preexistentes al Estado y a la misma Constitución. El ordenamiento jurídico, en su producción, aplicación, interpretación y argumentación, debe ajustarse a las normas superiores del sistema; concebirse conforme al texto constitucional (...), y orientarse a la protección más amplia de las personas bajo los criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. Además, en el Estado constitucional, todas las autoridades del Estado deben promover en sus actuaciones, garantizar, proteger, y en su caso, reparar las violaciones a los derechos humanos;

así como entender que los fundamentos del edificio jurídico son, entre otros, la dignidad humana (...) (p. 107).

Dicho así, los derechos fundamentales no solo deben estar declarados en la Constitución; el estado constitucional debe, además, propender y establecer los medios para la protección de dichos derechos, pues, qué utilidad reportaría ser un estado proteccionista y garantista, sino cuenta con los instrumentos para proteger y garantizar, incumpliendo su fin.

Por ello, justamente, siendo la tutela judicial efectiva como derecho procesal fundamental, y el proceso como medio para el acceso y realización de justicia, estos deben tener como fundamento la eficacia que garantice su cumplimiento; y, esta eficacia es alcanzada a través de las medidas cautelares como parte de la tutela cautelar.

El respeto del derecho a la tutela judicial efectiva

Para la efectividad y ejecución de las resoluciones, resulta necesaria la existencia de ciertos mecanismos, de tal manera que, llegado el momento en el que la sentencia deba producir efectos, pueda hacerlo, y que resulten útiles para la situación jurídica que, como se ha indicado antes, pudo haber sufrido cambios por el transcurso del tiempo que conlleva el proceso. Estos mecanismos, conocidos como medidas cautelares, hallan su fundamento en el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, el cual, a su vez, guarda estrecha relación con el derecho a la efectividad de las resoluciones ya descrito.

En este sentido, Priori (2005) señala que para la doctrina: “La tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución

definitiva que recaiga en el proceso” (p. 181). Si no existen las medidas cautelares, o no fuesen adoptadas, de tal manera que puedan garantizar la efectividad de una sentencia; si esta, al emitirse, no produjese los efectos esperados a la situación jurídica inicial porque esta se ha vuelto irreversible, entonces, se habrá vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

1.2.4 Límites del ejercicio de la tutela cautelar

Entrar a analizar si los derechos pueden ser o no limitados es un terreno delicado. *Prima facie*, podría decirse que la coexistencia de los derechos supone en sí un límite entre ellos para su goce y ejercicio, aunque es conocido que ningún derecho fundamental es superior a otro, de tal manera que todos se encuentran en un mismo nivel jerárquico (Priori, 2005, p. 191). Sin embargo, para garantizar su protección, sobre todo, cuando dos derechos fundamentales están en disputa, bien se ha tenido que recurrir a una estructura ponderativa con base en principios de proporcionalidad, necesidad, adecuación y racionalidad (aunque esta estructura ha presentado diversas objeciones) (Alexy, 2010, p. 9).

En cuanto a la limitación de los derechos fundamentales, Priori (2005) sostiene que estos no pueden ser limitados. Esto no significa que faculden la realización de cualquier acto o conducta; sino, más bien, que estos derechos ya se encuentran delimitados por el texto constitucional –y no una fuente externa-, debido al contenido de los mismos (p. 191). Sin embargo, el mismo autor señala que hay quienes alegan que los derechos fundamentales sí pueden ser limitados (entiéndase, por fuentes externas al mismo derecho), siempre y cuando: **i)** se respete el contenido esencial del derecho (que la limitación no suponga la transgresión del núcleo o esencia propia del derecho); y, **ii)** que exista una proporcionalidad en tal

limitación (que exista una justificación para su limitación y que esta limitación sea razonable) (Priori, 2005, p. 192).

Ahora bien, lo anteriormente dicho puede ser aplicable para limitar derechos procesales fundamentales. Priori Posada (2005) expone:

Los límites a un derecho procesal fundamental vienen impuestos (...) por los otros derechos procesales fundamentales, pues dicho derecho debe necesariamente ser ejercido dentro del ámbito necesario para que el resto de los derechos procesales fundamentales no se vean lesionados o puedan tener una actuación real, más aún si se tratan de derechos de la contraparte, que podrían verse afectados con el uso discrecional de ese derecho. (p. 193)

Refiriéndonos a la tutela cautelar, si esta, al ser un derecho procesal fundamental, se llegase a limitar, habría que contemplar los parámetros previamente señalados, estos son: que se respete su contenido esencial y que exista proporcionalidad en su limitación.

Respecto a la proporcionalidad, esta supone que se responda a ciertos parámetros evaluativos; a saber:

- a) Si el límite impuesto al derecho fundamental a la tutela cautelar tiene una finalidad constitucionalmente legítima ¿Dicha limitación tiene como finalidad proteger un valor constitucional? Evidentemente, si la respuesta es negativa, entonces, la limitación no es constitucionalmente aceptable.

- b) Identificada la finalidad legítima, habrá que verificar si la limitación es adecuada e idónea para logra aquella finalidad. Si la limitación no es adecuada o idónea, entonces, carece de justificación y, por ende, no es constitucional.
- c) Si la limitación es necesaria para lograr la finalidad requerida. Esto implica que no exista otro medio que pueda conseguir la finalidad pretendida y que la única forma de hacerlo sea mediante la limitación del derecho.
- d) Ponderar los daños que la limitación genera y los beneficios obtenidos con ella.
(Priori, 2005, p. 192)

1.2.5 Tutela de urgencia

Cuando el proceso de cognición (principal) resulta estructural y funcionalmente inadecuado, nace la necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia para asegurar una protección efectiva en la oportunidad adecuada (Gozaíni, 2015, p. 363).

Similar fundamento tiene la tutela cautelar y es que esta siempre será de carácter urgente, pero no todo proceso urgente es necesariamente cautelar (Gozaíni, 2015, p. 363). Sin embargo, la tutela urgente posee ciertas características que distan de la cautelar. En la tutela cautelar deben concurrir los presupuestos de: *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, proporcionalidad, y, eventualmente, contracautela; más, en la tutela urgente, aunque se exige también que exista peligro en la demora, no es suficiente con la verosimilitud del derecho alegado, sino que debe existir una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, lo cual explica por qué no es necesaria la contracautela (Gozaíni, 2015).

Podría entenderse, entonces, a la tutela urgente como el género, y a la tutela cautelar como la especie. La doctrina ha puntualizado que la tutela urgente comprende a las medidas cautelares, medidas anticipatorias y a las medidas autosatisfactivas (Gozaíni, 2015, p. 380).

De acuerdo con Osvaldo Gozaíni (2015), las modalidades de la tutela urgente pueden clasificarse de la siguiente manera: Actuación cautelar: i) Medidas asegurativas de prueba, ii) Medidas asegurativas para la ejecución, y iii) medidas provisionales. Actuación urgente: i) Sentencias anticipadas que definen la relación jurídica material (subsidiaria), y ii) Medidas autosatisfactivas (p. 364).

1.3 Sistema cautelar

Como se ha indicado previamente, un sistema cautelar debe permitir a todo sujeto de derecho solicitar, obtener y ejecutar cualquier medida cautelar que sea considerada idónea, para proteger sus derechos, garantizando el derecho a una tutela judicial efectiva.

Durante el siglo XIX, los fines de la tutela cautelar estaban relacionados con la ejecución, es decir, podía constituir un mecanismo que asegurara la ejecución de la sentencia. Por tal motivo, fueron y son consideradas hasta ahora como medidas cautelares típicas el secuestro y el embargo (Priori, 2016, p. 488). Aunque la tutela cautelar es considerada una forma de protección jurisdiccional de derechos, cabe definir los alcances de dicha protección, según los sistemas procesales: amplio o restringido.

Según el sistema que cada ordenamiento jurídico posea, se ha de determinar la facultad de solicitar, obtener y ejercer cualquier medida cautelar que sea necesaria, de manera

amplia; o, en su defecto, la tipificación estricta de dichas medidas (lo cual supondría una limitación al ejercicio del derecho a la tutela cautelar, así como su inconstitucionalidad); y, el alcance de protección de dichas medidas.

Al respecto, cabe precisar que no pueden ser tomadas como sinónimos la *tutela cautelar* y *tutelar preventiva*, ya que ambas responden a distintas necesidades. Giovanni Priori (2016) expresa:

La tutela cautelar responde al peligro de daño jurídico que la demora del proceso puede generar en la efectividad de la tutela del derecho que se pretende en el proceso. En cambio, la tutela preventiva responde al peligro de daño jurídico que pudiera sufrir un derecho a consecuencia de una situación que amenaza un derecho, de modo que el interés para obrar en este caso no surge “del daño sino del peligro de daño jurídico. (p. 489)

Dicho de otra manera, las medidas preventivas tienen como finalidad evitar la vulneración de un derecho y garantizarlo; mientras que las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la efectividad de la tutela del derecho.

1.4 Medidas cautelares

1.4.1 Antecedentes

Los legisladores y maestros italianos del siglo XX han ocupado gran protagonismo en el desarrollo del derecho procesal, el cual ha influido en gran manera en el derecho procesal conocido actualmente.

Hoy en día, el estudio de las providencias cautelares en el mundo Iberoamericano se hace de acuerdo con los lineamientos marcados por Calamandrei en su obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, de la cual sobresalen los siguientes aspectos citados por Alcalá-Zamora y Castillo (s.f.):

- a) a diferencia de Chiovenda, que lo hace de *acción* asegurativa o cautelar y de Carnelutti, que se refiere a proceso, Calamandrei opta por *providencias*;
- b) los caracteres de dichas providencias, o medidas, quedan en la obra perfectamente definidos, a saber: provisionalidad, función preventiva, urgencia, *periculum in mora* e instrumentalidad; c) se delimitan con precisión las verdaderas providencias cautelares, y al deslindarlas respecto de instituciones afines, se excluye que pertenezcan al campo de las primeras, entre otras, las acciones posesorias (...). (Alcalá-Zamora, s.f., págs. 94-95).

No obstante, antes de la obra de Calamandrei, se tenía el ensayo de Agostino Diana de 1905, y las obras de Chiovenda: *Principi di diritto processuale civile* y las *Istituzioni di diritto processuale civile* (Caponi, 2016, p. 178). En la primera obra mencionada de Chiovenda, al momento de enumerar las diversas categorías de “acciones”, se refiere a las *azioni assicurative* (acciones aseguradoras), definiéndolas como “acciones que tienden a la actuación de la ley mediante medidas cautelares o provisorias” (Priori, 2005, p. 182). En ese sentido, Chiovenda citado por Priori (2005) señala que:

El poder jurídico de obtener una de estas providencias es una forma por sí misma de acción (acción asegurativa), y es mera acción, que no puede considerarse como accesorio del derecho cautelado, porque esa existe como poder actual aun cuando no

se sepa que el derecho cautelado exista; y mientras el demandado no tenga ninguna obligación de cautelar antes de la providencia del juez. (pág. 182)

Ya, posteriormente, en su obra *Istituzioni*, Chiovenda citado por Priori (2005) señala que: “Existe, pues también en nuestra ley la figura general de resolución provisional de cautela; y se deja por completo al juez establecer la oportunidad y naturaleza” (Priori, 2005, p. 182).

De esta forma Chiovenda sostenía la existencia de un poder de cautela general que no requería ser previsto en la ley para ser invocado. A esta postura se opuso Calamandrei citado por Priori (2005), quien, por el contrario, sostenía que la ley procesal italiana preveía la existencia de “providencias conservatorias o interinas” o de “providencias de urgencia”, que establecían de qué forma podía ser hecha valer la acción cautelar, bajo ciertas condiciones; mas no que existiera una acción cautelar general e innominada (Priori, 2005). Sostenía además que:

Si en ciertos casos de peligro expresamente considerado por la ley, puede consentirse que la esfera jurídica de aquel contra quien se pide una medida cautelar, sea invadida, y disminuida su libertad, antes de que sea cierta la existencia del derecho alegado por el reclamante, esta invasión y esta disminución no pueden por lo general ocurrir más que a través de una normal cognición completa y definitiva. (Priori, 2005, pág. 182)

Por ello, sostenía que las providencias cautelares debían ser *iure condito* (excepcionales), y que se debían dictar a través de una *plena cognitio*, pues, a Chiovenda preocupaba que la duración del proceso lograra lesionar o amenazar el derecho del actor;

más, lo que preocupaba a Calamandrai era que las medidas cautelares se dictaren a través de una *summaria cognitio*, donde el derecho que se pretende tutelar aún no ha sido reconocido por la autoridad judicial, y donde el demandado ha tenido poca o nula posibilidad de defensa.

1.4.2 Conceptos y finalidades

Históricamente y hasta la actualidad han sido algunas las denominaciones que se le han atribuido a las *medidas cautelares*, en razón a su concepción y finalidad. No obstante, para efectos de la presente investigación se usarán los términos *medidas cautelares*.

Previo a desarrollar las distintas denominaciones otorgadas a las medidas cautelares, es necesario estudiar su naturaleza jurídica. “Pueden representar el ejercicio simple de una acción procesal; plantearlo como una pretensión dentro del conjunto de pretensiones; analizarlo como proceso independiente, resolverlas como simples providencias (,,,)” (Gozaíni, 2015, p. 360). Pero en esta sección, se pretende distinguir las medidas cautelares de entre sus varias denominaciones, de acuerdo a la finalidad que cumplan.

Ya se había indicado que Chiovenda las entendió como *acción*, postura que fue fuertemente criticada. Como pretensión y peticiones procesales extracontenciosas son entendidas por Palacio en coincidencia con Guasp. Mientras que Calamandrei las entiende como providencia particular y específica, distinta a cualquier otra providencia que pueda emitir el poder judicial; y, además, sostiene que estas no pueden ser entendidas como un proceso como tal debido a que este no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado (Gozaíni, 2015, p. 360-361).

Oponiéndose a la postura de Chiovenda (citado por Gozáni, 2015), no acepta que se las categorice como acción:

No solo porque, concibiéndose la acción como el poder de provocar un acto jurisdiccional con determinados efectos, es el contenido de la providencia jurisdiccional el que puede servir para definir los varios tipos de acción y viceversa; sino también porque si se presentasen casos en los que existiese una providencia a la que no correspondiera una acción, estos no podrían encontrar adecuada colocación sistemática en una clasificación que se limitase a encuadrar los varios tipos de providencia jurisdiccional en el campo de los varios tipos de acciones. (p. 361)

Ahora bien, se ha mencionado que gran parte de la acepción de las medidas cautelares conocidas hoy en día ha sido influenciada por el criterio de Calamandrei; así, estas medidas cautelares son concedidas en providencias, que, aunque, según la doctrina, no ocupen un espacio específico entre las demás clases de providencias, ni que se distinga si son de carácter cognitivo o de ejecución, son representativas de la actividad jurisdiccional con la finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia y su ejecución.

Se ha discutido también si las medidas cautelares responden a un proceso cautelar autónomo. En tal sentido, lo cautelar tiene carácter de preventivo. El Diccionario Panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española define las medidas cautelares como:

Instrumento procesal de carácter precautorio que adopta el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de las partes, con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el proceso (Real Academia Española, 2020).

Es decir, las medidas cautelares previenen el daño que podría devenir de la demora en la emanación de una sentencia, garantizando su efectividad y ejecución. Las medidas cautelares son instrumentales. Jaime Grief (2002) expresa:

Las medidas cautelares son instrumentales, esto es, carecen de un fin en sí mismas porque su existencia depende de la pendencia de un proceso principal al que aseguran, con el propósito de obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia a dictarse en éste. (p. 307-308)

Si bien podría existir un procedimiento desde la solicitud de las medidas cautelares hasta su obtención y ejecución, entendido como la secuencia lógica de pasos para lograr un fin, lo cierto es que estas medidas no pueden entenderse como autónomas, pues, su objeto está vinculado al resultado de un proceso principal, de tal manera que no podrían cumplir su finalidad si no existiera tal proceso principal. Son entonces el medio para que otro medio, como lo es el proceso, funcione eficazmente. En palabras de Calamandrei (citado por Gozáni, 2015), las medidas cautelares son “instrumento del instrumento” (p. 363).

1.4.2.1. *Concepciones: restringida o tradicional vs. extensiva o dinámica*

Se ha mencionado que las medidas cautelares son de carácter instrumental, toda vez que su razón de ser es originada por un proceso cuya eficacia pretende garantizar. Consecuentemente, las medidas cautelares no buscan tutelar de manera directa los derechos e intereses de los justiciables, ya que para aquello está el proceso, sino de una manera inmediata, claro está, no recayendo sobre la favorabilidad o no respecto a la existencia del derecho que se exige (pues, no busca reemplazar a la resolución definitiva), sino recayendo sobre la efectividad de dicho resultado, respecto a la existencia del derecho exigido, en caso de que sea favorable para el accionante.

Lo referido responde a la concepción tradicional del proceso cautelar, que dista de la concepción extensiva o dinámica de la cual devienen otras medidas urgentes de tipo autosatisfactivas, lo cual da paso a que la instrumentalidad de las medidas sea entendida en una concepción más amplia, sin volverlas completamente autónomas.

Un clásico ejemplo de la instrumentalidad de las medidas cautelares, que actúan para garantizar la efectividad de la resolución del proceso principal, es aquel donde se intentan asegurar que los bienes del demandado no salgan de su patrimonio para que, en lo posterior, no sea frustrada la ejecución de la sentencia. Sin embargo, también existen medidas que buscan una anticipación de la sentencia (no su reemplazo, precisamente), como las denuncias de obra nueva y daño temido, alimentos provisorios, etcétera (Bordalí, 2001, p. 54).

Respecto a estas últimas, Calamandrei (citado por Bordalí, 2001) señalaba que también se tratarían de medidas cautelares, porque:

Si bien constituyen una decisión anticipada sobre el mérito, ellas son siempre provisorias, destinadas por tanto a durar hasta que a esa decisión no se le sobreponga una decisión definitiva, obtenida en el proceso ordinario. Los efectos de la providencia cautelar, en estos casos, cuando sobreviene la definitiva, están destinados a caer, a extinguirse, aun cuando la decisión definitiva se limite a reproducir lo fallado cautelarmente, porque la decisión definitiva opera siempre como decisión ex novo de la relación controvertida y nunca como mera convalidación de la providencia cautelar. La relación instrumental en estos casos consistiría en que la decisión cautelar es considerada provisorio, a la espera de una decisión definitiva. (pág. 55)

En este caso estamos hablando de dos medidas que, a criterio de Calamandrei, ambas son cautelares. Las primeras (propiamente cautelares) son preventivas; mas, las segundas son de carácter anticipatorio. Al respecto, Pérez Ragone (citado por Bordalí, 2001) ha señalado que ambas pertenecen al género de tutela de urgencia, pero son en sí entidades diferentes (p. 54).

Para Pérez Ragone, citado por Bordalí (2001):

La tutela cautelar, por sus notas de instrumentalidad, tiende siempre a amparar un resultado útil del contenido de una sentencia de mérito futura. Sin embargo, la necesidad de efectividad de tutela de los derechos ha tenido como resultado una desfiguración de la tutela cautelar, al incluir, por ejemplo, como manifestación de esa tutela cautelar, los alimentos provisorios. La medida cautelar tiende a asegurar la eficacia útil de una

resolución venidera, pero, en ningún caso, a anticipar directamente en el plano sustancial el efecto de esa resolución; si bien en ambos casos se estaría en la “provisoriedad”, simplemente por no tener *res iudicata*, es posible visualizar que en un caso se puede haber quitado a uno, pero no dado a otro (tutela cautelar), pero en el otro, se quitó a uno y se hizo a su vez una atribución al requirente (tutela anticipatoria). Por qué hablar de tutela cautelar en estos casos –se pregunta este autor–, donde no habría tal cautelaridad (p. 54).

Por su parte, las medidas autosatisfactivas son aquellas que pretenden dar una solución urgente y autónoma a la situación jurídica deducida en el proceso; pero, desde el punto de vista tradicional, no podrían ser consideradas como medidas cautelares porque al agotarse en sí mismas, carecen del carácter de instrumental (Bordalí, 2001). Así, dentro de aquellas podrían encontrarse los procesos posesorios o una tutela inhibitoria que impida que sobrevenga una lesión a un derecho o que obligue a cesar inmediatamente una actividad lesiva del derecho; estas no podrían ser consideradas tutelas cautelares (Bordalí, 2001).

Sin embargo, dentro de una concepción más extensiva, o dinámica, de la tutela cautelar, las medidas autosatisfactivas también podrían ser consideradas como medidas cautelares. Desde esta concepción más amplia, las medidas autosatisfactivas serían también cautelares, con la concurrencia de los presupuestos previamente revisados: *periculum in mora*, *fumus boni iuris* (aunque, en este caso, como se ha revisado previamente, con un grado superior de exigencia), proporcionalidad, y, eventualmente, contracautela; mas, no sería obligatorio que el beneficiario de tales medidas deba iniciar un proceso principal posterior, o, incluso, que este exista antes de la solicitud de las medidas (Bordalí, 2001).

Un buen ejemplo expuesto por Bordalí (2001) es:

Una persona le pide al tribunal que prohíba que su imagen corporal sea utilizada en una propaganda comercial que ella no ha autorizado, a fin de tutelarla en su derecho a la imagen. Para que ese derecho a la imagen sea tutelado por la sentencia del juez se requiere que la lesión no llegue a concretarse o, en todo caso, que cese inmediatamente. Al demandante no le interesa que, por sustitución y en lo principal, se le indemnicen los perjuicios, sino que su imagen le sea respetada por el demandado. Pero en este caso, lograda la inhibición de la conducta del demandado, se habrá satisfecho su derecho, puesto que la sentencia se ha podido cumplir en sus propios términos. Pero ahora se hace completamente innecesario que esa persona que obtuvo la tutela de su derecho a la imagen inicie un proceso posterior, ya que carece de todo interés en iniciarlo. Por el contrario, el demandado podrá, ocasionalmente, estar interesado en iniciar otro proceso de cognición plena y exhaustiva a fin de revertir lo decidido por el tribunal que tuteló el derecho a la imagen del demandante. Ese sería el sentido de entender la tutela cautelar “dinámicamente”. (p. 57)

Lo que propone esta concepción, entonces, es entender a la instrumentalidad, no solo en relación a la existencia necesaria de un proceso principal, sino a hacer posible o facilitar la tutela judicial.

1.4.2.1. *Sistemas procesales respecto de las medidas cautelares*

Respecto a las medidas cautelares, Giovanni Priori (2016) expone que tradicionalmente los sistemas procesales que las integraban y regulaban podían clasificarse en dos: un sistema restringido; y, un sistema amplio.

En el sistema restringido la ley establece específicamente cuáles son las medidas cautelares que pueden ser dictadas por el juez. Por su parte, en el sistema amplio, el juzgado puede conceder las medidas cautelares, considerando la oportunidad, idoneidad y proporcionalidad, sin estar limitado por lo establecido en la ley (Priori, 2016). Priori (2016) señala que en este último sistema se distinguen dos modelos: uno en el que el ordenamiento jurídico contempla una sola norma de permisión general; y, otro, donde la ley regula varias medidas cautelares y, además, establece una norma general y complementaria, a fin de que el juez, a su sana crítica, pueda conceder las medidas que estime necesarias y convenientes. No obstante, por las consideraciones expuestas acerca de las medidas cautelares y el derecho a la tutela cautelar, dichos sistemas resultan inconstitucionales; siendo aquel constitucionalmente admisible, el que permita, de manera absolutamente amplia, solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares (p. 485).

1.4.3. Presupuestos del derecho a la tutela cautelar

La tutela cautelar tiene una doble naturaleza; por una parte, “desarrolla una función en el plano subjetivo, actuando como garantía del individuo; y, por otro, desarrolla una función en el plano objetivo, asumiendo una dimensión institucional al constituir uno de los presupuestos indispensables de un estado constitucional” (Priori, 2005, p. 185).

Dicho derecho permite la efectividad de la tutela judicial ante el peligro que el tiempo que demora el proceso puede generar; y, permite la efectividad de la sentencia, a través de las medidas cautelares. Siendo tal que la tutela cautelar se expresa a través de las medidas cautelares, desde una concepción extensiva, estas deben reunir los siguientes presupuestos:

Periculum in mora (peligro en la demora).

Comprende el peligro del daño marginal que podría devenir de la demora del proceso. Calamandrei (citado por Proaño, 2013), quien, sobre este presupuesto, indica:

El *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es específicamente el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario (p. 11).

Fumus boni iuris

Este aforismo quiere decir la forma de buen derecho. Este presupuesto no exige la existencia del derecho sino la pretensión del mismo, pues, no es necesario que se pruebe el derecho para que proceda la medida cautelar; en tal caso, la prueba aportada por el accionante, así como los fundamentos de hecho, cumplen una función informativa. Por el contrario, el juez no ha de realizar un examen exhaustivo para tener la certeza de la existencia

del derecho, sino un examen superficial (*summaria cognitio*) sobre la probabilidad y verosimilitud de la existencia del derecho.

Sobre este requisito, el profesor argentino Jorge Kielmanovich (citado por Proaño, 2013) expresa:

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 que sólo se logrará al agotarse el trámite. (p. 12)

Adecuación o proporcionalidad.

En los términos de Priori citado por Obando (2013), este presupuesto comprende “una idoneidad entre la medida cautelar solicitada y el objeto de la tutela, así como una proporcionalidad entre el sacrificio que implicaría y la particular tutela que se pretenda” (p. 392).

Contracautela.

Cabe señalar que este es un presupuesto contingente. Este consiste en una caución, y busca, de cierta manera, igualar la condición de las partes, entre quien solicita la medida cautelar y quien se ve afectado por la misma, de tal manera que a este último le sea resarcido cualquier posible daño; contrarrestando, a su vez, la falta de contradicción u oposición inicial al proceso cautelar (Sartori, s.f., p. 4).

En otras palabras, es el reaseguro del sujeto pasivo de la medida cautelar. Con ella obtiene una relativa seguridad respecto a los daños hipotéticos que podrían surgir si la medida ordenada fuera sin derecho o abusiva (Gozáini, 2015, p. 366).

Uno de sus fundamentos se halla en el equilibrio que las partes deben conservar en el proceso, frente a la medida cautelar que se decreta con base en una *summaria cognitio*, que no permite ejercer a plenitud el derecho de contradicción que ostenta la otra parte.

“Es una condición previa a la ejecución de la medida, no así de su admisibilidad y procedencia. Viene a importar, una limitación impuesta al juez para que, antes de efectivizar la medida cautelar, disponga el cumplimiento estricto de la contracautela” (Gozáini, 2015, p. 367).

1.4.4. El derecho a la tutela cautelar y su relación con el derecho a la defensa

Reiteramos en que el derecho a la tutela cautelar es parte del derecho fundamental procesal de la tutela judicial efectiva. Siendo uno de los presupuestos de la tutela cautelar el peligro que supone la demora del proceso hasta obtener una sentencia, esta opera de tal manera que a través de una cognición sumaria se garantice la efectividad de la resolución; cognición donde el juzgador revisará, además, del peligro en la demora, la verosimilitud de la existencia del derecho. Como se ha manifestado previamente, el juzgador no ha de efectuar un examen exhaustivo, hacerlo así supondría tomar el mismo tiempo que el proceso principal puede tomar, haciendo infructuosa y carente de sentido la naturaleza de las medidas cautelares; y, que tal el examen reemplace el análisis del proceso principal, pues, supondría un juicio valorativo que es propio de este.

Ante tal cognición sumaria, al no existir una declaración de la existencia del derecho, el demandado –o contra quien se pretende establecer la medida- podría verse limitado y vulnerado.

Ante esto Calamandrei observaba que tal limitación dentro de una *summaria cognitio* suponía una injerencia a la libertad del demandado; por lo que la concesión de una medida cautelar, bajo los presupuestos ya explicados, solo se debía dar bajo una *plena cognitio* (Priori, 2016).

Por otra parte, se ha podido observar que uno de los presupuestos contingentes (es decir, que puede concurrir o no) para que procedan las medidas cautelares, es la contracautela, entendida como la caución, sea esta personal o real, que proporcione el solicitante de las medidas.

El derecho a la defensa está consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador y contempla algunas garantías básicas para su ejercicio. Este derecho comprende: a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; a presentar sus argumentos y a replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; ser juzgado por un juez imparcial y competente; a obtener resoluciones motivadas; a recurrir las resoluciones, entre otros (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En un proceso cautelar, en el que no existe un examen profundo sobre las pretensiones del actor en lo principal, el derecho a la defensa de quien se viese afectado por las medidas se ve limitado. He aquí donde ambos derechos deben ser ponderados, para

establecer reglas que permitan la limitación de un derecho frente al otro de una manera razonable y necesaria.

En Ecuador, el Código de Procedimiento Civil (2005) establecía, aunque no de manera muy estructurada, un pequeño juicio para la resolución de providencias preventivas. En tal sentido, el artículo 902 señalaba:

Art. 902.- Presentada la demanda sobre secuestro, retención o prohibición de enajenar bienes raíces, el juez, si se hubiesen acompañado las pruebas respectivas, lo decretará provisionalmente; y en el mismo auto recibirá la causa a prueba, por el término común de tres días, expirado el cual dará la resolución correspondiente, sin otra sustanciación.

Si se trata de secuestro de bienes raíces, no se lo ordenará sino después de expirado el término probatorio, caso de que las pruebas den fundamento para ello.

La citación del auto de prueba se hará en la misma forma que en el juicio ejecutivo.

Ninguna de las partes podrá presentar más de cuatro testigos. (Código de Procedimiento Civil, 2005)

De esta forma el deudor o demandado era citado y, además, podía presentar pruebas de descargo para evitar la imposición definitiva de las providencias preventivas. Por su parte, el artículo 904 del mismo código señalaba:

Art. 904.- El acreedor vencido en estos juicios será condenado en costas, daños y perjuicios. El deudor será también condenado en costas, si hubiere litigado con temeridad o mala fe. (Código de Procedimiento Civil, 2005)

Entonces, había oportunidad para que el deudor litigara, es decir, ejerciera su derecho a la defensa. Dogmáticamente, los procesos cautelares son de carácter urgente, y se efectúan a través de una *summaria cognitio*, por lo que entre más tiempo conlleven, menos utilidad y razón de ser tienen. Por ello, con el Código procedimental del 2005 este proceso procuraba desarrollarse de manera rápida, tanto así que no se esperaba al cierre del término probatorio para la concesión de la medida ya que esta, desde la presentación de la demanda, era decretada de manera provisional.

Actualmente, el Código Orgánico General de Procesos prevé un procedimiento para la concesión de tales medidas, tomando como referencia las reglas del código procedimental precedente. También en él se permite la defensa del deudor, y se pretende que este derecho sea ejercido en audiencia y pudiendo recurrir a la providencia; aunque, como más adelante se observará, dicho cuerpo normativo es poco claro y posee vacíos procedimentales.

1.4.5. Medidas cautelares en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Las medidas cautelares no se limitan al ámbito procesal civil dentro del ordenamiento jurídico; dicha institución también corresponde al ámbito procesal penal, constitucional y administrativo.

El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (2014) no establece una definición de las medidas cautelares, y en su artículo 519 establece las finalidades de las medidas cautelares, señalando que:

La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
4. Garantizar la reparación integral a las víctimas (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

El mismo cuerpo normativo establece desde su artículo 522 hasta el artículo 557 las modalidades de medidas cautelares, según su finalidad; el sujeto procesal del cual se trate; o sobre bienes de los procesados.

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) en su artículo 26, refiriéndose a las medidas cautelares, señala:

Art. 26.- Finalidad. - Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Por su parte, el Código Orgánico Administrativo (2017) en su artículo 189 establece las siguientes medidas cautelares:

Art. 189.- Medidas cautelares. - El órgano competente, cuando la ley lo permita, de oficio o a petición de la persona interesada, podrá ordenar medidas cautelares, pudiéndose adoptar las siguientes:

1. Secuestro.
2. Retención.
3. Prohibición de enajenar.
4. Clausura de establecimientos.
5. Suspensión de la actividad.
6. Retiro de productos, documentos u otros bienes.
7. Desalojo de personas.

8. Limitaciones o restricciones de acceso.
9. Otras previstas en la ley (Código Orgánico Administrativo, 2017).

1.5. Providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos

La norma procedimental civil ecuatoriana prevé la institución de *providencias preventivas*, a diferencia de las anteriores normas que prevén *medidas cautelares*.

Acerca de las providencias preventivas, el Código Orgánico General de Procesos (En adelante COGEP) las regula en su Título III, desde el artículo 124 al artículo innumerado siguiente al 133. El Código no señala una definición acerca de las providencias preventivas; creeríamos que, por la naturaleza de la norma adjetiva, esta se limita a establecer cuáles son esas providencias y cuándo deben proceder.

1.5.2. Tipos de providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos

Secuestro

El secuestro consiste en una medida de orden judicial, mediante la cual se pretende despojar de manos del deudor el bien que se debe, para ser entregado a un depositario judicial (Macay, 2019).

El COGEP establece que podrá ordenarse como providencia preventiva el secuestro de bienes y sus frutos, en los casos en que se tema su deterioro; así como los de bienes inmuebles, y tiene una finalidad conservativa (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

Retención

Esta medida busca impedir que el deudor disponga libremente de sus bienes, créditos o rentas que sean de su propiedad y se hallen en poder de un tercero. Tiene una finalidad aseguradora.

Prohibición de enajenar bienes inmuebles

Esta medida imposibilita al deudor de poder disponer de sus bienes inmuebles, de tal manera que no pueda transferirlos o gravarlos en detrimento de sus acreedores.

Arraigo

Esta medida tiene el objeto de evitar que el deudor se ausente del país u oculte. El COGEP prevé tres requisitos para la procedencia de esta providencia: la existencia del crédito; que el deudor sea extranjero; y, que este no tenga bienes raíces suficientes en el país (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO

2.1. Metodología de la investigación

“La metodología de la investigación científica es aquella ciencia que provee al investigador de una serie de conceptos, principios y leyes que le permiten encauzar de un modo eficiente y tendiente a la excelencia el proceso de la investigación científica” (Cortés & Iglesias, 2004, p. 8), siendo que la “investifación científica está encaminada a profundizar el conocimiento de un proceso ya sea teórico, práctico o teórico-práctico (...)” (Cortés & Iglesias, 2004, p. 8). En el presente trabajo se ha empleado fuentes teóricas primarias y secundarias, así como referencias prácticas, que permitan el contraste entre ellas. Así mismo, se ha recurrido a los métodos sistemáticos jurídico-comparado; jurídico-dogmático; y, jurídico-doctrinal, los cuales, mediante un análisis deductivo, permitirán concluir acerca de la eficacia de las providencias preventivas tipificadas en el COGEP.

2.1.1. Método analítico

A juicio de Andrés Rodríguez y Alipio Pérez (2017), este método hace referencia a dos procesos intelectuales inversos que operan en unidad: el análisis y la síntesis, y señalan que:

El análisis es un procedimiento lógico que posibilita descomponer mentalmente un todo en sus partes y cualidades, en sus múltiples relaciones, propiedades y componentes. Permite estudiar el comportamiento de cada parte. La síntesis es la operación inversa, que establece mentalmente la unión o combinación de las partes

previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad. (p. 186)

El análisis de la información posibilita descomponerla en busca de lo que es esencial en relación con el objeto de estudio, mientras que la síntesis puede llevar a generalizaciones que van contribuyendo paso a paso a la solución del problema científico (...). (Rodríguez & Pérez, 2017, p. 187).

2.1.2. Método deductivo

Mediante este método, “se organizan hechos conocidos y se extraen conclusiones mediante una serie de enunciados, conocidos como silogismos, que comprenden: la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión” (Rodríguez & Pérez, 2017, p. 88). Mediante este método se pasa de un conocimiento general a otro de menor nivel de generalidad, lo cual permite arribar a nuevas conclusiones para casos particulares (Rodríguez & Pérez, 2017).

2.1.3. Método histórico jurídico

Este método implica el estudio de los inicios, antecedentes y evolución de las instituciones jurídicas sujetas a análisis. Este método permite conocer la razón de ser y fundamento de los fenómenos, influidos en gran manera por su contexto sociocultural.

Jiménez (2016), citado por Macay (2019), ha señalado que este método “es el desarrollo cronológico del saber, sustentado en la experiencia de los tiempos. Por ello, en el

campo del derecho el conocimiento pleno de las instituciones jurídicas, solo es posible si se considera su evolución histórica” (Macay, 2019, p. 41).

2.1.4. Método jurídico doctrinal

Este método de investigación tiene la influencia del pensamiento kelseniano, quien pretendía en dar a conocer y crear un conocimiento propio del Derecho que pueda llamarse ciencia, intentando separar al Derecho de otro tipo de normas, tales como las morales y religiosas, incluyendo, su separación de otras disciplinas como la sociología y la ética (Sánchez Zorrilla, 2011).

Este método de investigación tiene dos niveles: el primero es hermenéutico, el cual permite interpretar leyes, jurisprudencias, e incluso las hermenéuticos realizadas por otros juristas; y, el segundo nivel que corresponde al teórico-dogmático (Sánchez Zorrilla, 2011).

2.1.5. Método jurídico comparado

En palabras de Macay (2019), el método jurídico comparado “comprende la observancia de ordenamientos jurisprudenciales desde otros ámbitos y sus respectivos efectos en cuanto a la aplicación de las normas” (p. 44). Este método, con base en el estudio de un mismo elemento desde distintos ordenamientos jurídicos, permite contrastar cómo dichos ordenamientos dan respuesta a problemas relativamente similares.

2.2. Tipo de investigación

Al hacer referencia al tipo de investigación de un texto técnico o científico, estamos hablando de la forma de dicho texto, según ciertas variables de estudio; de esta manera, podría tratarse de una investigación de tipo *documental o de campo; cuantitativa o cualitativa; exploratoria, descriptiva o explicativa; histórica, descriptiva-actual o experimental; transversal, longitudinal o transaccional; de laboratorio, de campo o bibliográfica; experimental, no experimental o cuasiexperimental; pura o aplicada* (Villabella, 2015, p. 162), entre otros.

De acuerdo a Villabella (2015), según el objeto de estudio, la investigación puede ser teórica, empírica o mixta.

La investigación teórica es aquella que tiene por estudio objetos abstractos, aquellos que no pueden percibirse sensorialmente, y cuyos componentes principales para estudio son datos indirectos, no tangibles, teniendo como fin la reconstrucción del núcleo teórico de la ciencia (Villabella, 2015).

Por su parte, la investigación empírica o de campo estudia objetos o fenómenos perceptibles. Permite la interacción directa del sujeto con el objeto del estudio, teniendo como propósito establecer patrones de comportamiento, generalizaciones, o dominar las cualidades intrínsecas del fenómeno y comprenderlo (Villabella, 2015).

La investigación mixta es aquella en la cual, en un mismo estudio, se “trabaja sobre teoremas, conceptos, principios o leyes y a la par estudia empíricamente el objeto” (Villabella, 2015, p. 162).

Así mismo, según Danhke (1986), citado por Deymor B. Centty Villafuerte, los tipos de estudio, según su grado de profundización, se dividen en exploratorios, descriptivos, correlacionales y explicativos. Esta clasificación resulta de gran importancia ya que permitirá definir la estrategia de la investigación.

“Los estudios exploratorios se efectúan cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes (...) Los estudios exploratorios sirven para familiarizarse con fenómenos relativamente desconocidos” (Cortés & Iglesias, 2004, p. 20). Por su parte, los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que sea objeto de análisis (Cortés & Iglesias, 2004).

Los estudios correlacionales tienen como propósito evaluar la relación entre dos o más conceptos, categorías o variables. En el caso de estudios correlaciones cuantitativos se mide el grado de relación entre dos o más variables que intervienen en el estudio para luego medir y analizar esas correlaciones y evaluar sus resultados (Cortés & Iglesias, 2004).

Por último, los estudios de tipo explicativos están dirigidos a efectuar relaciones de causa y efecto (Cortés & Iglesias, 2004).

El presente estudio es de carácter teórico – descriptivo, pues, tiene como objeto de estudio de la tutela cautelar como derecho fundamental e institución jurídica, siendo nuestra materia prima los conceptos, fundamentos, principios y teoremas, que permitan definir y

conocer sus características más relevantes a fin de comprender su naturaleza y eficacia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Tabla 1. Cuadro metodológico

Doctrina General	Teoría sustantiva	Referentes empíricos, modelos, métodos e instrumentos	Unidades de Análisis
		Referentes empíricos	Macay, 2019. Jaramillo, 2020. Parrales, 2019. Pérez, 2010.
La tutela efectiva de los derechos y el proceso	Ineficacia de las providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos	Derecho Comparado	Bolivia y Colombia
		Análisis de contenido normativo	<ul style="list-style-type: none"> Art. 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, artículo innumerado siguiente del artículo 133 del Código Orgánico General de Procesos.
		Precedentes judiciales	Providencias preventivas con el COGEP
		Encuesta	10
		Entrevista	-
		Estudio de casos	-

2.3.1. Derecho comparado

Proceso cautelar en el Código Procesal Civil boliviano

En Bolivia, el proceso cautelar está regulado a partir del artículo 310 del Código Procesal Civil boliviano (en adelante CPCb), incorporando la institución de medidas

cautelares. Dichas medidas, señala el mencionado artículo, podrán solicitarse antes de la presentación de la demanda o durante la sustanciación del proceso.

El CPCb otorga ciertas facultades a la autoridad judicial para limitar, modificar, sustituir o cesar la medida ordenada, según las circunstancias. En tal sentido, el artículo 314 señala que:

I. La autoridad judicial tendrá las siguientes facultades:

1. Para evitar perjuicios innecesarios, podrá limitar la medida cautelar solicitada o disponer otra diferente o menos rigurosa si lo estimare suficiente para la protección de los derechos.

2. Señalar su alcance.

II. Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. La autoridad judicial de oficio o a petición de parte, podrá disponer su modificación, sustitución o cese, en razón de la mejor protección de los derechos (Código Procesal Civil, 2013).

El artículo 315 del CPCb señala que estas medidas podrán decretarse sin audiencia de la otra parte; ningún incidente u observación planteadas por el cautelado podrá impedir la ejecución de la medida (Código de Procedimiento Civil, 2005). Esta regulación parece limitar el derecho a la defensa del cautelado mientras se ordena la medida cautelar; y, aunque permite su oposición después de impuesta, dicha oposición no impide la ejecución de la medida.

La autoridad judicial deberá resolver de manera fundamentada la admisión o rechazo de la medida, con base en la valoración de la prueba aportada, debiendo considerar la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y proporcionalidad de la medida.

El CPCb determina la existencia de medidas provisionales y anticipadas, las cuales pueden ser dispuestas de oficio o a petición de parte. El primer inciso del artículo 316 de dicho Código señala que:

La autoridad judicial podrá disponer las medidas provisionales que correspondan o en su caso, anticipar la realización de determinadas diligencias para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, un perjuicio grave o de difícil reparación, o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo (Código Procesal Civil, 2013).

El CPCb prevé las medidas cautelares genéricas y las medidas cautelares específicas, de tal manera que podemos observar la existencia de un sistema mixto, pues, por una parte, faculta la solicitud e imposición de medidas que se consideren necesarias, sin perjuicio de ciertas otras medidas específicas. Respecto a las primeras establece que:

“(…) quien tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que según las circunstancias, fueren las más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia (Código Procesal Civil, 2013).”

Cabe efectuar el siguiente análisis, el código procedimental boliviano prevé en el mismo Título acerca del proceso cautelar, tanto a las medidas provisionales y anticipadas, como a las medidas cautelares (genéricas y específicas), y señala el propósito de cada una de ellas, diferenciándolas entre sí.

Recordemos la diferenciación doctrinaria que efectúa Calamandrei entre la tutela cautelar y la cautela preventiva. Bajo tal contexto, podría decirse que las medidas provisionales y anticipadas establecidas en el CPCb son aquellas que, según la doctrina revisada, responden a la tutela cautelar; mientras que las medidas cautelares responden a la tutela preventiva.

Proceso cautelar en el Código General del Proceso colombiano

El Código General del Proceso colombiano (en adelante CGPco) comprende un sistema cautelar mixto regulado en el Libro IV denominado “Medidas cautelares y cauciones”.

El sistema procesal del CGPco es más restrictivo, pues, limita las medidas cautelares que pueden ordenarse según las causas o tipos de procesos que se ventilen. María Bolívar (s/f) señala que estas medidas en los procesos declarativos son más restrictivas:

“(…) debido a la incertidumbre que existe acerca del derecho que se encuentra en debate, pues bien, en efecto puede resultar afectado el demandante si no se decreta la medida cautelar, pero igualmente puede

resultar afectado el demandado, al finalizar el proceso debido a que no existía violación de ningún derecho (Bolívar, s/f).”

De igual manera, se ha previsto en procesos de familia, tales como nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de bienes, y disolución y liquidación de sociedad conyugal.

El CGPco prevé medidas cautelares nominadas, aunque en su artículo 590, literal c), primer inciso, respecto a las medidas que pueden ordenarse en procesos declarativos, señala:

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión (Código General del Proceso, 2012).

Jairo Parra Quijano, citado por María Bolívar (s/f), quien, en su texto Medidas cautelares innominadas, señala las especies de este tipo de medidas, las cuales son inhibitorias; las de prohibición de innovar; y, las medidas cautelares anticipadas.

Puede observarse que el CGPco ha intentado hallar un equilibrio entre la afectación del demandante o solicitante, a causa del peligro de la demora en el proceso, lo cual ocasionaría una posible ineffectividad de la sentencia, y la afectación del cautelado o demandado al verse limitado por una medida cautelar derivada de un derecho cuya certeza aún no existe. El Código colombiano claramente plasma la contraposición de posturas de los juristas italianos

Chiovenda y Calamandrei; no obstante, a criterio de los doctrinarios, un sistema restrictivo o mixto es antónimo de la constitucionalidad del derecho a la tutela cautelar.

2.3.2. Análisis de los artículos del Código Orgánico General de Procesos respecto a las providencias preventivas.

A continuación, se analizarán los artículos 124 al 133 y el artículo innumerado siguiente del Código Orgánico General de Procesos, en relación a las providencias preventivas.

Cabe destacar, en primer lugar, la naturaleza de estas providencias. No son consideradas como una clase más de providencias, según el artículo 88 del COGEP, que las clasifica en: sentencias y autos, y estos últimos, a su vez, en interlocutorios y de sustanciación.

El artículo 132 del COGEP señala que las providencias preventivas son susceptibles de apelación con efecto no suspensivo, es decir, se cumple con lo ordenado en la providencia, hasta que el respectivo Tribunal resuelva el recurso interpuesto.

Toda vez que, de acuerdo al artículo 256 del COGEP, solo pueden ser impugnadas las sentencias y autos interlocutorios dictados en primera instancia; consecuentemente, las providencias preventivas son autos interlocutorios y no de sustanciación.

Bajo esta premisa, y, si fuese posible otorgar una definición a las providencias preventivas a la luz del COGEP, estas serían definidas como providencias que resuelven

cuestiones procesales; en este caso, asuntos que aseguren la efectividad de la sentencia que resuelve lo principal.

El COGEP establece las siguientes providencias preventivas: secuestro, retención, arraigo, prohibición de enajenar, y aquellas aplicables a materia de propiedad intelectual, estableciendo también su procedencia y requisitos. Sin embargo, observamos que estas son medidas, propiamente dichas, aunque la resolución sobre su concesión sea mediante providencia. No obstante, en esta sección se usará *providencia preventiva* en los términos del COGEP.

La redacción de los artículos sujetos a análisis parece ser desordenada. En cuanto a la procedencia de las providencias preventivas, el COGEP no es totalmente claro, pues, señala en su artículo 124 que:

Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de las cosas sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito. El secuestro o la retención se solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Este artículo determina: **i)** cuándo pueden solicitarse las providencias preventivas (antes de presentar la demanda y dentro del proceso); **ii)** quién puede hacerlo (cualquier persona); y, **iii)** quién es el juez competente para conocer y resolver (el de primera instancia).

Sin embargo, no determina hasta qué momento pueden solicitarse, y limita a que se trate del secuestro y la retención.

Respecto al primer punto, diversos autores critican que estas medidas se soliciten “dentro del proceso”; pues, a pesar del carácter instrumental de las medidas cautelares, el COGEP las expone como una diligencia a realizar dentro del proceso, cuando, seguramente, la intención del legislador era precisar que estas se pueden solicitar aún durante el proceso.

Por otra parte, se considera que la conjunción copulativa “y” entre “antes de presentar su demanda” y “dentro del proceso”, supondría que antes y durante el proceso puedan solicitarse y concederse algunas de las providencias preventivas, siempre que reúnan los requisitos establecidos en el COGEP. Al respecto el COGEP no expresa si aquello es posible o si bastaría la solicitud y obtención de cualquiera de dichas medidas en cualquiera de aquellas dos fases: pre procesal o procesal. Sin embargo, ¿No sería suficiente la concesión de una providencia preventiva para conservar la cosa sobre la que se disputa o para asegurar el crédito? La respuesta a esta interrogante parece obvia, pues, si se tratase de un juicio ejecutivo, podrán solicitarse y ordenar cuantas providencias cubran la cuantía de la deuda, ya que este tipo de procedimiento no exige los requisitos y solemnidades que el COGEP prevé para solicitar las medidas; bastará probar el valor de los bienes con los respectivos avalúos hasta por el monto del crédito. En otro tipo de procedimientos, en cambio, sí deberán verificarse los requisitos que el Código exige por cada providencia.

Aun así, véase que la pregunta se limita a dos finalidades, y es que tal como consta en la redacción del artículo 124, respecto al secuestro y retención, estas medidas tienen una finalidad conservativa (al decir que estas medidas pueden recaer sobre la cosa que se litiga o

que se va a litigar), o una finalidad asegurativa (al decir que pueden recaer sobre bienes que aseguren el crédito). Estas dos finalidades son propias de la tutela cautelar, pues, buscan garantizar la efectividad y ejecución de la sentencia; pero, no pueden unificarse.

En el primer supuesto, si se teme que la cosa en litigio pueda perderse o deteriorarse, la medida de secuestro serviría de tal manera que, al momento de emitirse sentencia, la cosa se haya conservado. En el segundo caso, en cambio, si se teme que durante la demora del proceso la capacidad económica o patrimonial del demandado disminuya, podría solicitarse la retención de bienes para asegurar el pago del crédito a favor del actor, al momento de la emisión de la sentencia. Tal como se analizará más adelante, la reunión de dos finalidades distintas podría suponer una confusión en los presupuestos para la solicitud y concesión de las medidas.

Volviendo a la cuestión inicial, la permisibilidad que el Código otorga al actor para solicitar antes y dentro del proceso una providencia preventiva podría suponer un abuso del derecho a la tutela cautelar, considerando que contra quien recaiga la medida no podría ejercer a plenitud su derecho a la defensa, no en una, sino en varias ocasiones; sobre todo, en un procedimiento ejecutivo, en el cual las formalidades de estas providencias no le son aplicables, de tal manera que son concedidas sin la contradicción y comparecencia del deudor o demandado.

Pasando al siguiente punto, el artículo en mención señala que cualquier persona puede solicitar las providencias preventivas. Aquello queda subsanado con las palabras siguientes, al decir “antes de presentar **su** demanda” (énfasis añadido), por lo que solo el actor del proceso, y no terceros, podrán solicitar dichas providencias.

Como tercer punto, en cuanto a la competencia del juzgador, entiéndase que el juez competente para conocer y conceder la providencia preventiva es el de primera instancia. Si la providencia se solicita dentro del proceso (en palabras del COGEP), entonces, el juez competente será aquel que conoce la causa principal. Pero ¿Si la providencia preventiva se solicitó y concedió antes de la presentación de la demanda? En este caso, la respuesta *prima facie* es: el juez de primera instancia; sin embargo, el COGEP no es claro y no señala si la demanda se presenta ante el mismo juez que ordenó la providencia preventiva o sobre cualquier otro competente, en quien recaiga la causa por sorteo de ley, a diferencia de cómo sí lo aclara en su artículo 123 respecto a las diligencias preparatorias.

El artículo innumerado siguiente al 133 del COGEP, que trata sobre las providencias preventivas en materia de propiedad intelectual, señala que: “el juez de lo civil a petición de parte y previo informe favorable de la autoridad competente en materia de Propiedad Intelectual, podrá disponer la adopción de las siguientes providencias preventivas” (Código Orgánico General de Procesos, 2015). En su último inciso indica: “La demanda principal para este tipo de acciones, se iniciarán ante el juez Civil competente mediante procedimiento sumario, de acuerdo a las disposiciones de este Código” (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

El COGEP no es expreso estableciendo si el juez competente para conocer la demanda es el mismo que conoció sobre las medidas, en los casos donde las providencias preventivas hayan sido solicitadas y ordenadas antes de la presentación de la demanda. Tanto así que en el artículo innumerado previamente señalado, el Código especifica el juez y la vía en la que se ha de sustanciar la demanda, diferenciando, aunque muy sutilmente, de aquel juez que conoce las providencias preventivas.

Esto podría deberse al hecho de que presentar la demanda ante el mismo juez que conoció sobre las providencias preventivas, si bien permitiría la unificación del proceso, también implicaría la transformación de la vía procesal; más tampoco podría hablarse propiamente de una acumulación de procesos, ya que el cautelar no es un proceso per sé.

Como cuarto punto, el artículo no limita hasta qué momento procesal podrán solicitarse las providencias preventivas. Se ha revisado que, dogmáticamente, al tener un fin preventivo estas tendrían que asegurar o garantizar la efectividad de la sentencia y su ejecución; y, por la característica instrumental de las medidas cautelares, estas deberían solicitarse previo a la obtención de la sentencia, pues, posterior a su emisión, dejarían de ser preventivas, es decir, dejarían de prevenir el daño por la demora del proceso, y, por ende, no tendrían razón de ser. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 124 del COGEP señala que “el secuestro o la retención se solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial” (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Ante tal inciso caben dos supuestos: **i)** El COGEP permite la solicitud y concesión de providencias preventivas incluso posterior a la emisión de la sentencia, y, aun cuando esta se haya impugnado; y/o, **ii)** El COGEP permite la solicitud y concesión de providencias preventivas, antes de la emisión de la sentencia, a pesar de que exista un recurso de apelación pendiente que bien pudo haber recaído en un auto interlocutorio.

Como referencia, citamos el artículo 351 del COGEP que trata sobre el inicio del proceso ejecutivo, el cual señala en su inciso cuarto que: “en todo caso, las providencias

preventivas a que se refiere este artículo podrán solicitarse en cualquier estado del juicio en primera instancia” (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Este artículo, respecto al proceso ejecutivo, permite solicitar providencias preventivas en cualquier estado del juicio en primera instancia. Nuevamente, el Código no es expreso al limitar si es antes o, incluso, después de la emisión de la sentencia. Sin embargo, permite inferir que no podrán solicitarse cuando el proceso se halle en segunda instancia.

Aun así, asumiendo que en el resto de procesos puedan solicitarse providencias preventivas en cualquier estado del juicio en primera instancia, y bajo el supuesto ii) previamente enunciado, esto es, cuando el proceso se halle en segunda instancia a causa de un auto interlocutorio impugnado, no es suficiente el texto que otorga el COGEP, pues, “cualquier estado del proceso” en primera instancia podría ser incluso la emisión de la sentencia, oral o escrita. Distinto fuese si el COGEP hubiese señalado que se podrán solicitar en cualquier estado del juicio en primera instancia previo a la emisión de la sentencia en audiencia, ya que al haber sentencia y no haberse solicitado una providencia preventiva, el actor habrá asumido el daño por la demora que conllevó el proceso, y la providencia ya no sería preventiva. Por ende, la solicitud de una providencia preventiva en dicho estado del proceso no cumpliría con el presupuesto de *periculum in mora*.

Secuestro y retención. Requisitos

Continuando con el análisis del tema, el artículo 125 del COGEP reza:

Art. 125. – Requisitos. Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario:

1. Que se pruebe la existencia del crédito.
2. Que se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Como primera observación se destaca lo siguiente: el primer requisito se vuelve necesario cuando la finalidad de la medida es asegurar un crédito, más no cuando la finalidad es conservar el estado de un bien. El segundo requisito, por su parte, mezcla la finalidad asegurativa y conservativa. Si, por ejemplo, A requiere el secuestro de un bien inmueble por el temor a que este se deteriore (finalidad conservativa) ¿Por qué, entonces, tendría que probar la existencia de un crédito? Esto se debe a que el COGEP ha previsto erróneamente dos requisitos que deben concurrir para dos medidas que persiguen finalidades distintas (asegurativa y conservativa).

Esto dificulta que el actor o acreedor pueda acreditar los presupuestos que la doctrina señala (tradicionalmente, *periculum in mora* y *fumus boni iuris*), sea para el secuestro o para la retención, pues, podría resultar incongruente y hasta contradictorio con los requisitos señalados por el Código.

Como segunda observación, podría decirse que el segundo requisito responde a que el actor acredite el *periculum in mora* que acaecería sobre los bienes objeto de litigio, o sobre aquellos que podían servir para asegurar el pago de un crédito. Por su parte, el primer requisito respondería a la acreditación del *fumus boni iuris*. Hemos revisado que este

presupuesto constituye una apariencia o verosimilitud de la existencia del derecho. En este caso, hablamos del derecho a un crédito que tiene el actor, o, por el contrario, la obligación impaga que tiene el demandado. Sin embargo, el Código exige que la existencia de este crédito (derecho de acreencia del actor) sea probado.

Este requisito implicaría al actor probar tanto en su solicitud de la providencia preventiva, como en su demanda, la existencia del crédito; y, podría llevar al juzgador a realizar un juicio de fondo, valiéndose de las pruebas aportadas, lo cual se apartaría de la *summaria cognitio*, salvo que se trate de un procedimiento ejecutivo, por ejemplo; y, aun así, aunque en un juicio ejecutivo el derecho no esté sujeto a controversia porque está reconocido e incorporado en el título ejecutivo, el deudor puede oponerse.

Por otra parte, en un proceso por cobro de dinero, cualquiera sea su vía, esta providencia supondría una anticipación de la resolución definitiva; pues, si se ha concedido la medida preventiva es porque el actor logró probar la existencia del crédito, y si el crédito ha sido probado en el proceso cautelar, entonces, quedará probado también en el proceso de mérito. En este caso, bajo las líneas dogmáticas, estaríamos ante medidas anticipatorias urgentes, y no cautelares; salvo el criterio expuesto por Calamandrei que, al ser provisional (temporal), es cautelar.

El artículo 899 del Código de Procedimiento Civil del 2005 señalaba como requisito para que se ordene el secuestro o la retención: “1. Que se justifique, con pruebas instrumentales, la existencia del crédito (...)” (Código de Procedimiento Civil, 2005). Aquí se evidencia que ha sido error del legislador en usar términos que podrían parecer sinónimos; sin embargo, tienen distintas connotaciones. Justificar no es igual que probar; y, en dicho

caso, la justificación de la existencia del crédito, con pruebas instrumentales (documentales), permitiría al juez hacer un examen de la verosimilitud del derecho, a través de una *summaria cognitio*.

Prohibición de enajenar. Requisitos

Como requisitos para la procedencia de la prohibición de enajenar bienes inmuebles, estipulada en el artículo 126 del COGEP, “basta que se acompañe prueba del crédito y de que la o el deudor, al realizar la enajenación, no tendría otros bienes saneados, suficientes para el pago” (Código Orgánico General de Procesos, 2015). En este caso, los requisitos son similares a los solicitados para la retención y secuestro. Sin embargo, cabe realizar la siguiente observación: al exigir que se acompañe la prueba del crédito, **i)** Se está dando a la medida una finalidad asegurativa de un crédito; y, **ii)** Se exige el acompañamiento de prueba.

Se considera que el primer requisito responde al presupuesto de *fumus boni iuri*, y el segundo al presupuesto de *periculum in mora*. No obstante, el cumplimiento del segundo requisito implicaría demostrar la existencia de otros bienes y que, además, estos no estén saneados ni sean suficientes para el pago del crédito, lo cual podría resultar poco práctico para el actor.

Arraigo. Requisitos

El actor podrá solicitar el arraigo cuando tema que el deudor pueda ausentarse del país para eludir el cumplimiento de una obligación. En este caso, el artículo 131 del COGEP establece como requisitos los siguientes: demostrar la existencia del crédito; que el deudor sea extranjero; y, que el deudor no tenga bienes raíces suficientes en el país.

A diferencia de las demás medidas, el arraigo es de carácter personal, por lo que se considera que el legislador debió ser aún más minucioso, toda vez que no se desprende de la norma la forma en la que se ha de ejecutar el arraigo.

Sin embargo, podemos observar que, así mismo, esta medida tiene una finalidad asegurativa y limita a que la obligación sea de carácter económico, es decir, el artículo señala que el actor podrá solicitar esta providencia cuando el deudor pueda eludir el cumplimiento de una obligación; sin embargo, esta obligación es solo económica.

Para verificar la concurrencia de los presupuestos que la doctrina exige, lo analizaremos de la siguiente manera: el peligro en la demora del proceso recae en que el deudor, al momento de emitir sentencia el juzgador, haya salido del país, teniendo como efecto la elusión del cumplimiento de su obligación, lo cual tornaría ineficaz a la sentencia. Aquello encuentra mayor justificación en que el deudor sea extranjero y no posea bienes inmuebles en el país, lo que, por el contrario, podría suponer que sí los posee en el exterior.

El mismo peligro podría surgir en cuanto a un deudor nacional; no obstante, según la Corte Nacional, en aquel caso, la medida sería de prohibición de salida del país, aunque el COGEP no la menciona de manera expresa, salvo para el caso de alimentos.

Respecto a la verosimilitud del derecho, debería bastar las pruebas que se acompañen para justificar el crédito, sin que esto suponga una actividad probatoria que pueda anticipar el resultado de la sentencia.

Providencias preventivas en materia de propiedad intelectual. Requisitos

El COGEP en estos casos señala que se podrán solicitar providencias preventivas en materia de propiedad intelectual para evitar que se produzca o continúe la infracción sobre derechos de propiedad intelectual, o de evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales, inclusive las mercancías importadas, o bien para preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción (Código Orgánico General de Procesos, 2015), y solo establece como único requisito el informe favorable de la autoridad competente en materia de propiedad intelectual.

En los anteriores casos, los requisitos exigidos podrían equivaler a los presupuestos necesarios para la solicitud de las providencias preventivas; pero en el presente caso, aunque solo existe un requisito, no resta que en la práctica el actor justifique tales presupuestos en su solicitud. Sin embargo, también puede observarse que la exigencia de un informe favorable de una entidad pública supondría una demora para la solicitud y concesión de las medidas.

Por otra parte, el COGEP establece de manera limitada qué providencias preventivas podrían disponerse en esta materia; en breve, consisten en: a) el cese inmediato de la actividad que constituya la presunta infracción; b) la suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, puesta a disposición, comunicación o distribución; y, c) El secuestro o retención (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Salvo las medidas del literal c), las demás medidas, acorde a la doctrina, serían consideradas autosatisfactivas que, vistas desde la concepción tradicional de la tutela cautelar, no serían medidas cautelares como tal sino solo urgentes.

Procedimiento y caducidad

Bien dicho está que la solicitud de providencias preventivas hasta su obtención tiene un procedimiento. El COGEP en su artículo 127 señala que la solicitud deberá reunir los mismos requisitos de la demanda, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 142 *ibídem*. Presentada la solicitud, habiendo avocado conocimiento, el juzgador tendrá el término de 48 horas para convocar a audiencia y resolver dicha solicitud. Es en dicha audiencia donde el juez ha de resolver la solicitud de la providencia preventiva con base en una cognición sumaria.

Ahora, considerando que la solicitud contendrá los mismos requisitos que una demanda, debe, entonces, contemplar no solo la identificación del demandado o futuro demandado, sino también la dirección donde ha de ser citado, en los casos cuando la solicitud se realice previo a la presentación de la demanda, o antes de que el demandado haya sido citado. Si el demandado ya ha sido citado, bien podría ser notificado con la convocatoria a audiencia, para no volver a repetir la actividad citatoria. Sin embargo, este es un aspecto que el COGEP de ninguna manera esclarece.

Por ejemplo, en el procedimiento ejecutivo, en el cual no hace falta cumplir con los requisitos que cada medida exige, sino únicamente acreditar la titularidad de los bienes, la solicitud de medidas preventivas se presenta y el juez mediante providencia resuelve, sin necesidad de que haya mediado citación o notificación al demandado para que ejerza su derecho a la defensa.

Ahora, en un proceso la citación ocurre previo a la convocatoria a audiencia; pero en este procedimiento cautelar la convocatoria debe hacerse dentro del término de cuarenta y

ocho horas desde la presentación de la solicitud, lo cual podría suponer que: **i)** el juez razonablemente ha de señalar fecha en el menor tiempo posible, lo cual podría entorpecer la citación e impedir el ejercicio del derecho a la defensa del deudor o demandado; o, **ii)** que la convocatoria a audiencia y, por ende, la comparecencia a la misma, no se extiende al demandado o futuro demandado; o, **iii)** que el artículo 127 del COGEP no es lógico y tiene errores procedimentales, toda vez, que la convocatoria a audiencia debería realizarse después de la citación o notificación, según el caso.

No obstante, este es un vacío que la norma adjetiva no contempla y que, en todo caso, volvería tedioso y extenso el procedimiento cautelar, cuya demora podría casi equivaler a la demora del proceso principal, y su finalidad sería inútil.

Como siguiente factor, el artículo 128 del COGEP señala que el deudor podrá interrumpir las providencias preventivas, asegurando con caución suficiente; es decir, una vez otorgadas, el deudor podrá impedir que sus efectos continúen, otorgando caución suficiente. Al respecto, aunque la caución puede ser real o personal, no establece el COGEP cómo ha de aceptarse aquella.

La norma obliga a que una vez ordenadas las providencias preventivas o una vez que se haya hecho exigible la obligación, el beneficiario deberá proponer la demanda principal en el término de quince días, caso contrario las providencias preventivas caducarán. Caducadas, el beneficiario pagará los daños y perjuicios ocasionados. Respecto a este punto cabe señalar dos cosas: aunque el solicitante responda por los daños y perjuicios, el inicio de una acción por parte del afectado sería engorroso, ya que la determinación de los daños y perjuicios solo podría efectuarse a través de un procedimiento ordinario; y, he aquí donde el presupuesto

contingente de la contracautela podría ser útil. Aunque este presupuesto generalmente concurre para compensar el ejercicio limitado del derecho a la defensa del deudor o demandado, puede que la norma ecuatoriana no lo exija porque permite -aunque no con mucha claridad, la defensa del afectado-; sin embargo, es necesario que, en casos como estos, el afectado se vea compensado económicamente con la caución de manera más pronta.

2.3.3. Estudio de caso

Proceso judicial Nro. 09315-2019-00006G

En el presente proceso la compañía Importadora Industrial Agrícola Del Monte Sociedad Anónima INMONTE, debidamente representada por su Procurador Judicial, solicita la providencia preventiva consistente en secuestro en contra de la compañía Agrícola Benites AGB. CIA. LTDA. representada por el señor Magno Josué Benites Holguín.

La solicitud se presentó de manera anterior a la presentación de la demanda, con acta de sorteo de fecha 08 de abril de 2019, recayendo la competencia en el Juez Carlos Enrique Eras Vela de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Daule, provincia del Guayas.

Mediante auto de fecha 12 de abril de 2019, se avoca conocimiento del proceso y se dispone que la parte accionante, en el término de tres días, complete / aclare su demanda conforme al artículo 142, numerales 2, 5 y 11; así como al artículo 143, numerales 5 y 7 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

De fecha 17 de abril de 2019, la parte accionante presentó escrito aclarando y completando su solicitud, la cual fue calificada y admitida a trámite de Providencias

Preventivas, mediante auto de fecha 18 de abril de 2019. En el mismo auto, se señaló día y hora a fin de que se lleve a cabo la audiencia, según el artículo 147 del COGEP.

De fecha 23 de abril de 2019, a las 11h00, se celebró la audiencia con la intervención de la parte actora. Del acta resumen de fecha 24 de abril de 2019 que consta en el sistema eSatje, se desprende que a la audiencia no compareció la parte accionada. La parte actora enunció los hechos y circunstancias objeto de la demanda, indicando que su representada tiene como actividad económica la venta al por mayor de insumos agrícolas y que la parte accionada solicitó un crédito para la adquisición de dichos insumos, por el valor de USD242.158,00, lo cual se justifica con las facturas adjuntadas al proceso; motivo por el cual solicita se orden el secuestro de los bienes de la accionada.

Para que se orden el secuestro, según el artículo 125 del COGEP, es necesario que se pruebe la existencia del crédito; y se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que puedan desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos. Del proceso se desprende que el primer requisito fue satisfecho con las facturas aportadas por la parte actora. En su lugar, para satisfacer el segundo presupuesto, la accionante solicitó declaraciones testimoniales, quienes pudieron corroborar que los bienes podían desaparecer.

Con el cumplimiento de tales presupuestos, se justificó la solicitud de providencia preventiva y se resolvió admitir y conceder la providencia preventiva de secuestro, hasta por el monto del crédito reclamado, esto es, USD 242.158,00, de los bienes que se encuentran en los lugares: Calle Principal 32 B y Malecón Juan Bautista, Los Tintos, cantón Daule; Calle Principal solar 2 y Juan Bautista, Los Tintos, cantón Daule; Vía a Vernaza, sola 1-A y

Máximo León, cantón Salitre (Las Ramas); Sabanilla Machala, solar 5 y 2 de Agosto, cantón Pedro Carbo, para cuyo efecto se ordenó se efectúen los respectivos deprecatorios.

2.4. Resultados

Del análisis efectuado se desprende que las providencias preventivas y medidas cautelares, tanto doctrinariamente como normativamente, no pueden ser usadas de manera indistinta e indiscriminada, puesto que la primera responde a la tutela preventiva, mientras que las segundas medidas responden a la tutela cautelar.

El proceso cautelar previsto en el COGEP es restrictivo, pues, establece de manera limitativa las providencias preventivas que pueden ser ordenadas, sin conceder la facultad de ordenar medidas innominadas que puedan ser más idóneas para la protección de las situaciones jurídicas de los sujetos de derecho y garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales. El proceso cautelar ecuatoriano podría asemejarse al proceso cautelar colombiano, el cual también es restrictivo, aunque se diferencia de este, ya que la normativa procesal colombiana tiene cierta amplitud para la disposición de medidas cautelares no previstas por la ley en procesos declarativos. Esto se debe, principalmente, al “justo equilibrio” que se ha procurado establecer entre los intereses del accionante e intereses del accionado.

De las legislaciones extranjeras estudiadas, encontramos que la normativa boliviana regula de manera más amplia y completa el proceso cautelar y es en ella donde más se visualizan las corrientes italianas. Por una parte, distingue las medidas preventivas y anticipadas de las medidas cautelares, sean estas genéricas o específicas; y, por otra parte, sin perjuicio de las medidas cautelares nominadas (anotación preventiva, embargo, secuestro,

intervención judicial, prohibición de innovar, inhibición de bienes y prohibición de contratar) incorpora un poder general de cautela, que permite respetar de un modo más propicio el derecho a la tutela cautelar y, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva.

De la revisión del proceso 09315-2019-00006G, se desprende que, sin perjuicio del derecho a impugnar la resolución que concede la providencia preventiva, cuando la solicitud de providencias preventivas se efectúa de manera previa al proceso de mérito, el accionado no tiene la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa durante la tramitación de las mismas. El COGEP señala que debe convocarse a audiencia en el término de cuarenta y ocho horas después de presentada la solicitud; sin embargo, se ha podido verificar que, en estos casos, el accionado no es citado, a fin de ejerza su derecho a la defensa y comparezca a audiencia. Similar escenario podemos observar en los procesos ejecutivos.

CAPÍTULO III DISCUSIÓN

Las providencias preventivas derivan de la institución de la tutela cautelar. Sin embargo, en nuestra legislación se maneja un concepto errado de esta institución, pues han sido incorporadas al Código Orgánico General de Procesos como “providencias preventivas” para referirse a “medidas cautelares”.

El problema no radica en el término *providencias*, pues, al ser un acto representativo de la facultad jurisdiccional del juzgador, no es más que la resolución que contiene la concesión de una medida cautelar o preventiva. Sin embargo, como se ha revisado ya en la presente investigación, el término *preventivas* responde a una necesidad y, por ende, tiene una finalidad distinta al término *cautelar*. El primero corresponde a la tutela preventiva, y el segundo a la tutela cautelar.

La previsión de las *providencias preventivas* en el COGEP debió responder a la tutela cautelar, y, por ello, se les otorgó, erróneamente, una categoría de medidas cautelares, cuando lo cierto es que, tomando en consideración la forma en cómo se encuentra reguladas las providencias preventivas, harían alusión a una tutela preventiva y no a la tutela cautelar.

Sin perjuicio de aquella inadecuada denominación, del estudio y análisis de las “providencias preventivas” en el COGEP, se puede destacar que estas son limitativas. Su regulación no garantiza el eficaz ejercicio de los derechos de los sujetos de derecho, pues, regula medidas típicas para efectivizar los derechos -mismas que son insuficientes-, cuando lo idóneo sería ampliar su campo de aplicación para conseguir una tutela más directa e inmediata de los derechos e intereses de los interesados.

De igual manera, el legislador ha establecido presupuestos para la procedencia de cada una de tales providencias, que mezclan las finalidades de cada medida cautelar, lo que dificultaría el ejercicio del derecho a la tutela cautelar.

Por consiguiente, se evidencia la necesidad de aclarar la confusión que existe en la legislación ecuatoriana y formular un criterio jurídico que demuestre la importancia de incidir en la reforma del capítulo de las providencias preventivas del Código Orgánico General de Procesos para establecer un proceso idóneo que garantice la eficacia y efectividad de la aplicación de las mal denominadas providencias preventivas, y así conseguir un goce eficaz de una tutela judicial efectiva.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA

En virtud de todo lo desarrollado en los capítulos anteriores, a continuación, realizamos una propuesta de reforma en relación al campo de estudio de la presente investigación, utilizando los mecanismos legales pertinente para la promulgación de una reforma legal:

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 1, inciso primero, prescribe que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”;

Que, la Carta Magna en su artículo 75 señala que “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”;

Que, el artículo 169 del mismo cuerpo normativo establece que “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”;

- Que,** la Constitución de la República en el artículo 167 consagra que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones previstos en la Constitución;
- Que,** el artículo 15, inciso primero, del Código Orgánico de la Función Judicial establece que “La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley;
- Que,** el artículo 23, inciso primero, ibídem señala que “La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido”;
- Que,** el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 7 y siguientes prevé que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, independencia, imparcialidad, unidad jurisdiccional y gradualidad, especialidad, publicidad, responsabilidad, servicio a la comunidad, dispositivo, concentración, probidad, buena fe y lealtad procesal, verdad procesal, obligatoriedad de administrar justicia, interpretación de normas procesales, impugnación en sede judicial de los actos administrativos;

Que, las facultades y deberes genéricos, facultades jurisdiccionales, facultades correctivas y facultades coercitivas de las y los juzgadores previstas en los artículos 129, 130, 131 y 132 del Código Orgánico de la Función Judicial, deben desarrollarse a través de normas procesales que coadyuven a la cabal aplicación de los preceptos constitucionales, de las normas de los instrumentos internacionales, con sujeción a los principios y garantías procesales que orientan el ejercicio de la Función Judicial;

Que, es responsabilidad del estado ecuatoriano velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva;

Que, es imperioso adecuar el sistema procesal actual a las normas constitucionales vigentes, para garantizar el ejercicio y cumplimiento de los derechos procesales fundamentales;

En el ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide la siguiente:

Ley reformativa del Código Orgánico General de Procesos.

TÍTULO III MEDIDAS CAUTELARES

Art. 1. - Refórmese el artículo 124 del Código Orgánico General de Procesos:

“Art. 124.-Procedencia. Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar medidas cautelares que se encuentra destinada a la eficaz protección o garantía de los hechos y circunstancias controvertidas”.

Art. 2. – A continuación del artículo 133 del Código Orgánico General de Procesos, agréguese el artículo 124.1:

“Art. 124.1.- Finalidad.- Las medidas cautelares tendrán como finalidad el resguardo de los bienes o situaciones jurídicas controvertidas en un proceso judicial que por falta de custodia o vigilancia, podrían frustrar la eficacia de las sentencias.

Art. 3. – Refórmese el artículo 125 del Código Orgánico General de Procesos en el siguiente sentido:

“Art. 125.-Requisitos. Para que se ordene las medidas cautelares es necesario:

1. Que se pruebe la necesidad de la medida cautelar.
2. Sea adecuada a la para el resguardo de los bienes o las situaciones jurídicas controvertidas en el proceso para la efectividad de la sentencia.

Art. 4. – A continuación del artículo 125 del Código Orgánico General de Procesos, agréguese el artículo 125.1:

“Art. 125.1.- Medidas cautelares. Las partes que tuvieran fundado motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable a los bienes o circunstancias jurídicas controvertidas en el proceso, podrá solicitar medidas cautelares, tales como, prohibición de enajenar bienes

inmuebles, embargo, secuestro, retención, arraigo, prohibición de salida del país, suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos, entre otras medidas cautelares que, según las circunstancias, fueren las más aptas para asegurar la efectividad de la sentencia.

En ningún caso se podrá ordenar medidas privativas de la libertad.”

Art. 5. – Refórmese el artículo 127 del Código Orgánico General de Procesos en el siguiente sentido:

“Art. 127.-Procedimiento. Presentada la solicitud de medidas cautelares, conforme con los requisitos de la demanda, la o el juzgador en el término de cuarenta y ocho horas convocará audiencia en la que resolverá dicha solicitud.

El incumplimiento de las medidas cautelares será considerado como incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente y sancionable de dicha forma, con base en el Código Orgánico Integral Penal.”

Art. 6. – Refórmese el artículo 133 del Código Orgánico General de Procesos en el siguiente sentido:

“Art. 133.-Caducidad. Cuando las medidas cautelares hayan sido solicitadas y concedidas antes del inicio de un proceso judicial, la parte procesal beneficiaria de la medida cautelar tendrá el plazo de 15 días para interponer la demanda en lo principal, caso contrario caducará

la medida cautelar. En este caso, la o el solicitante pagará los daños y perjuicios ocasionados.”

Artículo final. – La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Conclusiones

Luego de haber desarrollado el presente trabajo de investigación, que tuvo como objeto el estudio de las providencias preventivas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, en relación a la tutela cautelar, se ha arribado a las siguientes conclusiones:

- El régimen cautelar ha tenido gran influencia por parte de corrientes italianas; en especial, por los criterios –hasta cierto punto, contrapuestos- de los juristas Chiovenda y Calamandrei.
- Los presupuestos de la tutela cautelar son: el peligro en la demora, verosimilitud del derecho, proporcionalidad y contracautela. Aunque no en todos los ordenamientos jurídicos se admite caución a fin de interrumpir los efectos de las medidas cautelares; el Código Orgánico General de Procesos lo permite en su artículo 128, aunque su regulación es escueta e insuficiente.
- La doctrina distingue entre tutela preventiva y tutela cautelar. Aunque entre ellos podría existir una relación de género especie, la tutela preventiva responde al peligro de daño jurídico que pudiera sufrir un derecho a consecuencia de una situación que lo amenaza; mientras que la tutela cautelar responde al peligro de daño jurídico que la demora del proceso puede generar en la efectividad de la tutela del derecho que se pretende.
- Tradicionalmente, se ha reconocido dos sistemas procesales: uno restrictivo o restringido y uno amplio. Al tratarse del proceso cautelar, se ha podido observar que el único sistema

constitucionalmente admisible es un sistema abierto, que prevea la facultad de solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares de manera amplia (poder cautelar genérico).

- Al regular las providencias preventivas, el Código Orgánico General de Procesos presenta algunos vacíos, que promueven la ineffectividad del cumplimiento del derecho a la tutela cautelar; a saber:
 - Se hallan erróneamente denominadas, ya que pretenden responder a la tutela cautelar y no preventiva.
 - No precisa si existe o no un límite en las veces que el interesado puede solicitar providencias preventivas.
 - Al combinar las finalidades de las providencias preventivas, podría generar complicaciones en el cumplimiento de los presupuestos o requisitos para la procedencia de las mismas.
 - No precisa hasta qué momento pueden solicitarse las providencias preventivas.
- Se ha verificado que, en los escenarios donde se solicitan las providencias preventivas previo a la presentación de la demanda, al igual que ocurre en los procedimientos ejecutivos, no se cita ni notifica al accionado, por lo que su derecho a la defensa se ve limitado.

Recomendaciones

Luego de haber desarrollado el presente trabajo de investigación, que tuvo como objeto el estudio de las providencias preventivas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, en relación a la tutela cautelar, se efectúan las siguientes recomendaciones:

- Se recomienda al Consejo de la Judicatura, profesionales del Derecho, asociaciones profesionales de Derecho, instituciones privadas, generar espacios de debate y para la promoción de conocimientos relacionados a la tutela cautelar y providencias preventivas, a fin de intercambiar experiencias, conocer el alcance de los derechos procesales, y crear propuestas.

Bibliografía

- Aguirre Valdez, J. (2019). *El otorgamiento de providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos*. Recuperado el 13 de Abril de 2022
- Alcala-Zamora, N. (s.f.). Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/25525/22924>
- Alexy, R. (2010). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Ávila, R. (28 de Agosto de 2009). Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2701/34.pdf>
- Bolívar, M. A. (s/f). Recuperado el 13 de Abril de 2022, de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/16182/1/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS%20Y%20SU%20RELACION%20CON%20EL%20PRINCIPIO%20DE%20LEGALIDAD.pdf>
- Bordalí, A. (2001). *Revista de Derecho*. Obtenido de <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2814/2386>
- Calamandrei, P. (2017). *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Campos, H. (2015). *Sobre la tutela cautelar*. Lima: Editorial Jurídica Themis.

Caponi, R. (2016). Obtenido de

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/175-189/15617>

Cárdenas, J. (2017). Del Estado absoluto al Estado neoliberal. Obtenido de

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4310/6.pdf>

Carnelutti, F. (1971). *Derecho y proceso*. Buenos aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Código de Procedimiento Civil. (2005). Quito: Corporación de Estudios y publicaciones.

Código General del Proceso. (2012). Ley 1564. Colombia.

Código Orgánico Administrativo. (2017). Ecuador.

Código Orgánico General de Procesos. (2015). Quito: Corporación de Estudios y publicaciones.

Código Orgánico Integral Penal. (2014). Recuperado el 12 de Abril de 2022

Código Procesal Civil. (19 de Noviembre de 2013). Obtenido de

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95762/112863/F-1870241020/BOL95762.pdf>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ecuador.

Corte Constitucional. (2010). Sentencia N. ° 0005-10-SEP-CC. 5. Quito, Ecuador. Obtenido de

<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1c3fb916-84e6-4b45-b49f-450edb38326a/0041-09-EP-sent.pdf>

Corte Constitucional del Ecuador. (2015). SENTENCIA N.° 108-15-SEP-CC. Quito, Ecuador. Obtenido de

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J2

FsZnJlc2NvJywgdxVpZDonMWY0OThkZWUtY2M1Zi00ZDQ0LThlNDYtOTgwN
WJhZDhmNjg3LnBkZid9

Corte Nacional de Justicia . (13 de Julio de 2012). R375-2012-J7-2011. Quito, Ecuador.

Cortés , M., & Iglesias, M. (2004). Obtenido de

https://www.unacar.mx/contenido/gaceta/ediciones/metodologia_investigacion.pdf

García de Enterría, E. (2006). La batalla por las medidas cautelares. Navarra.

González Pérez, J. (2001). En *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid.

Gozaíni, O. (2015). *Elementos del derecho procesal civil*. Buenos Aires.

Grief, J. (2002). *Medidas Cautelares*. Buenos Aires.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Recuperado el
12 de Abril de 2022

Macay, J. (2019). *El otorgamiento de providencias preventivas en el Código Orgánico
General de Procesos*. Recuperado el 13 de Abril de 2022

Marín, J. (2006). *Revista de estudio de la Justicia*. Obtenido de

<file:///C:/Users/hp/Downloads/15100-1-41169-1-10-20110727.pdf>

Martínez, R. (1994). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Editorial Universidad Bs.

Martínez, V. (2013). Obtenido de

[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-
86332013000100002](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002)

Obando, M. (2013). Obtenido de

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13833/14457>

Ottolenghi, M. (1946). *Estudios de Derecho Procesal en Honor al profesor Hugo Alsina*.

Buenos Aires: Ediar S.A. Editores.

Parrales Coello, A. (Febrero de 2019). Recuperado el 15 de Abril de 2022

Pérez Ríos, C. (2010). Recuperado el 15 de Abril de 2022

Pérez Ríos, C. (2010). Recuperado el 15 de Abril de 2022

Pérez, C. (2010). *Repositorio de tesis digitales de la UNMSM*. Obtenido de Cybertesis:

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1480/Perez_rc.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Priori Posada, G. (2016). El derecho fundamental a la tutela cautelar y las recientes modificaciones procesales en América Latina. *Revista de Derecho Procesal*, , 474.

Recuperado el 10 de Abril de 2022

Priori, G. (2005). *El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites*. Obtenido de Ius et veritas:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11799/12365>

Priori, G. (2006). *La tutela cautelar: Su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara.

Priori, G. (2011). La oposición a las medidas cautelares.

Priori, G. (2016). El derecho fundamental a la tutela cautelar y las recientes modificaciones procesales en América Latina. *Derecho Procesal*, 485.

Proaño, J. (2013). Obtenido de

<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/7002/13.J01.001694.pdf?sequence=4>

Real Academia Española: Diccionario Panhispánico del español jurídico. (2020). *Medidas cautelares*. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/medida-cautelar>

Robles, S. (Octubre de 2016). Obtenido de <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/6196/1/128043.pdf>

Rodríguez, A., & Pérez, A. (2017). *Scielo*. Recuperado el 13 de Abril de 2022, de <http://www.scielo.org.co/pdf/ean/n82/0120-8160-ean-82-00179.pdf>

Romo, J. (2000).

Sánchez Zorrilla, M. (2011). Recuperado el 13 de Abril de 2022, de <http://www.rtfed.es/numero14/11-14.pdf>

Sartori. (s.f.). Obtenido de <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/SARTORI.pdf>

Villabella, C. (2015). Recuperado el 13 de Abril de 2022, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf>



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Nosotros, **Barzola Ampuero Jorge Eduardo** con C.C: # 0922647391 y **Martillo Peña Evelin Katuska** con C.C: # 0923124333 autores del trabajo de titulación: **Ineficacia de las providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos**, previo a la obtención del grado de **MAGISTER EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaramos 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 graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

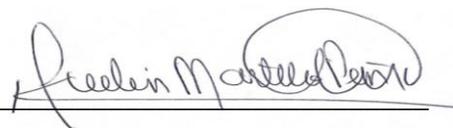
2.- Autorizamos a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 15 de febrero de 2023

f. 

Nombre: **Jorge Eduardo Barzola Ampuero**

C.C: **0922647391**

f. 

Nombre: **Evelin Katuska Martillo Peña**

C.C: **0923124333**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTÍTULO:	Ineficacia de las providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Abg. Barzola Ampuero, Jorge Eduardo; Abg. Martillo Peña, Evelin Katuska		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Abg. De La Pared Darquea Johnny Dagoberto / Abg. Pérez Puig-Mir, Nuria, PhD.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD	Maestría en Derecho, Mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO	Maestría en Derecho, Mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	15 de febrero de 2023	No. DE PÁGINAS:	93
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal, Derecho Constitucional, Derecho Civil		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Tutela cautelar, medidas cautelares, efectividad, garantía, derechos, providencias preventivas.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):	El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental procesal que permite a toda persona acceder ante el órgano jurisdiccional para solicitar la protección de sus derechos, con la finalidad de evitar o cesar la amenaza o violación de sus derechos. Para asegurar el cumplimiento y efectividad de dicho derecho fundamental, es importante que se garantice el cumplimiento de la tutela cautelar, la cual es una medida de respuesta frente al peligro del daño que la demora de un proceso podría ocasionar sobre el derecho que se discute, garantizando así la efectividad de las resoluciones. Este derecho se materializa a través de medidas cautelares idóneas, y no se debería restringir su ámbito de aplicación a tipos de medidas cautelares taxativas. El ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé en el Código Orgánico General de Procesos providencias preventivas tipificadas de manera taxativa, estableciendo requisitos para la justificación de su procedencia. Sin embargo, la regulación de dichas providencias preventivas se encuentran tipificadas, pues el efecto de esta hace alusión a una tutela preventiva y no una la tutela cautelar, lo cual es imperativo modificar y esclarecer.		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593 988324704 / 985746225	E-mail: jorgeedu06@hotmail.com / evelinmartillop@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando		
	Teléfono: 0982466656		
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
No. DE REGISTRO (en base a datos):			
No. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			