



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

TESIS FINAL

Previa a la obtención del grado de

MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL

Ámbito de aplicación y delimitación de las medidas cautelares de
carácter civil frente a los principios del debido proceso
y del derecho a la defensa

Autora: Abogada Arántzazu Torres Mendoza
Tutor: Doctor Santiago Velázquez Velázquez

Guayaquil, junio de 2011

Agradecimiento

A mi madre Ruth por todo el amor que recibido y por su lucha constante día a día.

A mi hermano Manolo, tan diferentes y tan parecidos, por el amor fraternal e incondicional que me ha regalado.

ÍNDICE

Contenido	Página
Introducción	1
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA	4
1.1.- EL PROBLEMA	4
1.2.- Variables e indicadores	7
1.3.- Objetivos Generales y Específicos	8
1.4.- Justificación	8
1.5.- Delimitación	9
1.6.- Resultados esperados	10
CAPÍTULO II	
MARCO TEÓRICO	
2.1.- Medidas preventivas o cautelares, tutela cautelar	11
2.2.- Denominación de las Medidas preventivas o cautelares	12
2.2.- Concepto	13
2.3.- Características de las medidas cautelares	15
2.4.- Principio de contradicción de la prueba	17
2.5.- Presupuestos de las medidas cautelares	19
2.6.- Demostrabilidad de la verosimilitud del derecho	21
2.7.- Peligro en la demora o periculum in mora	23
2.8. El periculum in mora como presupuesto de la medida cautelar en el procedimiento civil ecuatoriano	24
2.9.- La contracautela	25
2.10.- Naturaleza jurídica de la contracautela	25
2.11.- Clases de contracautela	26
2.12.- Graduación de la contracautela	28
2.13.- La contracautela en el procedimiento civil ecuatoriano	29

	Página
2.14.- Caución del demandado afectado por la medida cautelar	30
2.15.- Medidas cautelares que se pueden adoptar en el Ecuador	30
2.16.- La caducidad de la medida cautelar	33
2.17.- Clasificación de las medidas cautelares	34
2.18.- Otras medidas cautelares	34
2.19.- Medidas innovativas	35
2.20.- Medidas autosatisfactivas	36
2.20.- Medida cautelar genérica o innominada	38
2.21.- Principales principios fundamentales que pudieran verse violados en caso de medidas cautelares improcedentes	40
2.21.1.- El debido proceso	43
2.21.2.- El derecho a la defensa	45
2.22.- Neoconstitucionalismo y Ponderación	45
2.22.1.- Ponderación de los derechos derecho a la defensa y debido proceso, frente a la tutela judicial efectiva de quien presenta una demanda de medida cautelar	48
2.22.2.- La estructura de la ponderación	52
2.22.3.- Ley de la ponderación	52
2.23.- Ejemplos de ponderación para casos de medidas cautelares	61
2.24.- Legislación comparada de las medidas cautelares y contracautelas	64
2.24.1.- Argentina	64
2.24.2.- Perú	65
2.24.3.- España	68
CAPÍTULO III	
METODOLOGÍA	73
Población y muestra	
Las unidades de observación en este trabajo se refieren	73
Instrumento de recolección de datos	73
Procedimientos de la investigación	73

CAPÍTULO IV

DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA 76

Contenido de la propuesta

proyecto de reforma al Código de Procedimiento Civil 77

Sugerencias metodológicas para su ejecución 81

Factibilidad 82

Validación 82

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 84

Conclusiones 84

Recomendaciones 87

BIBLIOGRAFÍA 89

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER CIVIL, FRENTE A LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO Y DEL DERECHO A LA DEFENSA

INTRODUCCIÓN

La igualdad es un principio fundamental del Derecho, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene categoría de norma de *jus cogens*.¹ La idea de igualdad supone siempre tomar en cuenta dos conceptos relacionados con ella: la diferenciación y la discriminación. El primero, debido a que en muchos casos, el derecho a la igualdad sólo se logra mediante el trato diferente o desigual; Aristóteles la concebía como el “trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Consecuentemente, se debe establecer una diferencia jurídica para equilibrar una diferencia fáctica razonable; la igualdad debe ser vista como un objetivo y no como un hecho real y concreto.

Dentro del referido principio de igualdad, encontramos el principio de igualdad de derechos, que establece que el juez debe aplicar justicia de manera efectiva y sin dilaciones, de manera general a todos por igual; principio que está normado en la Constitución vigente Artículo 11 numeral 6, que expresa que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes y de igual jerarquía.

En la normatividad ecuatoriana encontramos, la figura de las medidas cautelares (incluida en el Código de Procedimiento Civil) apegadas al origen de éstas, que fue la de amparar créditos impagos; pese a que, en la actualidad su utilidad va más allá de estos límites. La presentación de una demanda de medidas cautelares implica, hasta cierto punto, que el derecho a la defensa del afectado se

¹. Ius cogens de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. En forma sucinta, podemos definirlos como aquellos principios de derecho que sin necesidad de reglas específicas aparecen con evidencia ante la razón. La aplicación de las normas del Ius cogens es independiente si los estados han suscrito o no determinada convención.

encuentre vulnerado, por no poder ejercer el demandado su derecho de contradicción dentro de un proceso cautelar; esta vulneración podría afectar el derecho al debido proceso. Es difícil entonces, establecer un peso exacto entre los derechos mencionados. Como lo indicamos, los derechos son independientes y de igual jerarquía y el operador de justicia que conozca una medida cautelar deberá ponderar o sopesar esos derechos iguales, pues, hoy en día virtualmente no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado. El juzgador, que recibe la demanda de medida cautelar y la prueba presentada, tiene un conocimiento más profundo del derecho de la parte que presenta esta acción. Es pues, el derecho presentado en la demanda por la parte actora, el derecho que el juez conoce más, pues ésta se lo hace saber directamente; versus el derecho de la contraparte - que no ha tenido la oportunidad de presentar sus fundamentos de hecho (dentro de las características principales de la medida cautelar encontramos que son procedimientos *inaudita altera pars*)- en el que el demandado no ejerce su derecho a ser oído, antes de que el juez dicte que se ejecute la medida cautelar. La finalidad es evitar que el demandado disponga de bienes o ejerza actos, que eviten que se ejecute la medida. Se explica a manera de ejemplo, el derecho a la defensa y debido proceso, pero hay un sin número de derechos constitucionales contrapuestos que pueden ser ponderados, dentro de un procedimiento cautelar.

Es importante que el operador de justicia analice cada caso en particular y aplique la sana crítica. Ya lo veremos en el marco teórico, que dentro de los supuestos más importantes tenemos la presunción del buen derecho y la necesidad de la urgencia en la aplicación de la medida cautelar.

La legislación, que sobre medidas cautelares existe en el Ecuador, es obsoleta, pues trata únicamente de créditos; no incluye por ejemplo la contracautela, la caución juratoria, la medida cautelar genérica y otros temas señalados por la doctrina. En razón de lo anterior la autora de esta tesis, presenta un proyecto de ley, para contemporizar estas leyes con la doctrina actual, reforma por la cual se tratara que estos dos o más derechos enfrentados, e iguales ante la ley -el derecho del demandantes y el derecho del demandado o tercero afectado- tengan un trato justo.

Dentro del primer capítulo se analizará el problema, el diagnóstico, los objetivos generales y específicos, que busca la aplicación de las medidas cautelares. En el segundo capítulo, del marco teórico de la presente propuesta de intervención, se analizará las características y presupuestos de las medidas preventivas o cautelares, la nueva figura de la contracautela y su graduación. Y para tener una conocimiento general, se agrega un estudio sobre la caducidad y clasificación de las medidas cautelares. En este mismo capítulo, se ilustrará el debido proceso y el derecho a la defensa y por supuesto el Neoconstitucionalismo y Ponderación de los derechos establecido en la Constitución de Montecristi y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Es interesante, por la ejemplificación de la ponderación en países como Alemania y España, el estudio que se hace a continuación sobre la ponderación y la referencia de las doctrinas de Alexy. Posteriormente se realiza un compendio de la legislación comparada de las medidas cautelares y contracautelas de Argentina, Perú y España, legislaciones más avanzadas donde se encuentran las figuras jurídicas antedichas.

Dentro del Capítulo III se explica la Metodología, que ha sido usada dentro de la presente tesis. En él se detalla, la modalidad de la investigación, las unidades de observación y procedimientos de investigación. En el Capítulo IV se presenta la propuesta de reformas, que planteamos, especialmente para los temas de inaudita altera pars, contracautela y medida cautelar genérica. Por último en el Capítulo V, se presentan las conclusiones y recomendaciones relacionadas con actualizaciones acordes a la doctrina, de la normatividad relacionada con las medidas cautelares.

CAPÍTULO I

1.2.- ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA

EL PROBLEMA

a.-- Diagnóstico previo a la propuesta.- Antecedentes y contexto

En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos al proceso cautelar como herramienta para el acceso a una justicia efectiva para quienes encontrándose en situación de peligro ante la demora de determinada resolución o sentencia, la soliciten. Esta resolución favorable al demandante pudiera tener como consecuencia que se le provoque la pérdida de sus derechos al demandado o tercero afectado, que sin conocerlo, puede hallarse en situación de injusticia por la aplicación contra él o sus bienes, de medidas cautelares, privándosele de sus derechos fundamentales y constitucionales. Se presenta el cuestionamiento de ¿cuál derecho debe prevalecer? Pudieran darse varias soluciones para que el juez llegue a una conclusión y así emitir su dictamen, pero para efectos de la presente tesis, plantearemos la actual ponderación de derechos, señalada en las bases del neoconstitucionalismo.

La falta de una normatividad clara y actual para las medidas cautelares, pudiera tener como resultado, que especialmente ciertos derechos como el derecho a la defensa y debido proceso, se vean afectados sobre quien pesa una medida cautelar. Es necesario crear nuevas normas para las medidas cautelares, que incluyan la nueva doctrina como contracautela, medidas genéricas, medidas innovativas y otras que más adelante se revisarán, respecto a este tema.

Es de destacar a la ponderación como método para “pesar” estos derechos en choque; con la ponderación podría ser aplicable, buscar la delimitación de derechos contrapuestos en las medidas cautelares. El operador de justicia, que recibe una demanda de medidas cautelares, se ve en la encrucijada de saber “¿cuál derecho pesa más?”; el juzgador deberá hacer un análisis de cada caso para fijar los límites. Así por ejemplo en el embargo de una planta industrial ¿dónde

quedan los obreros y su derecho al trabajo, cuando se ven privados de su local de trabajo por un embargo? Tenemos dos derechos encontrados el derecho del trabajo de los trabajadores y el derecho de los acreedores a hacer efectivas sus acreencias. Es allí, donde el juez debiera, con todo su saber y entender, aplicar la ponderación y aplicar la normativa al respecto, pero sin descuidar los insuperables derechos constitucionales.

Para la doctrina existen varias corrientes; una es que al juez se debe dejar la aplicación de medidas cautelares a su libre arbitrio; y otra es que deben existir normas procedimentales para cada caso.

El procedimiento cautelar -al alcance de todos por principio de igualdad- ha venido siendo usado, en algunos casos, como instrumento contra quien viéndose en situación débil, termina cediendo, ante quien se le otorga la medida cautelar (aunque esta situación en algunos casos se ha dado a través de injustos procesos cautelares). Consecuentemente varios principios como los principios de debido proceso, tutela judicial efectiva, acceso a la justicia efectiva etc. se ven vulnerados.

La consecuencia de no tener una normativa clara y adecuada, es la denegación de justicia, además de violaciones a los principios como igualdad, tutela judicial efectiva, debido proceso, a la defensa, etc. Esto es, que la figura jurídica de las medidas cautelares, al no estar debidamente normada no alcanza el fin último que es la justicia.

La presente tesis busca ilustrar la indefensión, en que suele encontrarse el demandado o tercero afectado de una medida cautelar, frente a quien la interpuso, y las posibles salidas, hasta encontrar el equilibrio de los derechos contrapuestos. Se estudiará la doctrina actual para poder resolver los problemas que enfrenta las medidas cautelares.

Dentro de las pautas para actuación de una decisión cautelar, podemos señalar:

1.- La decisión cautelar requiere un grado especial de convicción, generador de cuasicerteza y que sólo puede ser producido por la consideración de la pretensión, de la defensa y de los elementos de juicio, que tales postulaciones presentan al saber los hechos alegados; la prueba documental acompañada, reconocimiento y desconocimiento de la misma, valor de los argumentos jurídicos aportados y en general la posición de la parte demandada, frente a las cargas procesales establecidas al momento de resolver, sobre la anticipación y poder de convicción de las respectivas posturas y/ o pretensiones. El juez tendrá que llegar a una plena convicción de ordenar la medida cautelar, en base a los documentos aparejados a la demanda, y así establecer la necesidad y monto de la misma.

2.- Eliminación de la sustanciación mínima, cuando medien razones de urgencia tales, que puedan acentuar gravamente la irreversibilidad del daño.

Pero pueden ser urgentes o no. En ámbito de familia hay medidas cautelares, mucho más urgentes que la de tipo económico, ejemplo que salga el agresor de la casa.

Por otro lado y en tratándose de los juicios ejecutivos, se puede pedir medida cautelar sólo con el documento de crédito, un pagaré, una letra de cambio. En definitiva se aplica la sustanciación mínima, pero se exige es el derecho mismo.

3.- Mantenimiento como principio, de la decisión anticipatoria, hasta la sentencia definitiva.

4.- Correlación y contabilización con las medidas cautelares, de modo que éstas se puedan juzgar de manera previa, a la decisión anticipatoria para asegurar su dictado, o bien servir de instrumento para concretar la anticipación, según lo impongan las circunstancias del daño.

5.- Manejo ponderado de las contracautelas exigibles, al apunto de poderlas eliminar, si su exigencia torna imposible la anticipación o si los valores y tipo de bienes en juego así lo permiten. Ejemplo: Prestaciones alimentarias, tenencias de hijos (no cabe la contracautela).

6.- Descomposición de la pretensión, de manera que puedan producirse satisfacciones parciales.

Interrogantes a las que responde: Formulación del problema

¿En qué punto el derecho a la defensa del afectado y/o otros derechos constitucionales se ven vulnerados, por no poder ejercer su derecho de contradicción, dentro de un proceso cautelar y si esta vulneración afecta además, al derecho al debido proceso?

La falta de normatividad clara y actual para las medidas cautelares hace que en algunas ocasiones el derecho a la defensa, tutela judicial efectiva y debido proceso se vean afectados, sobre quien pesa una medida cautelar. Es necesario entonces, una optimización y normalización de la aplicación de las medidas cautelares, que incluya la nueva doctrina referente a este tema. El operador de justicia, deberá hacer un análisis de cada caso, para fijar los límites y aplicar la ponderación para “pesar” los dos derechos en conflicto.

Variables e indicadores

Variable (independiente): Falta de normatividad clara y actual para las medidas cautelares (Causa)

Variable dependiente:

Optimización y normalización de la aplicación de las medidas cautelares.

Aplicación de la nueva doctrina referente a las medidas cautelares.

Delimitación de derechos contrapuestos en las medidas cautelares por medio de la ponderación (Efecto).

Indicadores (ejes de la investigación).

Medidas cautelares acordes a la doctrina actual y sus nuevas tendencias.

Contracautela, medidas genéricas y audiencias previas con conocimiento del demandado, como mecanismos de igualdad de las partes en el proceso.

Contraposición dentro de un proceso cautelar de los derechos del demandante, contra los derechos del demandado: debido proceso, acceso a la justicia y del derecho de defensa.

Preguntas de investigación

¿Cómo se está procediendo en la actualidad con las medidas cautelares? La aplicación de las medidas cautelares queda a discrecionalidad del juez, mediante normas establecidas señaladas en la ley.

¿De qué manera se puede optimizar la aplicación de las medidas cautelares, sin menoscabar los principios de defensa y del debido proceso?

Hay varias posturas pero podría ser la ponderación de derechos la más acertada.

¿Cómo el operador de justicia aplica justicia si en definitiva y dado que la última Constitución afirma, que todos los derechos son iguales?

El juez debe estudiar el proceso exhaustivamente, tratando de llegar a la verdad procesal, para emitir un pronunciamiento que no vulnere los derechos de las partes. En definitiva, siempre la discrecionalidad del juez será muy importante.

1.4.- Objetivos.

a.- Objetivo General:

Proponer reformas a la ley, referentes a la debida aplicación de medidas cautelares y mostrar a la ponderación como un camino para la solución de choques de derechos.

b.- Objetivos específicos

Identificar los vacíos de la normatividad, con respecto a las medidas cautelares.

Analizar el procedimiento cautelar, doctrina actual y legislación comparada.

Analizar la aplicación de los principios del debido proceso y derecho a la defensa.

Establecer los parámetros de la ponderación de derechos que hace referencia el Neoconstitucionalismo.

Determinar la incidencia de la falta de aplicación de los principios jurídicos de principios del debido proceso y derecho a la defensa.

1.5.- Justificación

La presente investigación se justifica por las siguientes razones:

a.- Su estudio hará posible encontrar las falencias, existente dentro de la normatividad de las medidas cautelares

b.- El análisis de otras legislaciones y de la doctrina relacionada con las medidas cautelares, además de la contracautela, la ponderación, las medidas genéricas, podrá dar luces para la aplicación de dichas figuras en el Ecuador.

c.- Permitirá establecer pautas, para realizar una ponderación entre el derecho de quien propone una medida cautelar y el derecho de quien la sufre.

d.- Hará posible proponer soluciones, para tener claro la forma de aplicar esa ponderación.

e.- Su estudio es pertinente y se justifica, para la implementación de nuevas corrientes sobre las medidas cautelares acordes, a la doctrina jurídica actual.

f.- Propondrá una normativa que permita tener acceso a una justicia efectiva, para que se puedan viabilizar procedimientos justos y expeditos.

Delimitación

Campo: Jurídico

Área: Constitucional, Civil

Tema: Ámbito de aplicación y delimitación de las medidas cautelares de carácter civil frente a los principios del debido proceso y del derecho a la defensa

Delimitación Especial: Ecuador

Delimitación Temporal: Seis meses del año 2010

Resultados esperados

Que al analizar la normativa y doctrina, referida de las medidas cautelares y el principio del derecho a la defensa y al debido proceso, se presente un proyecto de reformas, que incluya entre otros el derecho del afectado a ser oído y la ponderación de estos derechos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Es importante destacar dentro del Marco Teórico, a la doctrina actual nacional y extranjera, a la legislación comparada sobre medidas cautelares y a lo señalado dentro de la Constitución y las leyes. Hoy la ponderación de derechos está establecida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como método de interpretación; está planteado como un camino para la solución de conflictos, entre derechos confrontados.

II.I.- MEDIDAS PREVENTIVAS O CAUTELARES

No podemos empezar a estudiar las medidas cautelares, sin mencionar a la tutela judicial efectiva. Es CALAMANDREI, Piero ² quien liga la tutela cautelar al principio de tutela judicial efectiva, de donde se deriva un poder general de cautela:

La tutela cautelar explica en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son el relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.

Siguiendo con el tema, el mismo maestro menciona, que las decisiones cautelares están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional y de ese modo evitar una eventual burlar a la justicia por parte del deudor-demandado dentro de un

² Calamandrei, Piero. “Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares” páginas 45, 140

proceso cautelar. La tutela jurisdiccional cautelar por consiguiente, tiene como finalidad mediata evitar la circunstancia descrita.

La tutela jurisdiccional cautelar se dirige a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la de la justicia, se reduzca una insubstantial proceso de lentos mecanismos. Las medidas cautelares se disponen en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento.

Denominación de las medidas cautelares

La doctrina no tiene un criterio uniforme respecto a la denominación de las medidas cautelares; pero la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, en su artículo 1, menciona que para los efectos de dicha Convención, las expresiones “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilizan, para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro, en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer, o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil.

En nuestro Código de Procedimiento Civil, esas medidas de protección o medidas cautelares, son de dos clases: las primeras las relativas al juicio ejecutivo 424 del Código de Procedimiento Civil Codificado, las llama precautorias y al tratar del proceso cautelar artículos 897 del mismo cuerpo legal las llama preventivas.

Concepto de medida cautelar.- Para SALCEDO VERDUGA, Ernesto:³

Es un conjunto de medidas de protección adoptadas por los tribunales judiciales o arbitrales -antes de la iniciación de un proceso o durante su pendencia- en beneficio del acreedor que

³ SALCEDO VERDUGA, Ernesto (2006) Las Medidas Cautelares en el arbitraje, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Primera Edición, página 10

fundadamente cree que su crédito, por actos u omisiones del deudor, se encuentra en grave riesgo; y que tienden a impedir que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso en lo principal y el pronunciamiento de la resolución definitiva sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite, dificulte o torne inoperante la ejecución forzada o los efectos de la sentencia o del laudo firmes.

Este concepto, es el reflejo de lo señalado en el Código de Procedimiento Civil, relacionado a créditos impagos. Como lo analizaremos durante la presente tesis, esta figura de medidas cautelares deben ser entendida más allá de estos lineamientos. La primera desactualización doctrinal que demuestra el concepto del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, es que al tener un crédito impago es un derecho y no la presunción de un derecho “*fumus boni iure*”, que es uno de los presupuestos principales de las medidas cautelares, que destaca la doctrina actual.

CRUZ BAHAMONDE, Armando ⁴ indica: “*Las personas naturales o jurídicas que sean o crean ser titulares de un derecho se encuentran amparadas por la ley para protegerlo. Esta manera de encarar esa protección adopta la forma de cuidar, amparar, prever el daño que los bienes materiales, las personas y los bienes morales, pueden sufrir por su deterioro, por su destrucción o por su desaparición*”. Dentro de tutela judicial efectiva, se encuentra las medidas cautelares, como instrumento de las organismos judicial para hacer efectivas acciones judiciales -por urgencia, conservación del bien, o por cualquier motivo- la aplicación de estas medidas, sea una salida rápida y efectiva.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando expresa⁵: “*Se entiende por acciones accesorias aquellas que no tienen vida propia, porque dependen de otra a la que le sirven de afianzamiento o seguridad. Estas acciones pueden intentarse antes o después de la principal, es decir, antes o después de iniciado el juicio en el cual se conoce de ésta. Las acciones accesorias son preventivas y cautelares, ya que tienden a evitar que por maniobras hábiles del demandado o presunto*

⁴ CRUZ BAHAMONDE, Armando (1992) Las acciones del Acreedor, Edino, Guayaquil, página 138

⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, (1985) Compendio de Derecho Procesal, Tomo IV, Bogotá, Editorial ABC- Bogotá, Décima Edición, página 513

demandado se haga ineficaz la demanda que contra él se ha intentado o va a intentarse". Para el profesor colombiano, no ve a las medidas cautelares como procedimiento independiente, sino que es necesaria la presentación de la demanda principal.

Para SALCEDO VERDUGA, Ernesto ⁶ hace referencia a la autonomía del proceso cautelar y manifiesta que:

No puede hablarse en el Ecuador de la existencia de un proceso cautelar autónomo. No nos referimos a las medidas precautorias que se ordenan durante el desarrollo del proceso arbitral, o en los procesos ejecutivos o en la fase de ejecución de las sentencias declarativas, porque indudablemente ellas vienen a ser incidentes que dependen y existen dentro del mismo juicio en que fueron adoptadas. Lo que decimos es que las medidas preventivas establecidas en la Sección 27, del Título Segundo, Libro Segundo, del Código de Procedimiento Civil (artículo 897 y siguientes de la última Codificación), no constituyen procesos cautelares que gozan de verdadera autonomía. (...)Consecuentemente, las providencias preventivas de nuestro Código Procesal Civil no son independientes porque siempre serán adoptadas en relación con un elemento extrínseco como es un posterior proceso que resolverá la cuestión principal, por lo que no podrán tener jamás una existencia autónoma, es decir, no tienen existencia y propósito por sí mismas. Son medidas accesorias, esencialmente provisionales, cuya existencia depende de las contingencias del proceso principal, a cuyo resultado sirven o garantizan.

Tratando el tema de la autonomía de las medidas cautelares, existe una gran discusión doctrinal; hay autores que mencionan su independencia otros que no la aceptan, pero como lo indica SALCEDO VERDUGA, Ernesto y normado en la legislación ecuatoriana, a la medida cautelar se la considera dependiente de la demanda en lo principal y debe ser presentada dentro del plazo de 15 días. Las medidas cautelares son actos procesales, que cuando se adoptan dentro del trámite de un juicio (judicial o arbitral) devienen en incidentes procesales y cuando se solicitan como diligencias preventivas, antes del inicio del juicio principal, asumen la forma de un verdadero proceso cautelar, totalmente autónomo en cuanto a su procedimiento se refiere.

⁶ SALCEDO VERDUGA, Ernesto (2006) Las Medidas Cautelares en el arbitraje, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Primera Edición, página 20

CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares presentan una serie de características:

Instrumentales.- Las medidas cautelares son instrumentales, carecen de un fin en sí mismas; su existencia depende de la existencia de un proceso principal, al que aseguran, con el propósito de obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia a dictarse en éste.

Provisionales o temporales.- Las medidas cautelares se limitan a dar una solución temporal, hasta que el litigio se resuelva en forma definitiva.

Restrictivas.- Las medidas cautelares se limitan al objeto del litigio, siendo de interpretación restringida, su aplicación se limita expresamente a los casos taxativamente previstos, por las disposiciones legales que las sancionan.

Urgentes.- Las medidas cautelares son urgentes. Es un elemento inherente al concepto de medida cautelar. Si la medida es procedente, se ordena y se ejecuta de inmediato, sin tener que esperar lapso alguno. El principio “periculum in mora” (peligro en la demora) es uno de los presupuestos necesarios para la admisibilidad de las medidas cautelares.

Proporcionales.- Íntimamente vinculado al criterio restrictivo, con el que deben ordenarse las medidas cautelares. Las medidas cautelares, que se solicitan y se ordenan dentro de un proceso, tienen que estar expedidas sólo para garantizar la decisión que en su momento se dicte en el juicio principal.

Flexibles.- Característica también conocida como mutabilidad, se refiere al hecho de que las medidas cautelares pueden ser variadas a pedido del demandante o titular de la medida o sustituidas y además a solicitud del afectado. Las medidas cautelares pueden ser modificadas o sustituidas, reducidas o ampliadas o finalmente revocadas, en la medida que cambie el estado de cosas para el cual fueron dictadas. El actor de las medidas puede pedir su ampliación, mejora o sustitución, cuando demuestre que la medida no cumple a cabalidad con

su función de garantía. Por otro lado, el afectado puede solicitar su sustitución por otra medida menos gravosa, o su reemplazo por otros bienes de igual valor o la reducción del monto de la cautela originalmente dispuesta, en base al principio *rebus sic stantibus*; cabe modificación en tanto hayan cambiado la situación tomada en cuenta en el momento de decretar la medida cautelar. *Rebus sic stantibus* es una expresión latina, que puede traducirse como "estando así las cosas", que hace referencia a un principio de derecho, en virtud del cual, se entiende que las estipulaciones establecidas en los juicios, lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración; esto es, que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.

Inaudita parte.- Esta característica la estudiaremos con más profundidad que las otras, en razón de su incidencia dentro del choque de los derechos de las partes que intervienen en un proceso judicial. Como lo hemos indicado, las medidas cautelares se ordenan a petición de parte interesada y sin previa audiencia de la contraparte (*inaudita altera pars*). Pero por otro lado, los derechos constitucionales o fundamentales del demandado pudieran verse violados, pues no se produce la contradicción de la prueba, tema de la presente tesis.

El fundamento de esta actuación “*inaudita parte*” es evitar que el afectado se entere con anticipación de la medida dispuesta y realice actos que le den la posibilidad de desaparecer u ocultar los bienes objeto de la medida, o que pretenda enajenarlos antes de que se haga efectiva la cautela. Dicho de otra forma, no se oye previamente al demandado, para evitar la posibilidad de frustrar el propósito asegurativo o protector de la medida cautelar. Aquí es importante analizar donde queda el derecho del afectado de la medida cautelar, cuando no es oído, previamente a una resolución favorable de un proceso cautelar. Una circunstancia más gravosa aún, es el caso de una demanda cautelar que involucra a un tercero, que pudiera ser que nada tiene que ver dentro de un secuestro o de un embargo y que se ve afectado en sus derechos por ejemplo de dominio de un bien inmueble. A este tercero no se le notifica del proceso, peor aún no contradice la prueba; éste conoce del proceso cuando la medida cautelar ya está ejecutada.

El principio *inaudita altera pars* se encuentra íntimamente ligado con el principio de contradicción de la prueba que lo tratamos a continuación.

Principio de contradicción de la prueba

Para Couture citado por VESCOBI, Enrique ⁷ el principio se formula y resume a través del precepto: *audiatur altera pars* “óigase a la otra parte”. En la época moderna se suele hablar de las garantías al debido proceso. Couture recogiendo una expresión de derecho del common law “su día ante el tribunal” (“his day in Court”) que resume las garantías mínimas del debido proceso. Este principio consagra que no es necesario que el imputado o un tercero afectado, intervenga efectivamente en la causa, sólo debe tener la oportunidad de ser oído, para poder pedir pruebas, alegar, defenderse e interponer recursos y así lograr una sentencia legal y justa. El derecho de contradicción de la prueba se aplica, cuando la parte examina y analiza la prueba, la lee, la revisa y la estudia para que pueda defenderse.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo 8, que trata sobre Garantías Judiciales, menciona que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial y establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. En este mismo sentido, el Pacto de los derechos Económicos Sociales Culturales, Civiles y Políticos en el Art. 14 expresa que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal, formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

El derecho de contradicción existe desde el momento en que es admitida

⁷ VESCOBI, Enrique (1984) Teoría General del Proceso, Bogotá, Editorial Temis, página

por el juez la demanda contenciosa, independiente no sólo de la razón o sin razón que acompañe la pretensión del demandante, sino que el demandado se oponga o no a aquella y proponga o no excepciones y de la seriedad de éstas; o desde el momento, en que contra una persona surge en la investigación penal sumaria o previa una imputación, fundada o infundada, así lo expresa DEVIS ECHANDÍA, Hernando⁸. El origen es constitucional.

Tenemos la opinión favorable de SALCEDO VERDUGA, Ernesto⁹ sobre la no aplicación del principio *inaudita altera pars*, para los procesos cautelares:

No escuchar previamente al afectado con la medida preventiva, no significa, en modo alguno, constreñir el ejercicio de su derecho a la defensa, soslayando el principio de bilateralidad o contradicción propio del debido proceso. Lo que ocurre es que la etapa de contradicción se difiere para que se haga efectiva con posterioridad a la traba de la medida y estrictamente limitada a la posibilidad de impugnación de la resolución que la concede, en procura de su revocatoria o modificación, a través de la apelación que en el proceso cautelar judicial sólo se concederá en el efecto devolutivo.¹⁰

En opinión de la autora de la presente tesis, para evitar que la parte sometida a una medida cautelar, se encuentre en una posición de vulneración de su derecho constitucional a ser oído, el afectado -titular de derechos o tercero- pudiera ser escuchado en audiencia como regla general y sólo excepcionalmente el juez pudiera proceder con la demanda, sin previamente escucharlo (en concordancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo el Pacto de los derechos Económicos Sociales Culturales, Civiles y Políticos mencionados). Este tipo de audiencias se encuentran estipuladas en el artículo

⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, (1985) Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Bogotá, Editorial ABC- Bogotá, Décima Edición

⁹ SALCEDO VERDUGA, Ernesto (2006) Las Medidas Cautelares en el arbitraje, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Primera Edición, página 31

¹⁰ Lo señala artículo 921 del Código de Procedimiento Civil que manifiesta que las resoluciones sobre secuestro, prohibición de enajenar, retención, prohibición de ausentarse y remoción del depositario, no serán apelables sino en el efecto devolutivo.

733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, que más adelante se estudiará.

Presupuestos de las medidas cautelares

La medida cautelar es un proceso de aseguramiento, deben existir para la época que se expida los siguientes presupuestos básicos:

a.- un razonable orden de probabilidades sobre la existencia del derecho, que pueda asistir al peticionante, según las circunstancias, vale decir la verosimilitud del derecho - Fumus boni iure-; la apariencia de un derecho. Pero no es indispensable que exista el derecho sino sólo la apariencia.

b.- Una objetiva posibilidad de frustración riesgo o estado de peligro de ese derecho, invocado por el demandante, el comúnmente denominado peligro en la demora “Periculum in mora”.

c.- Y el otorgamiento de garantías suficientes, en el caso que la solicitud no reciba finalmente auspicio, es decir, la prestación de una adecuada contracautela -que es en definitiva una caución- de manera que no se pueda causar un perjuicio al afectado, por parte del actor que plantea la medida cautelar. Además, atendiendo al principio de igualdad, si el demandante puede pedir cautela, el demandado también puede hacerlo. La figura de la contracautela no existe en Código de Procedimiento Civil, pero si en el ámbito de propiedad intelectual (Artículo 307 Ley de Propiedad Intelectual) y de arbitraje (Artículo 9 Ley de Arbitraje).¹¹

¹¹ Ley de Propiedad Intelectual, Artículo 307.- El juez exigirá al actor, atentas las circunstancias, que presente fianza o garantía suficiente para proteger al demandado y evitar abusos”

“Ley de Arbitraje, Artículo 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo (...)”

La verosimilitud del derecho o fumus boni iuris.- Se requiere que el juez aprecie (con la prueba aportada por el peticionante) que existe la posibilidad que la pretensión propuesta –o que se va a proponer- en el proceso principal sea atendida, para que expida la decisión cautelar. En este caso, el juez debe realizar un cálculo de probabilidad, que le permita inferir que la pretensión principal sea amparada y no que sea desestimada.

Las medidas cautelares no exigen del juzgador un examen de certeza, sobre la existencia del derecho pretendido, sino solamente una aceptable verosimilitud; esto quiere decir, que es suficiente para el solicitante de la medida, demostrar al órgano jurisdiccional la probabilidad de que exista su derecho y acreditar la apariencia de ese derecho (fumus boni iuris: humo de buen derecho). No se requiere, por supuesto, prueba concluyente o determinante del derecho invocado; vale decir, no se requiere que exista certeza en el juez para atender la pretensión cautelar, solo se requiere apariencia.

La expectativa jurídica que se pretende tutelar, debe presentar un alto grado de probabilidad de éxito, en relación a la resolución final del proceso. El propósito de la medida cautelar es asegurar la eficacia de la sentencia, que vaya a dictarse en un posterior juicio principal. No necesario demostrar la certeza del derecho en un proceso cautelar, pues si no obtendríamos una sentencia definitiva sobre el fondo del asunto y entonces, ya no serviría un juicio principal.

Tal cual lo afirma el maestro CALAMANDREI, Piero ¹² *“Si para emanar la medida cautelar fuera necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la providencia principal, valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud”*. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico está en una posición de retraso con otras legislaciones extranjeras, pues exige la

¹² CALAMANDREI, Piero (1936), Introducción al Estudio Sistemático del Procedimiento Cautelar. Padua, Traducción de SENTÍS MELENDO (1945), Buenos Aires, página 77

existencia de un derecho y no la apariencia del mismo:

Art. 899 del Código de Procedimiento Civil.- Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario:

- 1. Que se justifique, con pruebas instrumentales, la existencia del crédito; y,**
- 2. Que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en tal mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos.**

El Código de Procedimiento Civil en los artículos 897 y siguientes, tratan a las medidas cautelares, supeditadas sólo a la existencia de un derecho (crédito). Pudiera reformarse y basarse en la apariencia de un derecho. Y los artículos referentes al juicio ejecutivo son aún más exigentes, con la existencia de créditos impagos.

La orden judicial de una medida cautelar debe garantizar al demandado que la medida cautelar que se disponga, aunque sea inaudita parte, sea ordenada luego de que el juez examine y compruebe la existencia de los presupuestos de exigibilidad de la medida (entre los que se encuentra la apariencia de buen derecho invocado, la cual el actor debe justificar con las evidencias aparejadas a la solicitud, esto es, que respalda la petición, con las pruebas que exige la ley). El juzgador puede anticipar, con base a las evidencias, que en el proceso principal, se declarará la certeza del derecho.

Demostrabilidad de la verosimilitud del derecho

La experiencia y la doctrina corroboran, que es necesario que el juzgador observe los hechos y aprecie de ellos sus posibles consecuencias, antes dictar la medida cautelar. Dentro de este tema, en nuestro Código de Procedimiento Civil las medidas precautorias, propias del juicio ejecutivo (prohibición de enajenar, secuestro, retención, embargo) se ordenan previa presentación de pruebas documentales, que justifiquen que los bienes materia de la tutela, pertenecen al demandado u obligado; cualquier documento público o privado que acredite con suficiencia el derecho aparente del acreedor y la obligación correlativa del

deudor, es suficiente para que proceda la solicitud de medidas cautelares. En caso, que el solicitante no aporte ninguna prueba documental en qué apoyar la apariencia de su derecho, necesariamente se deberá negar la medida, puesto que la ley no da ninguna alternativa al respecto.

El artículo 421 del Código de Procedimiento Civil permite que se conceda la prohibición de enajenar bienes inmuebles, si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del Registrador de la Propiedad, en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces, y que éstos no están embargados. La retención o el secuestro de bienes muebles se pueden solicitar, siempre que se acompañe prueba de que tales bienes son de propiedad del deudor; en este caso, también se admite la prueba testimonial, tal como lo indica el Artículo 422 del mismo Código. El embargo sobre bienes raíces, se puede dictar en el auto inicial de un juicio ejecutivo, a solicitud del ejecutante, siempre que la ejecución se funde en título hipotecario o en sentencia ejecutoriada, como lo expresa el Artículo 423 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, las medidas preventivas (secuestro, retención, prohibición de enajenar, arraigo –que se pueden pedir antes de presentar la demanda sobre el asunto principal o en cualquier estado del juicio-) se ordenan siempre que el solicitante justifique, con prueba instrumental, la existencia del crédito. En el caso de las medidas precautorias del proceso ejecutivo, las pruebas documentales que se exigen son específicas: documentos públicos (certificados del Registro de la Propiedad) o testimonios judicialmente autorizados (información sumaria de testigos) que demuestran que los bienes objeto de la cautela pertenecen al deudor.

Con relación a la prueba instrumental, para la adopción de las medidas cautelares, las legislaciones de diversos países limitan los medios de prueba, que el actor puede aportar, para comprobar la existencia de la obligación del demandado. Como se lo indicó, la legislación ecuatoriana exige que la apariencia del derecho de quien solicita una medida cautelar, se justifique con la presentación de “prueba instrumental”.

Esta prueba documental, debe acreditar por una parte la existencia de una

específica relación obligatoria (de dar, hacer o no hacer); y por otra, que la relación jurídica se constituyó efectivamente, entre el solicitante de la medida como acreedor y el sujeto pasivo de la misma como deudor. Con la prueba documental (para justificar la creencia del derecho) se delimita el conocimiento del juzgador, al permitir que forme su convicción solamente en base a los documentos aportados por el actor.

Tal como lo podemos apreciar, la apariencia de un derecho no es presupuesto que se encuentra dentro de nuestra ley, pues ésta exige sin excepciones que exista un derecho, un préstamo impago; con lo cual, no se encuentran debidamente normadas otras situaciones jurídicas.

El peligro en la demora o periculum in mora.- Es presupuesto fundamental de toda medida cautelar –además de la verosimilitud del derecho- el peligro en la demora (*periculum in mora*). La condición general para dictar una medida preventiva es el temor de un daño o la inminencia de un posible daño a un derecho, o a un posible derecho. Si este daño, es o no en realidad, inminente y jurídico, resultará de la sentencia definitiva.

Afirma CALAMANDREI, Piero¹³ “el *periculum in mora*” “*es, específicamente, el peligro del ulterior daño material que podría derivar del retraso en la obtención de la resolución definitiva.*” El maestro italiano define dos elementos que configuran este presupuesto: la demora en la obtención de la sentencia definitiva y el daño que se produce como consecuencia de este retraso. El retraso en el desarrollo del proceso ante la justicia común, puede dar lugar a alguna circunstancia que perjudique de manera inmediata o a futuro, los derechos de alguna de las partes en el proceso, a sus bienes, o a sus expectativas de derecho, hasta el punto de imposibilitar o volver inoperante el fallo.

El retraso en la administración de justicia es el fundamento indiscutible de la tutela cautelar. Es el temor, fundado en la configuración de un daño a los

¹³ CALAMANDREI, Piero (1936), *Introducción al Estudio Sistemático del Procedimiento Cautelar*. Padua, Traducción de SENTÍS MELENDO (1945), Buenos Aires, página 42

derechos del demandante, que puede darse como consecuencia de que la tutela jurídica, que éste persigue y espera de la sentencia a expedirse en el juicio principal, no pueda hacerse efectiva, porque en función del transcurso del tiempo en el trámite del juicio, los efectos del fallo definitivo resulten inoperantes o de cumplimiento imposible.

El juez al calificar la demanda cautelar, ejecuta un análisis racional y rápido, en relación a la verosimilitud del derecho invocado y la posibilidad del daño y examina si las circunstancias de hecho -conocidas por las pruebas aportadas y presentadas al juzgador- dan serio motivo para temer el suceso perjudicial. En definitiva, si el caso es urgente y si por lo tanto, es necesario amparar la pretensión cautelar.

Los riesgos a los que están sometidos los bienes litigiosos o los derechos de las partes, durante el transcurso de tiempo que necesita el trámite procesal, incluyen los derivados de la imposibilidad práctica de su ejecución y los que se producen como consecuencia de la demora natural de todo proceso. La demora en los procesos puede llevar, a que el juicio principal quede sin efectividad, toda vez que los litigantes de buena o mala fe, realicen actividades que acarreen sustraerse de su cumplimiento, o porque en razón de la propia naturaleza jurídica del proceso el fallo, se lo hace con tal tardanza, que lo vuelve inejecutable.

El periculum in mora como presupuesto de la medida cautelar en el procedimiento civil ecuatoriano

En nuestra legislación procesal no se recoge expresamente este presupuesto importante de las medidas cautelares “periculum in mora”, para la adopción de dichas medidas. En su lugar, se exige la demostración de que el deudor u obligado dé la impresión, de que se sustraerá al cumplimiento de la sentencia de pagar un crédito insoluto. El numeral 2 del artículo 899 del Código de Procedimiento Civil lo prescribe así, para disponer la medida cautelar o preventiva: *“Que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en tan mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos”*.

Este requisito de la cautela en el Ecuador, se la conoce como suspectio debitoris (sospecha del deudor). En la práctica la suspectio debitoris se la asimila al periculum in mora, entendido como el peligro en la efectividad de la sentencia, por existir temor o recelo de la insolvencia del deudor o de la ocultación de los bienes de éste.

La contracautela

Es una medida cautelar especialísima, porque está destinada a garantizar el resarcimiento de los eventuales daños derivados de la ejecución de una medida cautelar, ante la contingencia de que la pretensión principal sea declarada infundada. La contracautela es por ello garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares.

CHIOVENDA, Giuseppe ¹⁴ explicando la finalidad de la contracautela manifiesta que *“aquella se instituye para garantizar el resarcimiento de daños a quien se hubiera desprovisto o disminuido del goce de un bien en virtud de una preventiva, y que por tal razón ésta puede ir acompañada de una medida de contracautela, es decir, el mandato al actor de prestar fianza”*. El propósito de la contracautela -además de concretar el principio de igualdad entre las partes, compensando la falta de contradicción inicial que caracteriza a la adopción de una medida cautelar- es la de responder por los daños y perjuicios que podría generar la medida, si ésta hubiera sido pedida sin derecho, pues la adopción de una medida cautelar puede causar graves perjuicios en la esfera jurídico-patrimonial del demandado. Si la sentencia que se dicte en el proceso principal, acepta la demanda, los perjuicios surgidos en virtud de su adopción se pueden considerar legítimamente causados. En cambio, si la decisión del juez es desestimatoria de la demanda, los perjuicios causados en el patrimonio del deudor deben ser resarcidos. Este es el fin último de la contracautela.

En algunas legislaciones procesales, la contracautela no es un requisito

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, (1951) Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I Conceptos Fundamentales, Doctrina de las Acciones, III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, página 318

exigible para todas las medidas que se solicitan, sino que la clase de medida cautelar que se pide, determinará si aquella debe o no ser exigida. Sin embargo, este sistema se lo considera como una excepción, puesto que la contracautela es en definitiva, el remedio legal que asegura la indemnización de los eventuales perjuicios que se llegaren a causar al afectado con la medida. Por otro lado, existe legislación comparada que deja en ocasiones su exigencia de contracautela, al libre arbitrio del órgano jurisdiccional, de lo que resulta que la imposición de la contracautela puede ser regulada o discrecional, es decir, ordenada en algunos casos por la ley y en otros casos, dispuesta por los jueces o árbitros al amparo de su libre criterio.

Clases de contracautela:

Según el objeto o contenido de la contracautela:

Este es el criterio tomado en cuenta por la doctrina civilista, conforme al cual, la contracautela puede ser de naturaleza real o personal, veamos:

1.- Contracautela real.- Conforme a las normas del Código Civil y la propia doctrina civilista, los derechos reales pueden divididos en dos grandes grupos: los derechos reales principales y los derechos reales de garantías. Entre los derechos reales de garantía, están la prenda, la anticresis, la hipoteca y el derecho de retención.

La contracautela de naturaleza real, ofrecida por el demandante, puede tener como contenido la obligación de pago, que asume un tercero ajeno a la relación procesal o sustantiva; es decir, la prenda, o hipoteca pueden ser constituidas por el propietario de tales bienes para garantizar los eventuales perjuicios que la medida cautelar obtenida por el demandante, pueda generar ante el desamparo de su demanda en el proceso principal.

2.- Contracautela personal.- En relación a la contracautela de naturaleza personal, es aquella caución constituida por una promesa de pago (obligación de dar suma de dinero) que directa o indirectamente, siempre es imputable y corre a

cargo del solicitante y eventual titular de la medida cautelar, es decir, intervenga o no un tercero, la responsabilidad siempre corresponde al demandante. La intervención del tercero es para obligarse a pagar la suma de dinero por el demandante, en la eventual responsabilidad de emergencia y la ejecución de la medida cautelar; y si a la postre, la medida cautelar solicitada es ilegítima. Esta contracautela personal, a su vez tiene una subdivisión tomando como criterio la forma de realización:

a.- Contracautela personal de realización inmediata.- Es aquella cuya realización no requiere de mayor trámite o articulaciones procesales, puesto que se encuentra contenida o representada en un título, que puede ser un certificado de depósito o una fianza.

b.- Contracautela personal de realización mediata o caución juratoria.- Es aquella contracautela cuya realización no se encuentra suficientemente garantizada, debido a que está constituida únicamente por la promesa de pago bajo juramento que efectúa el demandante (en algunas legislaciones sólo se formaliza mediante la certificación de firma ante juez). Es de realización mediata, no por su forma de constitución, sino por la incertidumbre y previsible demora en su realización o ejecución.

La caución juratoria se constituye en el expediente, con la solicitud de la medida cautelar y consiste en la declaración que hace el demandante, bajo juramento, que se responsabiliza de los daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar, si no resultare fundada su demanda.

Según la intervención o no de un tercero:

1.- Contracautela personalísima.- El demandante ofrece la contracautela de tipo real o personal sin intervención de terceros, es decir, garantiza el pago de contracautela, hipotecando o prendando bienes de su propiedad, o depositando determinada suma de dinero a la orden del juzgado y en favor del demandado o afectado, ante la eventualidad de no ampararse su demanda. La contracautela es personalísima cuando la promesa de pago de la eventual indemnización, no

admite intervención de tercero; ésta puede ser personal o real.

2.- Contracautela con intervención de tercero.- Es la contracautela que ofrece el demandante o titular de la medida, con la intervención del tercero, quien ante el juez efectúa una promesa de pago dinerario o con afectación de su patrimonio, mediante prenda o hipoteca, en nombre del demandante o solicitante de la medida cautelar. La intervención del tercero sólo se da con finalidad contracautelar, más no para convertirse en parte activa o pasiva de la relación procesal existente.

Graduación de la contracautela.- El juez debe tener en cuenta -como elemento fundamental de la cuantificación- la valoración de los hipotéticos daños y perjuicios que pueden originarse a la persona del demandado. Esa valoración debe hacerse con criterio de proporcionalidad, suficiencia y ponderación con relación a una eventual responsabilidad, puesto que estos conceptos, se encuentran en íntima relación con el propósito de la garantía, que es la de responder por los daños y perjuicios. Hay quienes consideran erróneamente, que el monto de la contracautela debe fijarse en proporción inversa de la verosimilitud del derecho invocado; es decir, a menor verosimilitud mayor contracautela; no obstante tal apreciación no resulta válida. La contracautela sirve para asegurar, el resarcimiento de los daños que eventualmente pueda causar la medida cautelar, la cuantía de dicha garantía debe estar en relación a la magnitud del daño.

Por ello, la contracautela debe estar en función, más que de la verosimilitud del derecho invocado –que debe existir necesariamente- del posible daño que puede causar, en caso sea desestimada la pretensión principal. No resulta válido el argumento normalmente expuesto, que a mayor verosimilitud menor contra cautela.

En opinión de la autora de la presente tesis, es imprescindible que se incorpore la figura de la contracautela, que viene a equiparar la situación del afectado de la medida cautelar, dentro del procedimiento procesal civil. (Como lo veremos a continuación, ya se encuentra dentro del procedimiento de propiedad intelectual y de arbitraje).

La contracautela en el procedimiento civil ecuatoriano

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano no exige expresamente la contracautela o garantía, de los posibles perjuicios que el otorgamiento de la medida cautelar puede causar al demandado. Pero la contracautela si consta normada en la Ley de Arbitraje y Mediación y en la Ley de Propiedad Intelectual; en la primera ley nombrada se exige expresamente la contracautela, supeditada su concesión a la potestad o arbitrio del árbitro.¹⁵ De este modo la ley protege a la persona afectada con la medida cautelar arbitral, de posibles abusos, asegurándole al mismo tiempo, una indemnización de daños y perjuicios para el caso de que la medida haya sido concedida injustificadamente, esto es, si finalmente no existiere el derecho del solicitante en función del cual se concedió dicha medida.

El árbitro en nuestro país goza de una amplia discrecionalidad en cuanto a exigir la contracautela, así como de la clase o calidad y quantum de la misma, como se menciona en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y del cual señala las siguientes observaciones, SALCEDO VERDUGA, Ernesto¹⁶ en relación a que los árbitros pueden ordenar la contracautela y su monto:

1. Que la contracautela no se presta para asegurar los bienes materia del proceso ni para garantizar el resultado de éste. La contracautela se dispone para garantizar a la misma medida cautelar que el actor solicita, por lo que su monto se limita exclusivamente a cubrir el costo de tal medida y la responsabilidad por los daños y perjuicios que de ella pudieren surgir, si acaso la pretensión del actor fuere declarada infundada en el laudo;

2. Que los árbitros están facultados para evaluar a su libre albedrío todas las circunstancias que la naturaleza del asunto presente para disponer la contracautela en el monto que, a su criterio mejor garantice los intereses del afectado con la medida, si ésta es solicitada sin fundamento y posteriormente desestimada;

3. En virtud de esa potestad discrecional conferida por la ley al árbitro, éste puede exigir la garantía o eximir a la parte

¹⁵ El artículo 9 “(...) Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo (...)”.

SALCEDO VERDUGA, Ernesto (2006) Las Medidas Cautelares en el arbitraje, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Primera Edición

solicitante de presentar la contracautela, si así lo considera pertinente.

El árbitro está plenamente facultado para estipular una medida cautelar, señalar la cuantía y además de eximir a la parte actora de presentar esta caución. Por otro lado, en materia de propiedad intelectual el artículo 307 de la Ley de Propiedad Intelectual prescribe que el juez exigirá al actor atentas las circunstancias, que presente fianza o garantía suficiente para proteger al demandado y evitar abusos.¹⁷

Caución del demandado afectado por la medida cautelar

Por otro lado el artículo 9 de la Ley de Arbitraje, en su inciso segundo, expresa que “*la parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el Tribunal*”. La caución la puede constituir el deudor-demandado, a fin de conseguir la suspensión de la medida cautelar contra él acordada; esta clase de caución es distinta a la contracautela, que debe prestar el solicitante de la medida cautelar; es claro que ambas tienen una finalidad y funcionalidad diversas.

Medidas cautelares que se pueden adoptar en el Ecuador:

a.- Señaladas en el Código de Procedimiento Civil como medidas preventivas

El proceso cautelar o juicio de medidas preventivas prescrito en el Código de Procedimiento Civil sólo admite en principio, la adopción de dos clases de medidas cautelares, de acuerdo al artículo 897: el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se va a litigar, o de bienes que aseguren el crédito. Pero el artículo 900 del mismo cuerpo legal, permite también al acreedor solicitar la prohibición para que el deudor enajene sus bienes raíces, a fin de que quede impedida la enajenación del inmueble, así como prohíbe la constitución de

¹⁷ Art. 307.- El juez exigirá al actor, atentas las circunstancias, que presente fianza o garantía suficiente para proteger al demandado y evitar abusos.

hipotecas, o cualquier otro gravamen que limiten el dominio del mismo. Y el artículo 912 del mismo cuerpo legal, admite solicitar la prohibición de ausencia o arraigo al deudor extranjero que no tiene bienes raíces.

b.- Señaladas en el Código de Procedimiento civil como medidas precautorias dentro del juicio ejecutivo

Por la naturaleza del juicio ejecutivo, estas medidas precautorias se pueden solicitar en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia de primera instancia. La cautela -dentro del mismo juicio ejecutivo- se puede obtener fácilmente, cualquiera de las medidas preventivas siguientes:

1.- Prohibición de vender, enajenar, hipotecar o constituir otro gravámen, o celebrar contrato que limite el dominio o goce de los bienes inmuebles, que es el juez determine alcance, para responder por el valor de la obligación demandada. Para que se ordene medida cautelar sobre los bienes raíces, éstos no deberán estar embargados; esta prohibición comprende, que la enajenación, hipoteca o gravamen de los bienes prohibidos es nula.

2.- Retención o secuestro de bienes muebles: Esta medida preventiva puede solicitarse en sustitución de la prohibición de enajenar y en tratándose del secuestro, se verificará mediante depósito y la entrega por inventario. En ambos casos, habrá de acompañarse prueba de que los bienes son de propiedad del deudor y tal prueba puede ser testimonial.

3.- Embargo: El embargo es una medida procesal de desapoderamiento, propia de la vía de apremio. En nuestro sistema ecuatoriano puede ordenarse en la etapa cognoscitiva del juicio ejecutivo, haciendo las veces de una medida preventiva, en dos supuestos:

a.- El embargo del bien hipotecado, que se ordenará en el auto de pago, a solicitud del ejecutante respecto del inmueble materia de la hipoteca

b.- El embargo que se ordena en los bienes, que se designa el acreedor cuando la ejecución se funda en sentencia ejecutoriada.

c.- Señaladas en la Ley de Arbitraje

El artículo 9 de la Ley de Arbitraje manifiesta lo siguiente: que los árbitros podrán dictar medidas cautelares de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso, o para garantizar el resultado de éste. Como ya lo mencionamos, los árbitros pueden exigir garantía (contracautela) a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo. La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal. Para la ejecución de las medidas cautelares los árbitros, siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno, del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas. Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el aludido artículo 9, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

d.- Señaladas en la Ley de Propiedad Intelectual

El artículo 306 de la Ley de Propiedad Intelectual prescribe que el juez ordenará la medida al avocar conocimiento de la demanda, siempre que se acompañen pruebas sobre indicios precisos y concordantes, que permitan razonablemente presumir la violación actual o inminente de los derechos, sobre la propiedad intelectual o sobre información que conduzca al temor razonable y fundado sobre su violación actual o inminente, atenta la naturaleza preventiva o cautelar de la medida y la infracción de que pueda tratarse. El juez comprobará si el peticionario es titular de los derechos, en su defecto, bastará la declaración juramentada, que al efecto se incluya en la demanda. Aquí está operando realmente la urgencia, la falta de formalidad y la expectativa, pues puede declarar bajo juramento la existencia de su derecho.

e.- Señaladas en el Código Laboral

Dado que la ley laboral tiende en definitiva a proteger al trabajador, se aplica una excepción a la cosa juzgada, esto es que sin estar el proceso en el estado de cosa juzgada se pueden aplicar medidas cautelares: “ **Art. 594 del Código de Trabajo.- Medidas precautelatorias.- La prohibición, el secuestro, la retención y el arraigo, podrán solicitarse con sentencia condenatoria, así no estuviere ejecutoriada.**”

La caducidad de la medida cautelar

Tanto a las medidas provisionales, como a las que después en la resolución final han sido ratificadas y ordenadas de manera definitiva, caducan en 15 días, como lo señala el Código de Procedimiento Civil. También caducan las medidas preventivas –provisionales o definitivas- si la demanda en el juicio principal, deja de continuarse durante treinta días. En todos estos casos, el solicitante deberá pagar los daños y perjuicios. Artículo 923 del Código de Procedimiento Civil.¹⁸

En el ámbito de propiedad intelectual, tenemos el artículo 314 de la Ley de Propiedad Intelectual (plazo de caducidad 15 días) y la Decisión 486 artículo 248, que señala el plazo de 10 días para la caducidad de las medidas preventivas, prevaleciendo este último cuerpo legal.¹⁹

¹⁸ Art. 923.- Caducarán el secuestro, la retención, la prohibición de ausentarse y la de enajenar bienes raíces si, dentro de quince días de ordenados, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal; y el solicitante pagará, además, los daños y perjuicios que tales órdenes hubiesen causado al deudor.

Caducarán, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante treinta días.

El inciso anterior es aplicable tanto a las providencias provisionales como a las definitivas.

¹⁹ Art. 314 Ley de Propiedad Intelectual.- Cumplida la medida cautelar se citará la demanda al demandado y el juez dispondrá que comience a correr el término de prueba previsto en el artículo 902 del Código de Procedimiento Civil.

Las medidas cautelares caducarán si dentro del término de quince días de ejecutadas no se propone la demanda en lo principal.

En los casos en que las medidas provisionales sean revocadas o caduquen por acción u omisión del demandante, o en aquellos casos en que posteriormente se determine que no hubo

Clasificación de las medidas cautelares

Para PODETTI, citado por SALCEDO VERDUGA, Ernesto ²⁰ hace la siguiente clasificación, basada en la legislación argentina:

1. Medidas para asegurar bienes: distingue aquí dos clases:
a. Las que se refieren a la ejecución forzosa como el embargo preventivo y el ejecutivo; y, b. Las que tienden a mantener un estado de cosas o meramente asegurativas, como la prohibición de contratar.

2. Medidas para asegurar elementos de prueba, antes de cualquier proceso: cita en el proceso penal, las destinadas a asegurar el cuerpo del delito o elementos de convicción; y en los demás, la comprobación de hechos o del estado y calidad de mercaderías fuera de un proceso pendiente.

3. Medidas para asegurar personas: éstas también admiten una subdivisión:

a. La guarda provisoria de personas que se aplica en el caso de menores abandonados, o cuyos padres o tutores son denunciados por malos tratos, o en caso de disenso y de presuntos incapaces cuya peligrosidad para sí mismo o para los demás haga necesaria su reclusión; y,

b. La satisfacción de necesidades urgentes que comprende “los frecuentes procesos por alimentos provisionales de cónyuges en trance de divorcio y de otros parientes; de pedidos de litis expensas; de asistencia de enfermedades.

De la revisión de esta clasificación, podemos ver reflejada en nuestra legislación a la mayoría de las medidas cautelares mencionadas, como el embargo, la tutela de menores abandonados o incapaces, alimentos para cónyuges en trance de divorcio y de otros parientes, etc.

infracción o amenaza de infracción de un derecho de propiedad intelectual, el juez competente ordenará al actor, previa petición del demandado, la indemnización de daños y perjuicios.

Art. 248 Decisión 486.- Cuando se hubiera ejecutado una medida cautelar sin intervención de la otra parte, ella se notificará a la parte afectada inmediatamente después de la ejecución. La parte afectada podrá recurrir ante la autoridad nacional competente para que revise la medida ejecutada.

Salvo norma interna en contrario, toda medida cautelar ejecutada sin intervención de la otra parte quedará sin efecto de pleno derecho si la acción de infracción no se iniciara dentro de los diez días siguientes contados desde la ejecución de la medida. La autoridad nacional competente podrá modificar, revocar o confirmar la medida cautelar.

²⁰ SALCEDO VERDUGA, Ernesto (2006) Las Medidas Cautelares en el arbitraje, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Primera Edición, página 66

Otras medidas cautelares.-

La medida cautelar innovativa.- Es la medida precautoria dictada por un órgano judicial, ordenando a cualquiera de las partes se abstenga de alterar, mientras dura el pleito, el estado de cosas sobre que versa o versará la litis existente, en el momento de notificarse dicha medida. La medida cautelar innovativa, por su finalidad tiende a evitar variar o a modificar el estado de una situación de hecho, existente al momento de iniciarse el juicio. Es una medida cautelar que procura el mantenimiento del statu quo, es decir, de un estado de cosas y la seguridad de los bienes implicados en la litis, mientras ésta se sustancia y decide.

Esta clase de medida exige, además del cumplimiento de los tres requisitos clásicos –el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la *contracautela*– un cuarto requisito que le es propio y característico: la justificación de la irreparabilidad de la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar. En nuestra legislación podemos encontrar medidas innovativas genéricas, como las contempladas en el artículo 130 del Código Civil: “*Durante los juicios de divorcio, disolución o liquidación de la sociedad conyugal o cualquier otra controversia entre cónyuges, a petición de cualquiera de ellas o del curador ad-litem, el juez podrá tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los bienes, mientras dure el juicio*”. También podemos mencionar la suspensión de obra que dispone el juez en su primera providencia en las denuncias de obra nueva o de obra ruinosas que consta en el Código Civil, así como las preventivas ordenadas en la Ley de Propiedad Intelectual.²¹

²¹ Art. 308.- A fin de evitar que se produzca o continúe la infracción a cualquiera de los derechos reconocidos en la presente Ley, 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, los jueces están facultados a ordenar; a petición de parte, las medidas cautelares o preliminares que, según las circunstancias, fueren necesarias para la protección urgente de tales derechos y, en especial:

- a) El cese inmediato de la actividad ilícita;
- b) La suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, comunicación, distribución, según proceda; y,
- c) Cualquier otra que evite la continuación de la violación de los derechos.

El secuestro podrá ordenarse sobre los ingresos obtenidos por la actividad infractora, sobre bienes que aseguren el pago de la indemnización, sobre los productos o mercancías que violen un

Medidas autosatisfactivas.-

En el caso de las medidas autosatisfactivas, se está ante un requerimiento urgente, formulado al órgano jurisdiccional, que se agota con su despacho favorable. No se torna necesaria la iniciación de una ulterior acción principal, para evitar su caducidad o decaimiento. Se trata de medidas que se caracterizan - al margen de la tutela judicial clásica- por la satisfacción definitiva y única de la pretensión. Están incluidas dentro del concepto más amplio de medidas urgentes.

PEYRANO, siguiendo a CARNELUTTI, define a las denominadas medidas autosatisfactivas o cautela material, como “*soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables “inaudita altera pars” y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles*”. Las mismas implican una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes, motivo por el cual se sostiene que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición simultánea o ulterior de una pretensión principal, es decir, no tienen la particularidad de instrumentalidad.

Las medidas autosatisfactivas tienen las siguientes características:

Urgencia, que las obliga a realizarse en el lapso más breve posible y aún

derecho de propiedad intelectual, así como sobre los equipos, aparatos y medios utilizados para cometer la infracción y sobre los ejemplares originales que hayan servido para la reproducción o comunicación.

La retención se ordenará sobre los valores debidos por concepto de explotación o remuneración.

La prohibición de ausentarse del país se ordenará si el demandado no tuviere domicilio o establecimiento permanente en el Ecuador.

Art. 309.- El cese inmediato de la actividad ilícita podrá comprender:

- a) La suspensión de la actividad infractora o la prohibición al infractor de reanudarla, o ambas;
- b) La clausura provisional del local o establecimiento, la que se expedirá necesariamente cuando las mercancías infractoras o ejemplares ilícitos constituyan parte sustancial del comercio habitual del infractor;
- c) El retiro del comercio de las mercancías, ejemplares ilícitos u objetos infractores y, su depósito judicial; y,
- d) Cualquier otra medida que resulte necesaria para la protección urgente de los derechos sobre la propiedad intelectual, atenta la naturaleza y circunstancias de la infracción.

inaudita parte, aunque esta última característica no se produce en todos los casos.

Ejecutabilidad inmediata de lo decidido, sin que quepa admitir recursos con efecto suspensivo contra dicha resolución, o algún incidente que pudiera suspender su ejecución.

Mutables o flexibles, en razón de que el carácter urgente de la medida, permite al juez disponer aquella, que la índole de la protección adecuada indique. La adopción de las medidas autosatisfactivas depende de la absoluta discrecionalidad del juzgador, quien puede -en uso de dicho ejercicio discrecional- incluso ordenar una medida diferente de la solicitada, o limitarla tomando en cuenta la naturaleza del derecho a proteger. Además, como toda decisión judicial, puede ser modificada si cambian las circunstancias que fueron consideradas para ordenarla.

No son instrumentales, lo que para muchos autores pone de relieve su característica de no cautelar.

No son provisionales, por cuanto su resultado no está vinculado al resultado, de un litigio principal que no existe.

En cuanto a los requisitos para la procedencia de las medidas autosatisfactivas, es necesario que el juez tenga un grado de conocimiento para disponerlas. El juez debe conocer la existencia de una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosimilitud (en este punto existe una enorme diferencia con las medidas cautelares amparadas en la doctrina). De igual modo, siempre es necesario, como se exige en el esquema cautelar típico, que exista peligro en la demora, consistente en la necesidad impostergable de tutela judicial inmediata, de manera que en caso contrario se frustre el derecho invocado. Finalmente, no siempre se exige la contracautela, sino cuando la medida se decreta inaudita parte y sin la suficiente certeza sobre la existencia del derecho invocado.

El mayor beneficio de las medidas autosatisfactivas estriba en que permite acordar una protección rápida y, por ende eficaz ante conductas o vías de hecho que afectan un interés tutelable cierto y manifiesto, contribuyendo de esta

manera, a que el proceso permita la efectiva operatividad de los derechos sustanciales.

En opinión de la autora de la presente tesis, las medidas autosatisfactivas tienen similitudes a las medidas cautelares constitucionales mencionadas en el artículo 26 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional – que norma a la medida cautelar genérica para violaciones de derechos constitucionales- en razón que la naturaleza de estas medidas autosatisfactivas es la eventual violación de derechos constitucionales y comparte la misma naturaleza y la finalidad de las medidas cautelares amparadas en el indicado artículo 26.

Medida cautelar genérica o innominada.- Es la medida cautelar que puede dictar el juez -atendiendo a las necesidades del caso- si no existiese en la ley una norma específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento. La petición cautelar de medida genérica requiere de imaginación y creatividad, por quien la pide, incluso por el juez cuando se trata de dictar una medida distinta a la forma solicitada o la que considere adecuada. La medida genérica no tiene que tener una forma distinta a las previstas, puede tomar “prestada” la forma que la ley le asigna a una medida típica; pero se convertirá en genérica, en razón de la causa que da origen al pedido o al dictado de la misma, que resulta ser distinta a la que la ley le asigna.

En materia constitucional de protección a los derechos constitucionales, tenemos el mencionado artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se refiere a la medida cautelar genérica y afirma que las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener.

Artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- 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.

En materia de propiedad intelectual, está redactada de forma más amplia la medida cautelar genérica en el artículo 308 de la Ley de Propiedad Intelectual y la expresa como cualquier medida que evite la continuación de la violación de los derechos.

Artículo 308.- A fin de evitar que se produzca o continúe la infracción a cualquiera de los derechos reconocidos en la presente Ley, 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, los jueces están facultados a ordenar; a petición de parte, las medidas cautelares o preliminares que, según las circunstancias, fueren necesarias para la protección urgente de tales derechos y, en especial:

- a) El cese inmediato de la actividad ilícita;**
- b) La suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, comunicación, distribución, según proceda; y,**
- c) Cualquier otra que evite la continuación de la violación de los derechos.(...)**

Y dentro del tema de cese inmediato de la actividad ilícita, no sólo incluye para en la comercialización, clausura y retiro del comercio de las mercancías, sino cualquier otra medida que resulte necesaria para la protección urgente de los derechos sobre la propiedad intelectual, atenta la naturaleza y circunstancias de la infracción.²²

²² Art. 309.- El cese inmediato de la actividad ilícita podrá comprender:

- a) La suspensión de la actividad infractora o la prohibición al infractor de reanudarla, o ambas;
- b) La clausura provisional del local o establecimiento, la que se expedirá necesariamente cuando las mercancías infractoras o ejemplares ilícitos constituyan parte sustancial del comercio habitual del infractor;
- or;
- c) El retiro del comercio de las mercancías, ejemplares ilícitos u objetos infractores y, su depósito judicial; y,
- d) Cualquier otra medida que resulte necesaria para la protección urgente de los derechos sobre la propiedad intelectual, atenta la naturaleza y circunstancias de la infracción.

En materia de arbitraje, el ya antes citado artículo 9 de la Ley de Arbitraje es un claro ejemplo de normativa cautelar innominada, por su indeterminación en cuanto al supuesto de hecho y a las consecuencias jurídicas que se desprenden de éste, es decir, a las posibles medidas cautelares que el árbitro debe adoptar, pues indica el artículo, que los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste.

PRINCIPALES PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE PUDIERAN VERSE VIOLADOS, EN CASO DE MEDIDAS CAUTELARES IMPROCEDENTES

Con la presentación de una medida cautelar pueden ser afectados algunos derechos constitucionales, pero vamos a concentrarnos en dos: el del debido proceso y del derecho a la defensa.

DEBIDO PROCESO.- El origen de la frase del debido proceso proviene de la legislación anglo-americana, la cual la concibe como “due process of law” y que ha sido traducida en nuestro idioma como “debido proceso”. La Constitución en el artículo 76 reconoce y garantiza a las personas, como uno de sus derechos fundamentales, el derecho a un debido proceso.²³

²³ Artículo 76 de la Constitución.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

Para ZAVALA BAQUERIZO, Jorge²⁴

El -debido proceso- es un derecho reconocido y garantizado por el Estado, el cual dicta las normas fundamentales- básicas que deben cumplirse en la formación del proceso, el cual, perfeccionado cumpliendo con dichas garantías, adquiere el rango jurídico de “proceso debido”. El debido proceso es la consecuencia legal de una actividad jurisdiccional que se ha desarrollado conforme a las normas de la ley de procedimiento respectiva. El debido proceso es una acabada y perfeccionada institución jurídica estructurada debidamente bajo el amparo de las normas garantizadoras de la Carta Magna, de las leyes y de los pactos internacionales.

Los presupuestos del debido proceso son las circunstancias, que deben existir, antes que la actividad se inicie y sin cuya existencia carece de eficacia jurídica todo lo actuado, que pueden ser entre otros: presunción de inocencia, derecho a la tutela jurídica, acceso a la justicia efectiva, tener un abogado defensor, etc.

El maestro uruguayo VÉSCOVI, Enrique²⁵ que: *“En la época moderna se suele hablar de las garantías del debido proceso, como el grupo de las mínimas que debe haber para que pueda realmente decirse que existe un proceso”*. El libre y eficaz ejercicio del derecho al debido proceso, al igual que el resto de derechos fundamentales, está garantizado por el Estado ecuatoriano el que, además, se encuentra en el deber de adoptar medidas, para el efectivo goce de las mismas. También se consagra el referido principio del debido proceso, en el artículo 169 de la ley suprema²⁶.

Todas las antedichas normas nacionales, se encuentran en concordancia a los convenios y declaraciones internacionales como la Declaración Universal de

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

(...)

²⁴ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge (2002) El debido proceso, Guayaquil, Edino, página 27

²⁵ VÉSCOVI, Enrique, Teoría General del Proceso, Editorial TEMIS, 2da. ed., Bogotá, 1999, página 54 .

²⁶ Artículo 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Derechos Humanos (Artículos 10 y 11) y el Pacto Internacional de los Derechos Sociales y Políticos (Artículo 14) y la Convención Americana (Artículo 8), como el derecho de la persona "a ser oída con las debidas garantías".²⁷

²⁷ La Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 10 y 11, consagra:

“Art. 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Art. 11.-1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

El artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos señala:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicación pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se apruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta ésta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como

Como podemos establecer de la normativa nacional y tratados internacionales prenombrados, está completamente consagrado el derecho de toda persona a "*ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial*". Pero el contenido del concepto no se limita a esta noción, sino que además el proceso deberá ser "*justo y equitativo*".

DERECHO A LA DEFENSA.- En relación al derecho a la defensa, el maestro ZAVALA BAQUERIZO, Jorge expresa:²⁸

El derecho de defensa es el escudo de la libertad, el amparo del honor y la protección de la inocencia. Lo dicho exalta la grandeza de la institución que entramos a estudiar, y nos ahorra más palabras para comprender la importancia que tiene dentro del ordenamiento jurídico del Estado. La defensa, desde el punto de vista procesal, se la puede clasificar en general y en restrictiva. La defensa general es el derecho subjetivo que el Estado entrega a toda persona para que, en un momento determinado, pueda exigir la protección para sus bienes jurídicos e intereses antes y durante el desarrollo de un proceso. La defensa en sentido restringido es aquella que le corresponde al demandado en un proceso civil, o al acusado en un proceso penal, para oponerse a las pretensiones que se exhiben en dichos procesos por parte del demandante o del acusador, oficial, particular o privado, respectivamente.

resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS o DECLARACION AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE:

“Art. XVIII.- Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo XXVI.- Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.”

²⁸ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge (2002) El debido proceso, Guayaquil, Edino, página 128

El indicado derecho se encuentra prescrito en el mismo artículo 76 numeral 7 de la Constitución, que determina el debido proceso, principio dentro del cual se incluye las garantías básicas y dentro de ellas, el derecho a la defensa:

Artículo 76 numeral 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Para ZAVALA BAQUERIZO, Jorge²⁹ “*se viola la defensa cuando se ponen obstáculos ilegales para que los involucrados en un proceso de cualquier clase puedan exhibir sus pretensiones jurídicas y efectivizar sus medios de prueba, o se impida que haga sus alegaciones en el momento oportuno.*” Podemos concluir, que el derecho a la defensa es trascendental dentro del marco de los derechos constitucionales y constitucionales.

Neoconstitucionalismo y Ponderación

Entra a la palestra el Neoconstitucionalismo, con la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC Suplemento Registro Oficial del 2 de diciembre de 2008, en la cual se explica la adopción de la tesis neoconstitucional, como ideología de Estado, y lo menciona así:

Esa primera mención constitucional, de declarar al Ecuador dentro del paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano, implica toda una revolución conceptual y doctrinaria. Rectamente entendido, el Estado Constitucional de Derechos implica a una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia. (...)

Agrega la sentencia interpretativa en la pregunta ¿Cuál debe ser el comportamiento del juez constitucional ante la inexistencia de un orden jerárquico de los derechos y cuáles son los principios aplicables en este contexto?

Como se dijo antes, una de las principales, si no la principal innovación del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano es la novedosa constitucionalización de los derechos fundamentales. En efecto, como en ninguna otra parte

²⁹ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge (2002) El debido proceso, Guayaquil, Edino, página 128

de la Constitución, en el capítulo correspondiente a los derechos y sus garantías, se refleja la materialización de la Constitución, representada en la adopción del neoconstitucionalismo como ideología del Estado.

La tendencia actual mundial es la aplicación de la teoría neoconstitucional; el neoconstitucionalismo busca más principios que reglas, tiene como objetivo los derechos fundamentales del hombre, aplica la ponderación más que la subsunción - pues como se menciona todos los derechos fundamentales y tienen la misma jerarquía- siempre teniendo presente a la Constitución, a través del poder judicial.

VELÁZQUEZ COELLO, Santiago³⁰ cita al tratadista argentino Andrés Gil Domínguez al referirse al neoconstitucionalismo, quien sostiene que *“se refiere a un cierto modelo de Estado de derecho, que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Afirma que es un modelo tributario, de las dos grandes corrientes constitucionales que tradicionalmente han caminado separadas: la norteamericana que estableció una Constitución garantizada sin contenidos normativos y la europea que estableció constituciones con un denso contenido normativo, pero sin garantías. El neoconstitucionalismo conjuga ambos modelos y arroja como consecuencia un sistema de Constituciones normativas garantizadas”*.

Los elementos que caracterizan al modelo neoconstitucional son:

1) Más principios que reglas.- Tanto los principios como las normas, son normas, porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas, que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional, mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan la estructura de los principios y posibilitan que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad. En cambio, las

³⁰ www.dlh.lahora.com.ec Neoconstitucionalismo en el área andina, Velázquez Coello Santiago

reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y contienen determinaciones, en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles.

2) Más ponderación que subsunción.- En un estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen a priori y en abstracto, la misma jerarquía (tal cual lo menciona el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente), caso contrario, no habría que ponderar, porque se impondría el derecho de mayor importancia y peso. Ponderar es buscar la mejor decisión, cuando en la argumentación concurren razones justificatorias y conflictivas, del mismo valor.

3) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, en lugar de espacios dejados a la discrecionalidad, legislativa o reglamentaria;

4) Omnipotencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario.- Éste es un elemento esencial que define, por su importancia, al Estado Constitucional de Derecho. Es el órgano judicial, quien detenta la última palabra, aún respecto de las decisiones colectivas, y están ligadas a los derechos fundamentales. Lo que implica consecuentemente, que hay un desplazamiento natural del legislador. En lugar de ser la mayoría de la asamblea o parlamento, la que dispone que derechos correspondan, es el tribunal en su voto mayoritario quién titulariza el control de constitucionalidad.

5) Coexistencia de una constelación plural de valores, en lugar de homogeneidad ideológica.- Esto implica que a partir de la incorporación de los derechos humanos en nuestro sistema jurídico, trae aparejado un nuevo orden simbólico, además del jerárquico, ya que comparten con la Constitución Nacional su supremacía, que al complementar el sistema legal interno, expande una constelación de opciones de vida, en lugar de un supuesto de uniformidad e igualdad ideológica o pensamiento único.

Ponderación de los derechos a la defensa y debido proceso, frente a la el derecho que quien presenta una demanda de medida cautelar

Hasta aquí hemos explicado, la doctrina de las medidas cautelares y de los diversos principios constitucionales que entran en juego dentro un proceso cautelar. A partir de ahora trataremos el tema de la ponderación de esos mismos derechos, pues es válidamente aplicable que para que un juez tome la decisión de otorgar o no determinada medida cautelar, la utilización de la ponderación.

No en todo los casos es necesaria o útil la ponderación; y muchas veces no se puede emplear, por ejemplo en casos de mera legalidad, cuando no hay confusión en la aplicación de la norma. Pero, creemos válidamente aplicable para el caso de medidas cautelares, que bien pudiera utilizarse. Es el juez quien está en la obligación de analizar el proceso desde el punto de vista constitucional; es el control constitucional establecido en la norma suprema. El afectado de una medida cautelar pudiera encontrarse en circunstancias, que dicha medida le ocasione una lesión a alguno de sus derechos constitucionales, como por ejemplo de derecho a la propiedad, al trabajo; o bien pudiera ser un tercero que no tiene nada que ver dentro del proceso y que por causas injustas se encuentre en situación de ver vulnerados sus derechos. Puede aplicar el juzgador la ponderación, entre el derecho que le asistiese al demandante y el derecho del demandado o tercero perjudicado. La jurisprudencia española nos da una variedad de casos de ponderación -que sin usar la elaborada fórmula matemática de Alexy (pues consideramos que no es necesaria, compleja e impracticable) para casos que fácilmente pueden ser resueltos con una ponderación simple- ha concluido con sentencias justas.

La indicada sentencia interpretativa 001-08-SI-CC Suplemento Registro Oficial # 479 del 2 de Diciembre del 2008 agrega: *“El principio de ponderación a su vez, es el mecanismo procesal concreto para resolver los conflictos entre dos bienes o valores constitucionalmente protegidos, a través del cual se consigue la armonización constitucional.” En la ponderación de derechos, el juez constitucional asume su máxima relevancia, porque es a través de este mecanismo, que se concretan en la práctica los derechos. Este principio se puede*

materializar, mediante la aplicación por parte del juez constitucional, del test de proporcionalidad” (Adecuación, necesidad y proporcionalidad). Esta labor de ponderación, entre los derechos o intereses fundamentales en conflicto, no corresponde hacerla exclusivamente Corte Constitucional, sino a todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales.

Al respecto citamos el siguiente el concepto que da ZAVALA EGAS, Jorge³¹ sobre la ponderación:

Se trata de un procedimiento racional que logra en una situación concreta, en la que colisionan principios constitucionales, determinar el que vence por tener mayor peso y así decidir la controversia. La ponderación como método, como se observa, no es el que pretende encontrar el camino para llegar al equilibrio entre los principios en conflicto o para que los confrontados se tomen compatibles o complementarios. Por el contrario, con la ponderación siempre debe prevalecer uno que derrota al que se le ha puesto al frente para contradecirlo en la situación dada. Y, por supuesto, debe prevalecer el que proporciona la justicia del caso. (...) “En suma no se trata de establecer alguna regla para solventar/os conflictos de ese tipo, solucionando así de manera unívoca todos los supuestos individuales de dicho conflicto genérico, sino únicamente de dar una solución al caso, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares que no tienen por qué repetirse en otros supuestos de colisión (pues en otro caso individual puede estar presente otra circunstancia que haga inclinar la decisión en sentido contrario).

En opinión de la autora de la presente tesis, “la súper elaborada ponderación” relativa a la fórmula de Alexy, para los abogados y operadores de justicia resulta complicada, engorrosa y poco práctica. La serie de cálculos matemáticos de Alexy con valores de 4, 2 y 1 – que no entendemos el porqué se dieron estas cuantías- resulta difícil de entender, para personas de letras. De hecho, la ponderación se aplica en la mayoría de países europeos, pero no a rajatabla, como la fórmula de Alexy.

³¹ ZAVALA EGAS, Jorge (2009) Neoconstitucionalismo Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional, página 86

La jurisprudencia española nos da interesantes casos, relacionados con el tema de la ponderación. En dicha jurisprudencia, el operador de justicia analiza y toma decisiones judiciales, usando el filtro de la ponderación, pero sin ser tan estrictos y con una visión más clara. Como lo señala Ruiz Ruiz, Ramón³²:

La aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español, señala que desde sus primeras sentencias pueden encontrarse múltiples referencias a dicho principio especialmente en el ámbito de las colisiones de derechos fundamentales. No obstante, tradicionalmente dicho Tribunal ha venido empleando este principio con cierta generalidad e indeterminación y recurriendo casi exclusivamente al principio de proporcionalidad en sentido estricto, al que ha utilizado como sinónimo de ponderación.(...) Sin embargo, en los últimos años esta situación ha cambiado y el Tribunal ha empezado a formalizar este principio a través de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que, son los que desde hace décadas vienen utilizando la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemanas para llenar de contenido el principio de proporcionalidad –y que en nuestros días está siendo utilizado por prácticamente todos los Tribunales Constitucionales europeos. (...) puede sostenerse que dicho test constituye hoy uno de los criterios de interpretación que con mayor frecuencia ha empleado la jurisprudencia constitucional española, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales.³³

³² <http://www.filosofiaderecho.com/rtfd/numero10/3-10.pdf>

³³ Ejemplo de jurisprudencia de la Corte Constitucional Española: *Ejemplo No. 1.-* Ponderación entre dos derechos de particulares. El derecho a la imagen frente al ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (STC 99/1994 del 11 de Abril): Un trabajador de una fábrica de jamón ibérico es despedido por rehusarse a continuar sirviendo como modelo de varias publicidades comerciales a las que su empleador lo obligaba para promocionar determinado producto. En concreto, no deseaba más que su imagen sea captada mediante fotografías que mostraban sus habilidades como cortador de jamón. El trabajador demandó el despido, pero fue negado en dos instancias; como consecuencia de ello, recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional español. El TC identifica los dos derechos en conflicto -el derecho a la propia imagen del trabajador y el derecho al ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa-; procede a ponderarlos; otorga prevalencia al derecho fundamental del operario, le concede amparo y declara la nulidad radical del despido. Para elaborar tal decisión, el Tribunal consideró que el grave perjuicio que sufría el derecho del trabajador no estaba justificado por las exigencias del ordenado desenvolvimiento de la actividad empresarial; mientras el peso de aquél le resultaba relevante, la importancia que cabía atribuir al derecho de la empresa le pareció mínima, dado que el contrato de trabajo no incluía tareas de exhibición de la habilidad del trabajador. La solución ponderada consiste, pues, en que el perjuicio causado al ordenado desenvolvimiento de la actividad empresarial está justificado por la importancia que en este caso hay que atribuir al derecho a la imagen del trabajador. Como anota el autor de la reseña que reproducimos, la regla de prevalencia condicionada que se obtiene como resultado de este juicio de ponderación, es la siguiente: “*si la naturaleza del trabajo no está relacionada con el despliegue público de la actividad del trabajador y hay otra manera de satisfacer el interés de la empresa, prevalece el derecho a la imagen*” Ello, sin embargo, no excluye que en otras circunstancias la regla de precedencia condicionada sea contraria y por ende con diferente contenido.

Por otro lado, es de mencionar que el ámbito procesal penal es obligatorio para el operador de justicia aplicar otras medidas cautelares, que eviten la prisión del acusado, dejando esta medida cautelar penal como última opción. Ya existe entonces una normativa obligatoria y referente a medidas cautelares, que establece que se debe dar una ponderación; pesa más para el estado ecuatoriano el derecho de defensa, de presunción de inocencia y de libertad del acusado, frente al derecho del estado de exigir la comparecencia del imputado al proceso.³⁴

Ejemplo No. 2.- Ponderación entre un derecho individual y un bien colectivo. El derecho a la intimidad corporal frente a la seguridad en las cárceles (STC 57/1994, del 28 de Febrero): Un recluso penitenciario es sancionado por no obedecer la orden de desnudarse y realizar flexiones ante un funcionario del centro carcelario, como medio de “registro” tendiente a evitar la introducción de objetos peligrosos o sustancias estupefacientes en la cárcel. El reo impugna la sanción en sede administrativa y en sede jurisdiccional sin resultados positivos. Recurre ante el Tribunal Constitucional mediante amparo. El TC identifica los bienes en conflicto: intimidad corporal y seguridad del centro carcelario; los pondera; considera prevalente en el caso concreto el derecho del recluso y otorga el amparo. En este caso, el Tribunal dimensionó que el grave perjuicio a la intimidad corporal no se encontraba justificado por la importancia del cumplimiento de la seguridad en la cárcel. En consecuencia, la regla de prevalencia condicionada que se extrae de la decisión comentada, consiste en que “si no existe una situación excepcional, o del comportamiento del recluso no puede deducirse una especial situación de peligro, no puede adoptarse una medida que afecte tan intensamente a la intimidad corporal como la de ordenar desnudarse y realizar flexiones para llevar a efecto un registro”

Ejemplo No. 3.- Ponderación entre un bien colectivo y derechos de los ciudadanos, resuelta por la jurisdicción contencioso – administrativa. La seguridad del Estado frente al derecho a la tutela judicial efectiva (STS del 4 de abril de 1997 – Ar. 4513): Durante la instrucción de la etapa del sumario en un proceso penal iniciado por delito de asesinato, un juez solicita al Estado que se desclasifique determinados documentos. El Consejo de Ministros no accede a tal petición, fundándose en el principio de seguridad del Estado. El Acuerdo que contiene la negativa es impugnado ante la Sala 3ra. Del Tribunal Supremo español. El Tribunal identifica los principios en concurrencia (seguridad y defensa del Estado frente a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a aportar los medios de prueba procedentes); efectúa juicio de ponderación entre ellos respecto a cada uno de los documentos clasificados; y, finalmente, ordena la desclasificación de algunos de ellos. En este llamativo caso, no existió una sino varias reglas de prevalencia condicionada, en razón del diverso contenido de los documentos oficiales del Estado que se encontraban clasificados y, por ende, en las distintas circunstancias advertibles. Una de ellas podría ser, según el profesor RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: “si un documento contiene exclusivamente determinados datos de los que el juez instructor ya ha podido tener conocimiento por otras vías, pero es útil como elemento probatorio, prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva y procede su desclasificación a esos efectos”

³⁴ Art. 159 del Código de Procedimiento Penal.- Finalidades.- A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real.

En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.

La estructura de la ponderación

ALEXY, Robert citado por BERNAL PULIDO, Carlos ³⁵ ha sido quien con mayor claridad y precisión ha expuesto la estructura de la ponderación. De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación, a saber: a.- la ley de ponderación, b.- la fórmula del peso y c.- las cargas de argumentación.

Art. 160 del Código de Procedimiento Penal.- Clases.- Las medidas cautelares de carácter personal, son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;
- 4) La prohibición de ausentarse del país;
- 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
- 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 12) La detención; y,
- 13) La prisión preventiva.

Las medidas cautelares de orden real son:

- 1) El secuestro;
- 2) La retención; y,
- 3) El embargo.

35

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826852872365026338813/015786.pdf?incr=1>,
Estructura y límites de la ponderación, Bernal Pulido, Carlos

Ley de la ponderación.- Para ALEXY, Robert citado por BERNAL PULIDO, Carlos³⁶ se pronuncia sobre la “ley de la ponderación” y cuyo enunciado es el siguiente. “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”; en el sentido de perjuicio o de falta de satisfacción del principio desplazado, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del principio precedente. Esta ley de la ponderación de Alexy, está enunciada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 3 numeral 3, que manda a tener en cuenta la ponderación, como método de interpretación constitucional y nuestra Corte Constitucional la ha aplicado así, en reiterados fallos.

La ley de ponderación consiste en llevar a cabo un juicio de proporcionalidad entre los derechos enfrentados (o entre un derecho y un valor constitucional o una medida administrativa o judicial presuntamente protectora de un bien o interés público). La proporcionalidad debe ser la regla que determine el resultado del juicio, sobre la prevalencia de un principio a costa del sacrificio de otro; se responde que ello obedece, a que no hay obligación alguna de sacrificar un derecho subjetivo, si no es en beneficio del imperio de un criterio de justicia material; pero no más allá de lo estrictamente necesario, esto es, se justifica restringir el derecho subjetivo en forma proporcionada, para que ese criterio de justicia material se concrete.

La ley de la ponderación incluye la aplicación de los tres subprincipios, de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (lo que se ha denominado el “test alemán de proporcionalidad”); la aplicación de estos subprincipios es sucesiva: se comienza analizando si la medida es idónea o adecuada; si lo es, se pasa a considerar si es necesaria, y sólo en tal caso se pasará al examen de la proporcionalidad en sentido estricto. El fracaso de la medida en cualquiera de estas tres etapas, supone su irremediable rechazo, por quebrantar la

36

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826852872365026338813/015786.pdf?incr=1>
Estructura y límites de la ponderación, Bernal Pulido, Carlos

exigencia de proporcionalidad. Debemos anticipar que el test, tal cual está estructurado, cabe para acto administrativo producido por el poder público.

a.- Idoneidad o adecuación.- Este requisito apela a la aptitud, que debe acreditar la medida restrictiva o limitativa de un derecho fundamental, en orden de proteger la finalidad legítima, que supone debe estar bajo su respaldo. Si se encuentra que la medida no es idónea para conseguir su propio fin, se debe excluir la legitimidad de la intervención, porque es claro que al no ser ella relevante para el valor constitucional que está invocando, se estaría afectando o limitando un derecho fundamental sin lograr nada a cambio.

ALEXY, Robert citado por BERNAL PULIDO, Carlos ejemplifica el juicio de idoneidad con un caso práctico: la exigencia legal de demostrar conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías, impuesta por la Ley alemana del Comercio Minorista, lo cual tenía la finalidad de proteger a los consumidores de los daños económicos o a la salud. La obligación fue considerada por el Tribunal Constitucional Federal no idónea, para el caso específico de la instalación de una máquina de tabaco en una barbería. Según el Tribunal Constitucional Federal dicha prueba exorbitante, en nada protegía a los consumidores de eventuales daños; por el contrario, vulneraba la libertad de profesión y oficio.

b.- Necesidad.- La medida cuestionada debe ser, dentro de las alternativas fácticas posibles, la que menos gravosa o restrictiva que resulte, respecto al derecho fundamental afectado por la intervención. Para ello, debe acreditarse que no existe otra medida, que cumpliendo de igual forma con su fin legítimo, sea más benigna. Deben tomarse en cuenta, primero medidas alternativas, que cumpliendo con el mismo fin o valor perseguido, pudiesen resultar menos lesivas.

ALEXY, Robert citado por BERNAL PULIDO, Carlos nos trae un ejemplo real y demostrativo, de este requisito de necesidad. El Tribunal Constitucional Federal alemán consideró que la prohibición de comercializar dulces, que aún conteniendo cacao en polvo estuvieran hechos básicamente de arroz inflado, impuesta con la finalidad de proteger a los consumidores de

posibles errores al comprar chocolates, era idónea para tal fin, pero no era necesaria, pues con tan solo marcar y etiquetar esos productos indicando el contenido, se podía prevenir eventuales confusiones. Como se advierte, el Tribunal halló esta medida igualmente apta pero menos gravosa para el ejercicio de la libertad de profesión y oficio.

c.- Proporcionalidad en sentido estricto.- Consiste en demostrar que existe un cierto equilibrio, entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular -que protegen un bien constitucional o persiguen un fin legítimo- y entre los daños o lesiones que de dicha medida o conducta, se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. Es el núcleo de la ponderación, lo que ALEXY, Robert denomina Ley de la Ponderación: cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o de un derecho, mayor o más urgente debe ser también, la necesidad de realizar el principio en pugna. Puede desglosarse en tres pasos, que el propio Alexy identifica con claridad:

1) La intensidad de la intervención: es preciso definir el grado de la insatisfacción o de afectación de cada uno de los principios;

2) La importancia de las razones para la intervención: se define la importancia de la satisfacción del principio, que juega en sentido contrario;

3) La justificación de la intervención: Debe definirse, si la importancia de la satisfacción de principio contrario, justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala de afectación de un principio en un caso concreto; puede ser “leve”, “medio” o “intenso”. Así por ejemplo, el de la afectación de la vida, podría catalogarse como intensa dado el peligro de muerte, el de la libertad de cultos podría graduarse sólo como media o leve.

El autor antes citado da como ejemplo, en orden a la protección de la salud de los consumidores de cigarrillos, la obligación que imponga el Ministerio de Salud a los productores de tabaco, para que identifiquen claramente las

advertencias de los riesgos que corren los fumadores; constituye una intervención (de intensidad) leve en la libertad de profesión y oficio. En cambio, la prohibición total de tabaco sería considerada una intervención (de intensidad) grave, aún cuando la importancia de las razones para la intervención sea alta.

Existen también otras dos variables empleadas para los mismos fines: El llamado peso abstracto de los principios relevantes, que presupone admitir que a pesar de que los principios en colisión tengan la misma jerarquía, en razón de la fuente del derecho de donde son extraídos –por ejemplo los derechos constitucionales- en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de valores predominante en una sociedad. Por ejemplo, para algunos autores el derecho a la vida siempre tendrá mayor peso abstracto que otros derechos fundamentales, pues, para ejercer cualquiera de aquellos es necesario vivir.

La actual Corte Constitucional ecuatoriana toma la fórmula de Alexy, con “beneficio de inventario” y excluye el peso abstracto (el valor que le da la sociedad a determinado derecho) de la ponderación, en la Sentencia Corte Constitucional caso 005-2008-ADN “La segunda variable es el llamado peso abstracto de los principios relevantes, que presupone una jerarquización de derechos, no obstante el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República, señala expresamente, (...) El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes y de igual jerarquía. Por consiguiente, la variable de peso abstracto no es aplicable en el caso ecuatoriano, y debe ser suprimida de la fórmula del peso”.

La tercera variable es la denominada seguridad de las apreciaciones empíricas, que versa sobre la afectación que la medida cuestionada en el caso concreto proyecte, sobre los principios relevantes. Esta variable presupone reconocer el distinto grado de certeza de las apreciaciones prácticas, de cuyas diferencias, depende la asignación del mayor o menor peso de los principios contrapuestos. Por ejemplo: Si existe la certeza de que la menor de edad, hija de los padres evangélicos, morirá indudablemente de no ser llevada al hospital,

entonces la afectación del derecho a la vida será intenso. Pero si no existe esa certeza, porque los médicos no pueden predecir las consecuencias de la falta de tratamiento hospitalario, el nivel de intensidad de la afectación del derecho a la vida será leve.

A partir de lo anterior, la pregunta siguiente es: ¿cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, más la seguridad de las premisas prácticas, para determinar, en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro? De acuerdo con Alexy, esto es posible mediante la llamada “fórmula del peso”³⁷, la cual no entraremos a analizar en razón que proponemos

³⁷ La fórmula del peso de Alexy

La proporcionalidad en estricto sentido busca determinar si se puede cumplir o no un principio de acuerdo a las posibilidades jurídicas del caso concreto (optimización relativa a las posibilidades jurídicas). La valoración de esa optimización se realiza a través de la ponderación.

Como ya se mencionó para aplicar la fórmula del peso, hay que formularse tres preguntas frente a la colisión de derechos: 1) ¿en qué grado un principio no ha sido satisfecho o ha sido afectado?; 2) ¿qué tan importante es la satisfacción del principio que se restringe en pro del que se satisface?; y, 3) ¿la importancia de la satisfacción del principio no vulnerado justifica o no la no satisfacción del otro? Las repuestas a estas interrogantes se las establece en la fórmula del peso mediante la asignación de un valor numérico a las siguientes variables y de acuerdo a la siguiente nomenclatura:

· *Pi*: el principio vulnerado.

· *IPiC* o *Ii*: la intensidad de la intervención en el principio vulnerado en el caso concreto, no en abstracto.

· *GpiA* o *Gi*: la importancia que se le asigna al principio vulnerado en relación a otros principios, fuera del caso concreto, en general, es decir; su peso abstracto. Si el peso abstracto de dos principios es el mismo, esta variable se puede eliminar de la ponderaciones por eso que en el caso ecuatoriano no es aplicable esta variable según la Corte Constitucional puesto que el numeral 6 del Art. 11 de la Constitución del Ecuador señala expresamente: “(...) El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes y de igual jerarquía (...) Sentencias Corte Constitucional ya referencia caso 005-2008-AN).

· *Pj*: derecho contrario al vulnerado.

· *IPjC* o *Ij*: la importancia que se le asigna al principio *Pj*, que siempre será determinado en relación con la omisión o no ejecución de la medida de intervención en *Pi* interviene en *Pj*. “Se trata de la intensidad de una hipotética intervención mediante la no intervención”. Todo esto se evalúa en el caso concreto.

· *Si* o *Sj*: es el grado de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización o de la falta de realización de los principios en colisión. Es la certidumbre o incertidumbre de los razonamientos en base a los cuales se considera que la medida adoptada influye en la realización o

falta de realización de los derechos que colisionan. Así puede diferenciarse entre S_i y S_j , según se refiera a la seguridad con la cual la medida adoptada influye en la falta de realización del principio vulnerado, o en la realización del principio contrario, respectivamente. “La variable S se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio en ponderación”.

· $G_{i,j}$: es el peso de P_i bajo las circunstancias del caso en concreto, no el peso de P_i en abstracto que se representa únicamente con G_i . Este peso se obtiene con la aplicación de la siguiente fórmula a la que Alexy llama fórmula diferencial: $G_{i,j} = I_i - I_j$.

La fórmula diferencial es una fórmula del peso condensada, sin embargo, ella no es suficiente pues no considera una serie de variables necesarias para la ponderación de dos derechos; además, no es apta para la aplicación de una serie geométrica ($2^0, 2^1, 2^2$) en la valoración de las variables, que es la escala más adecuada para este cometido, ya que, “los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención”. Es por eso que Alexy replantea su fórmula diferencial mediante la utilización de cocientes, luego de lo cual queda expresada de la siguiente manera: $G_{i,j} =$

Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2^0 , o sea 1; medio 2^1 , o sea 2; e intenso 2^2 , es decir, 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2^0 , o sea, 1; plausible 2^{-1} , o sea $1/2$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $1/4$.

Con este cambio en la fórmula del peso, la supremacía de un derecho frente al otro se determinará de la siguiente manera: si el resultado es mayor a 1, prima el principio vulnerado; si es igual a 1, ambos tienen el mismo valor; y, si es menor a uno, es decir, fracción, prima el segundo principio, es decir, el no vulnerado.

Una vez incorporadas todas las variables a la fórmula del peso ésta adquiere la siguiente forma:

Para valorar cada una de las variables y determinar el resultado se aplicarán los siguientes valores:

El peso concreto de P_i (I_i) y de P_j (I_j), y el peso abstracto de P_i (G_i) y de P_j (G_j), según sea leve con 1; medio con 2; y, grave con 4.

o La seguridad de las apreciaciones empíricas de no realización de P_i (S_i) y de realización de P_j (S_j), según sea cierta 1; plausible con 2; y, evidentemente falsa con 4.

Consecuentemente esta fórmula tiene la siguiente estructura

$$G_{P_i, jC} = \frac{I_{P_iC} \cdot G_{P_iA} \cdot S_{P_iC}}{W_{P_jC} \cdot G_{P_jA} \cdot S_{P_jC}}$$

Aplicando la fórmula de Alexy citado por BERNAL PULIDO, Carlos³⁷ da el siguiente ejemplo: el caso de los padres de una niña, que profesan el culto evangélico, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte.:

$$G_{P_i, jC} = 4 \cdot 4 \cdot 1 \quad 16$$

que una ponderación simple, la cual es más fácil, rápida y efectiva, pero hacemos una nota al pie de página, al respecto.

Alexy también se expone en argumentos que fundamentan cargas argumentativas, a favor de la libertad y la igualdad jurídica. Las cargas de la argumentación son presupuestos creados a favor de la protección de determinados principios; dichas cargas se introducen, cuando existe un empate resultante de la aplicación de la fórmula del peso; debe resolverse aplicando los indubios (o cargas de argumentación) que a continuación se relacionan según el caso: Indubio pro libertate: si existe un empate entre un derecho cualquiera y el principio de libertad o igualdad, ha de resolverse a favor de estos dos últimos principios.

Debemos destacar el test de razonabilidad de la Corte Constitucional colombiana, quien magistralmente lo ha compendiado en varias sentencias de la siguiente manera:

- 1.- ¿Cuál es el tratamiento desigual y sobre qué materia recae?
- 2.- ¿Qué objetivo persigue el trato desigual?
- 3.- ¿Ese objetivo es válido a la luz de la Constitución? ¿Es válido a la luz de los principios, valores y derechos consignados en ella?

$$\frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4} = \frac{4}{4} = 1$$

Por otro lado, el peso de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres sería el siguiente:

$$GP_{i,jC} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Así llegaría entonces a establecerse que la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres –satisfechos sólo en 0.25– no justifica la intervención en los derechos a la vida y la salud de la niña –afectados en 4–. Estos últimos derechos tendrían que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital.

4.- ¿El trato desigual es razonable, es decir, es proporcional ese trato con el fin perseguido? Para que el trato desigual sea razonable, debe cumplir con los siguientes requisitos:

a.- Adecuación: ser adecuado en relación al fin perseguido;

b.- Necesidad: que no exista otro medio que pueda conducir al fin perseguido que sacrifique en menor medida principios constitucionales; y,

c.- Proporcionalidad en sentido estricto: que el trato diferente, no sacrifique principios constitucionales más importantes, que el principio que se quiere satisfacer con ese trato diferenciado.

Podemos concluir, que el juicio de ponderación es una técnica depurada de solución de conflictos entre principios y especialmente de colisión de Derechos. El empleo del juicio de ponderación presupone una visión abierta y pluralista que no conoce de jerarquías de los derechos constitucionales como lo menciona ZAGREBELSKY, Gustavo citado por BAQUERIZO MINUCHE, Jorge³⁸. No cabe duda que la discrecionalidad del operador de justicia es importantísima. Tal cual lo expresa BERNAL PULIDO, Carlos³⁹:

La ponderación sostiene que tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones. Sin embargo, el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites, no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco le resta por completo su utilidad. (...) Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse, cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de

³⁸ <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>, Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación, Jorge Baquerizo Minuche

³⁹ <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826852872365026338813/015786.pdf?incr=1>

ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad.

EJEMPLOS DE PONDERACIÓN PARA CASOS DE MEDIDAS CAUTELARES

Como lo mencionamos, la presente tesis propone una ponderación simple, como la que realizan los juzgados españoles; y no la ponderación súper elaborada de la Corte Constitucional ecuatoriana, porque la consideramos terriblemente compleja y poco práctica, para llegar a una sentencia justa. Dentro de la ponderación propuesta, encontramos que existen derechos más importantes que otros (hay varios constitucionalistas actuales podrían no estar de acuerdo, en base a lo indicado en la norma suprema, esto es que todos los derechos son iguales); nótese que no se menciona, que tengan más jerarquía que otros, por lo que refiere la Constitución actual no lo acepta. Sin embargo, es innegable por ejemplo, que el derecho a la vida es un derecho más importante que otros, si no hay vida como se ejercen otros derechos. Otro ejemplo lo da la misma Constitución: en el artículo 44, obliga que el derecho a los niños y adolescentes prevalecerá sobre otros derechos:

Constitución Artículo 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (...)

Para efectos de la presente tesis, que trata derechos enfrentados en el caso de las medidas cautelares, tomemos un primer ejemplo, de quien se sienta perjudicado en base a la Ley de Propiedad Intelectual artículo 308, demande y solicite la prohibición de comercialización y depósito de productos, por el supuesto uso indebido de una marca. Por otro lado, tenemos al demandado, que

podiera no estar al tanto de la medida cautelar y encontrarse en la situación de desventaja, al no haber ejercido su derecho al debido proceso y al derecho a la defensa. Para este ejemplo, asumamos que el demandado no conoció el proceso, es el verdadero titular de la marca y recibe una medida cautelar injusta.

Se pudieran dar otras circunstancias en el aludido ejemplo, como que en razón de la ejecución de una medida cautelar indebida, ocasionó que la salida comercial de la marca del demandado se haya visto afectada (durante el proceso deberá probar que es el titular de la marca) no solamente en su comercialización, sino además deteriorada en su imagen al paralizarse su venta; o pudieron los productos no pudieran venderse al encontrarse caducados, con el consiguiente perjuicio económico.

El peso del derecho a la propiedad de la marca –uso indebido de la marca- se cataloga como media y su peso abstracto con el mismo valor (pues no es un derecho de vida o muerte) y la certeza de las premisas leve, pues no existe un riesgo inminente que si no aplica la medida cautelar, a favor del falso titular de la marca, la supuesta marca del titular-demandante se verá afectada. Paralelamente, el derecho del demandado a la defensa y el debido proceso, puede catalogarse también como medio, su peso abstracto como medio y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa - pues es seguro que al ordenar la medida cautelar, ésta le va a causar un perjuicio al verdadero dueño de la marca y de los productos en depósito-. En este ejemplo, la ponderación proyectaría que la medida pudiera lastimar derechos fundamentales del demandado. Pero cada situación jurídica es diferente y variaría “el peso de los derechos” y según las circunstancias.

A manera de referencia, aplicando la fórmula de Alexy también el derecho del demandado para este caso, pudiera prevalecer.⁴⁰ Llegamos a la conclusión en

⁴⁰ Ampliando el ejemplo aplicando la teoría de Alexy, el del derecho de uso ilegítimo de la marca y solicitud de la medida cautelar podría establecerse de la bajo el presupuesto de que la afectación de estos derechos se catalogue como media (IPiC = 2), al igual que su peso abstracto (GPiA = 1) y la certeza de las premisas (fumus boni juris) (SPiC = 1). Paralelamente, el derecho al debido proceso y al derecho a la defensa puede catalogarse como alta (WPjC = 2), su peso abstracto como medio (GPjA = 2) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como media (pues no es seguro que ordenar la medida cautelar afecte o causa perjuicios) (SPjC = 1).

este caso, predomina el derecho al debido proceso y al derecho a la defensa de la parte demandada, derechos “más pesados” ante los derechos del demandante del uso y comercialización de la marca. Lo adecuado, es que pudiera haber aplicado una contracautela, contemplada en la ley de propiedad intelectual, para hacer efectivo el principio del derecho de igualdad. Y empleando la propuesta de esta tesis, escuchar al demandado en audiencia previa.

Un segundo ejemplo: secuestro de maquinaria de una planta industrial por parte de acreedores.

Primer derecho contrapuesto: el derecho de acreencia por parte de los acreedores, para tomar la maquinaria industrial y hacer efectivo ese pago. Por otro lado tenemos al demandado y los trabajadores del demandado (aquí además existen otros derecho involucrados, los derechos de los trabajadores que trabajan en la planta).

El peso del derecho del cobro de sus acreencias, pudiera catalogarse como intensa, pues se encuentra avalada en un documento crediticio, y su peso abstracto intenso también. En relación a la certeza de las premisas sobre su afectación, como leve, pues podría tener el demandado tener otros bienes que no sean la maquinaria industrial, con que cobrar la deuda. Por otro lado, en relación al demandado, el peso del derecho al trabajo, puede catalogarse también como intenso, pues, es seguro que al secuestrarse maquinaria no podrá realizar una labor productiva; su peso abstracto como intensa y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa, porque es indudable que al ordenar la medida

En el ejemplo, entonces, la aplicación de la fórmula del peso de las medidas cautelares protegidas por tutela judicial efectiva arrojaría los siguientes resultados:

$$G_{Pi,jC} = \frac{2 \cdot 1 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{2}{4} = 0.50$$

Por otro lado, el peso del derecho al debido proceso y a la defensa

$$G_{Pi,jC} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 1 \cdot 1} = \frac{4}{2} = 2$$

cautelar, ésta le va a causar un gran perjuicio económico; sin hablar del tema de la afección directa del derecho al trabajo de sus trabajadores. En este ejemplo ficticio de medida cautelar de secuestro preventivo, pudiera lesionar ciertos derechos constitucionales.

LEGISLACIÓN COMPARADA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y CONTRACAUTELAS

Es imprescindible hacer un análisis de la legislación comparada, de países americanos y europeos, para identificar los avances que en materia de medidas cautelares existen:

Argentina

En Argentina, las medidas cautelares están incluidas en Capítulo III Medidas Cautelares del Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.⁴¹

El Artículo 197 del indicado Código, trata sobre trámites previos y solicita la información sumaria para obtener medidas precautorias; podrá ofrecerse acompañando con el escrito en que se solicitaren, el interrogatorio de los testigos y la declaración de éstos.

Artículo 199 de la misma ley menciona la contracautela; al referirse a la graduación no menciona el grado de daños y perjuicios, sino el grado de verosimilitud de derecho:

Artículo 199.- La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del Artículo 208.

⁴¹ <http://secretjurid.www5.50megs.com/leyes/codproca.htm>

En los casos de los arts. 210, incs. 2 y 3, y 212, incs. 2 y 3, la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar.

El juez graduara la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso.”

Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica.

Artículo 200 expresa que no se exigirá caución, si quien obtuvo la medida es la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada y segundo quien actuare con beneficio de litigar sin gastos.

Añade el artículo 201 sobre la mejora de la contracautela, e indica que en cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar, podrá pedir que se mejore la caución, probando sumariamente que es insuficiente. Se condenara a pagar los daños y perjuicios, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abuso o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, si la otra parte lo hubiese solicitado. La determinación del monto se sustanciara por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento, a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible. Artículo 201.

Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que 1) el derecho fuere verosímil; 2) existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho. La modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución, en ineficaz o imposible; 3) la cautela no pudiese obtenerse por medio de otra medida precautoria, como lo menciona el artículo 230.

Se refiere el antedicho Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, a las comentadas medidas cautelares genéricas:

Artículo 232.- Medidas cautelares genéricas.- Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere

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 más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Perú

Las medidas cautelares se mencionan en el Código Procesal Peruano Subcapítulo 1⁴². Los requisitos de la solicitud son exigidos en el artículo 610:

1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
2. Señalar la forma de ésta;
3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
4. Ofrecer contracautela; y
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.

En relación al contenido de la resolución de medidas cautelares -artículo 611- el juez deberá dictar medida cautelar, en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva, por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.

⁴² <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

3. La razonabilidad de la medida, para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos, de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar debe ser debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

La contracautela es mencionada en el Artículo 613, que expresa que tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso cambiarla, por la que sea necesaria, para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal; dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela, es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar y que debe incluir la legalización de firma ante el secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial, que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; éste resuelve lo conveniente, previo traslado a la otra parte.

En concordancia con lo mencionado por el Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, el Código Procesal Peruano también dispone

excepciones a la contracautela: los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales, las universidades y la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial, están exceptuados de prestar contracautela (Artículo 614).

Si se declara infundada una demanda, cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar y una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal. Además a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados (Artículo 621).

La medida cautelar puede recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, siempre que haya sido citado con la demanda. Ejecutada la medida, el tercero está legitimado para intervenir en el proceso principal y en el cautelar (Artículo 623).

Acorde con la doctrina contemporánea, el Artículo 629 destaca la Medida cautelar genérica *“Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.”*

El artículo 682 señala que la Medidas Innovativas *“Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.”*

España

En España, la Ley de enjuiciamiento civil prescribe las medidas cautelares y la medidas asegurativas de la prueba.⁴³ En esta última menciona a las

⁴³ <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/L3T6.htm>

contracautelas pero con otra naturaleza, como una contracautión destinada al aseguramiento de prueba.

El Artículo 726 menciona las características de las medidas cautelares:

1.^a Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

2.^a No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

En lo que se refiere a las Medidas cautelares específicas menciona el artículo 727:

1.- El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

2.- La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés, para la efectividad de la condena que pudiere recaer.

3. - El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.

4.- La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.

5.- La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

6.- Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil, para el buen fin de la ejecución.

7.- La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación, que viniera llevándose a cabo.

8.- La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9.- El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos, que se reputen producidos, con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

10.- La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

En mismo artículo, el último numeral 11 menciona a las ya tan comentadas medidas cautelares genéricas como *“Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.”*

El artículo 728 da los presupuestos de las medidas cautelares: 1.- Peligro por la mora procesal. 2.- Apariencia de buen derecho. 3.- Caución:

1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones, por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito.

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión, y a la valoración que realice según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

Inaudita altera Pars.- El Artículo 733 expresa que como regla general se deberá oír al demandado y como excepción no, característica diferente a lo que ya hemos estudiado de los presupuestos de las medidas cautelares:

Audiencia al demandado. Excepciones.

1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. (...)

La prestación de caución será siempre previa, a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada. El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución. Artículo 733.

Por otro lado el mismo cuerpo legal se refiere en sus artículos 297 y 298 a las Medidas de aseguramiento de la prueba. *“Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla.”*

Dentro del procedimiento para la adopción de las medidas de aseguramiento de la prueba, consta la garantía o caución que en esta legislación la denomina “contracautela” en su numeral 2 del artículo 298 *“También podrá el tribunal acordar, mediante providencia, en lugar de la medida de aseguramiento, la aceptación del ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida de prestar, en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64, caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda”.*

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

Modalidad de la investigación

Se realizó la aplicación de métodos teóricos, como el análisis, síntesis, deducción, inducción, análisis hermenéutico, el análisis de conceptos y doctrinas acerca de los principios del derecho procesal y observación documental.

Las metodologías utilizadas en la presente tesis son las siguientes:

Diseño no experimental.- Se analizó la descripción de algunas circunstancias que han ocurrido en relación a las medidas cautelares y la nueva doctrina y se examinó las relaciones, entre aspectos sin ninguna manipulación directa de las condiciones que son experimentadas.

Cualitativa no interactiva o investigación analítica.- Se estudió conceptos y sucesos históricos, a través de un análisis de documentos. Se identificó, se estudió y luego se sintetizó los datos para proporcionar un conocimiento del concepto, o del suceso pasado que puede o no haber sido directamente observable. Los documentos autenticados son la fuente principal de datos. Incluye el análisis de conceptos.

Jurídico-descriptivo.- Se descompuso las medidas cautelares, para su análisis, se aplica “de manera pura” el método analítico a un tema jurídico, es decir, consiste en descomponerlo, en tantas partes como sea posible. Esto implicó que el tema debe ser, salvo que se persiga otro fin, muy bien delimitado.

Jurídico propositivo.- Se evaluó los vacíos, las fallas de los sistemas o de las normas de la ley en relación a las medidas cautelares, a fin de proponer una propuesta de reforma a la ley.

Jurídico comparativo.- Se estableció las semejanzas y/o diferencias entre instituciones jurídicas o sistemas jurídicos, se analizó la legislación comparada de medidas cautelares.

Las unidades de observación en este trabajo se refieren a:

Doctrina de derecho procesal que incluyeron temas de medidas cautelares, contracautela, medidas cautelares genéricas

Teorías de varios autores nacionales e internacionales en relación a las medidas cautelares y el neoconstitucionalismo con autores como SALCEDO VERDUGA, Ernesto, ZAVALA BAQUERIZO, ZAVALA EGAS, Jorge y ALEXY, Robert.

Codificación al Código de Procedimiento Civil del Ecuador en los artículos 421 y siguientes y 897 y siguientes, referidos a las medidas cautelares además de la legislación procesal civil de Argentina, España y Perú en los capítulos referentes a las medidas cautelares.

Constitución de la República del Ecuador, artículos 11, 44 y 76

Instrumentos de recolección de datos

Fichas documentales, resumen

Registro Electrónico

Procedimientos de la investigación

¿ Quiénes proporcionaron la información? La muestra

El análisis de la doctrina, de normas

¿Cómo accedimos a la información requerida? Los instrumentos

Por los libros contentivos de doctrinas y las leyes

¿Cómo se recogió la información requerida? Recolección de datos

Se realizó la revisión de libros en la biblioteca de la universidad y libros propios

¿Cómo se organizaron los datos obtenidos? Sistematización

Se organizaron por medio de registro electrónico

¿De qué manera se realizó el análisis de datos? Análisis e interpretación

La investigación se cumplió, en las fases de estudio teórico conceptual y metodológico de la investigación jurídica; análisis, ubicación y selección y reflexión de la materia de investigación, elaboración del marco referencial de la

propuesta de intervención, formulación de la problemática: análisis jurídico, situación actual del problema, delimitación del objeto de investigación, preguntas significativas, justificación y objetivos; construcción del marco teórico, acopio de información, selección de teorías, doctrinas, ubicación de bibliografía; formulación de la metodología de trabajo de la investigación; y elaboración del informe y presentación de los resultados de la investigación.

Los métodos lógicos empleados fueron el análisis, síntesis, la deducción, la inducción y el método hermenéutico. La inducción consistió en ir de los casos particulares a la generalización. En la inducción se trata de generalizar el conocimiento obtenido en casos u ocasiones semejantes relativos a las medidas cautelares, casos que además pueden presentarse en el futuro.

Por la deducción, partimos de un marco general de referencia de las medidas cautelares y hacia un caso en particular; en la deducción se compararon las características de un caso de medidas cautelares con la definición. Por medio de la deducción se realizó un diagnóstico que sirve para el análisis.

El análisis maneja juicios, mediante el análisis se desintegró, se descompuso todas las teorías conocidas, para estudiar en forma intensiva cada uno de los elementos de las medidas cautelares; así como las relaciones entre sí. Mediante el método sintético se formuló una teoría, que unifica los diversos elementos, el proceso mediante el cual se relacionan hechos aparentemente aislados. Consistió en la separación de las partes de un todo a fin de estudiarlas por separado, así como examinar las relaciones entre ellas. Se realizaron suposiciones o conjeturas sobre situaciones de ejecución de medidas cautelares. Finalmente, se utilizó el método hermenéutico, y se estudió la coherencia interna de los textos y el estudio de la coherencia de las normas y principios.

CAPÍTULO IV

DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA

Dentro del contenido de la propuesta que presenta esta tesis, se presentan las urgentes reformas legales relativas a las medidas cautelares, en los siguientes temas:

1.- Que las medidas cautelares deben ser relativas a todos los juicios. En la actualidad, las normas de las medidas cautelares constan de forma confusamente redactada, referente sólo al juicio ejecutivo y sobre créditos en el artículo 421, 422 y 423 y luego las señaladas en el artículo 899 y siguientes.

2.- La propuesta incluye que se ordenen en un solo artículo, todas las medidas cautelares específicas, como son: 1.- Embargo preventivo, ejecutivo y ejecutorio; 2.- Retención o secuestro de bienes muebles; 3.- Prohibición de vender, enajenar, hipotecar o constituir otro gravámen, o celebrar contrato que limite el dominio o goce de los bienes inmuebles; 4.- Prohibición de salida del país de nacionales y extranjeros; 5.- La intervención o la administración judiciales de bienes productivos; 6.- El depósito de cosa mueble; 7.- La anotación de la demanda; y 8.- La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad.

3.- La propuesta incluye los presupuestos de las medidas cautelares, estableciéndose: que debe existir la presunción del buen derecho, el periculum in mora y la contracautela (caución juratoria)

4.- Reforma e inclusión del principio inaudita altera pars dentro del proceso cautelar: el demandado debe ser oído en audiencia, prevaleciendo su derecho constitucional y sólo en casos excepcionales no debiera comparecer ante el juez.

5.- Inclusión del concepto de prohibición de innovar

6.- Inclusión del concepto de medida cautelar genérica o innominada

CONTENIDO DE LA PROPUESTA, PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Artículo...- Medida cautelar.- Se podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares, que se consideren necesarias, para asegurar la efectividad de la tutela judicial. Podrán solicitarse junto con la demanda principal y antes de la demanda, si quien en ese momento las pide, alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

Artículo...- Contenido de la decisión cautelar

El juez atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dictará medida cautelar, en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.- El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud, los datos, argumentos y justificaciones documentales, que conduzcan a fundar, por parte del Juez sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional favorable, al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla, por otros medios de prueba, que deberá proponer en el mismo escrito.

2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva, por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.

3. La razonabilidad de la medida, para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas, por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar debe ser debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

Artículo...-Audiencia al demandado. Excepciones.

1. Como regla general, el juez proveerá a la petición de medidas cautelares, previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el juez podrá acordarla sin más trámites, mediante auto, en el plazo de cinco días, en él que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Artículo...- Contracautela.- La medida cautelar sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar. Se podrá rendir la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar.

El juez graduara la calidad y monto de la caución, de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y de manera especial la graduación de los daños y perjuicios que pudieren causarse por la afectación de la medida cautelar. La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar. La prestación de contracautela será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada.

El juez decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la contracautela.

Artículo...-Clases de Contracautela.-

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de

contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el juez respectivo.

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo, para su inscripción en el registro correspondiente.

En caso de ejecución de la contracautela, ésta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar, quien resolverá lo conveniente previo traslado a la otra parte.

Artículo...-Medidas cautelares específicas:

1.- Embargo.-

El embargo de bienes preventivo, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

El embargo de bienes ejecutivo, en razón de bienes que se encuentren hipotecados, que se ordenará en el auto de pago a solicitud del ejecutante, respecto del inmueble materia de la hipoteca.

El embargo de bienes ejecutorio, que se ordena en los bienes que se designa el acreedor, cuando la ejecución se funda en sentencia ejecutoriada.

2.- Retención o secuestro de bienes muebles.- El secuestro o la retención de la cosa sobre la que se va a litigar, o de bienes que aseguren el crédito. Esta medida preventiva se verificará mediante depósito y la entrega por inventario. En ambos casos, habrá de acompañarse prueba de que los bienes son de propiedad del deudor y tal prueba puede ser testimonial.

3.- Prohibición de vender, enajenar, hipotecar o constituir otro gravámen, o celebrar contrato que limite el dominio o goce de los bienes inmuebles, que el juez determine alcancen para responder por el valor de la obligación demandada. Para que se ordene los bienes raíces no deberán estar embargados. Esta prohibición

comprende que la enajenación, hipoteca o gravamen de los bienes prohibidos es nula.

4.- Prohibición de salida del país de nacionales y extranjeros.

5.- La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo, en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés, para la efectividad de la condena que pudiere recaer.

6.- El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla, y se encuentre en posesión del demandado.

7.- La anotación de la demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

8.- La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

Artículo...-Prohibición de innovar y contratar.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho, cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional, por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.

Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que:

1) el derecho fuere verosímil;

2) existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho. La modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible;

3) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

Individualizara lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante.

La medida quedara sin efecto, si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro del plazo de cinco días de haber sido dispuesta, y en cualquier momento en que se demuestre su improcedencia.

Artículo...-Medidas cautelares genéricas.- Quien tuviere fundado motivo para temer, que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Sugerencias metodológicas para su ejecución

Como toda reforma de ley, esta propuesta de reformas podría ser presentada a la Asamblea, para su análisis y puesta en marcha como ley ecuatoriana. Ya se han realizado proyectos de reformas al Código de Procedimiento Civil, entre ellos, el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal ya ha propuesto un proyecto, que incluye reformas a las medidas cautelares.

Factibilidad de la propuesta

Consideramos que la presente propuesta de intervención es factible de realizar. La Asamblea del Ecuador, los abogados, los políticos, operadores de justicia y en general la sociedad ecuatoriana, se han dado cuenta que existen muchas leyes y códigos -de manera especial citamos el Código de Procedimiento Civil- que se encuentran desactualizados y que están en la necesidad imperiosa de renovar algunos y otros de ser derogados.

El tema político no podemos dejar de mencionarlo, pues si bien es cierto estamos en un estado democrático, con apertura hacia una modernización de

nuestro sistema procesal, muchas veces la falta de voluntad de algunos políticos hace que estas leyes no sean aprobadas en el órgano legislativo. Es responsabilidad de los asambleístas de presentar y aprobar leyes actuales, idóneas, prácticas, para que el operador de justicia pueda aplicarlas.

Validación de la propuesta de intervención

Formulario de preguntas: Validación de expertos

Ab. Francisco Nickel Ponce

1.- ¿Qué tanto está de acuerdo con la presente propuesta de intervención?

a.- Totalmente de acuerdo b.- Parcialmente de acuerdo c.- En desacuerdo d.- Totalmente en desacuerdo.

2.- ¿Cómo se puede calificar el contenido de la propuesta de intervención?

a.- Excelente propuesta b.- Buena propuesta c.- Propuesta aceptable; d.- Propuesta incorrecta

3.- ¿Cuáles son los aspectos sobresalientes, la fortaleza o el principal agregado de la propuesta de intervención?

La propuesta de intervención analiza las ya conocidas medidas cautelares y menciona que son normas que han quedado como obsoletas en relación a normativas internacionales. Se destaca dentro de la tesis, que las medidas cautelares no debieran estar sólo limitadas a juicios ejecutivos o por créditos; se hace también referencia a la existencia de nuevas figuras procesales incluidas en las medidas cautelares, presentes en varias legislaciones, pero no todavía en la nuestra. Se agrega además, la necesidad de cambio e inclusión de éstos conceptos en la nuestra legislación.

4.- ¿Cuál es la trascendencia, utilidad o el beneficio social de la presente propuesta de intervención?

La propuesta de intervención que me ha sido presentada para el análisis, es de gran utilidad, ya que nos permite analizar varios aspectos; entre ellos, la figura de la contracautela, que abarca la caución que eventuales daños y perjuicios pudieran causarle al demandado, en la ejecución de injustas medidas cautelares. También, presenta la posibilidad que el demandado tenga el derecho de ser escuchado en audiencia y la necesidad de inclusión en nuestra legislación de nuevos conceptos de medidas cautelares tales como innominadas y genéricas.

Ab. Silvia del Campo Litardo

1.- ¿Qué tanto está de acuerdo con la presente propuesta de intervención?

a.- Totalmente de acuerdo; b.- Parcialmente de acuerdo; c.- En desacuerdo; d.- Totalmente en desacuerdo.

2.- ¿Cómo se puede calificar el contenido de la propuesta de intervención?

a.- Excelente propuesta; b.- Buena propuesta; c.- Propuesta aceptable; d.- Propuesta incorrecta

3.- ¿Cuáles son los aspectos sobresalientes, la fortaleza o el principal agregado de la propuesta de intervención? Los aspectos sobresalientes de la propuesta radican en la reforma relativa a las medidas cautelares, tanto en lo concerniente a oportunidad de la petición, así como al momento de ordenarla; además de la posibilidad de escuchar a la contraparte antes de dicha medida a fin de salvaguardar sus derechos constitucionales.

4.- ¿Cuál es la trascendencia, utilidad o el beneficio social de la presente propuesta de intervención? El beneficio social de la referida propuesta de reforma legal estriba, en evitar que se abuse de la garantía que los deudores otorgan a sus acreedores, salvaguardando los intereses de ambas partes y evitando que una de los intervinientes se vea afectado en sus derechos. El juez es más activo dentro del proceso, puesto que deberá verificar la credibilidad de las pruebas aportadas por el actor, a fin de erradicar la mala práctica de utilizar el sistema de justicia para fines indebidos.

CONCLUSION

Como conclusión, se destaca que ambos expertos coinciden plenamente con la presente propuesta de intervención, validándola. Es de recalcar, que ambos opinan que es indispensable una adaptación a las nuevas corrientes del derecho procesal, con respecto a las medidas cautelares.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1.- La doctrina no tiene un criterio uniforme, respecto a la denominación de las medidas cautelares, pero la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, las designa indistintamente como “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía”

2.- Las medidas cautelares presentan una serie de características que las particularizan: la instrumentalidad, la provisionalidad, su temporalidad, son restringidas al objeto del litigio, son urgentes, proporcionales, flexibles y se ordenan a petición de parte y sin oír previamente a la parte contraria.

3.- Las medidas cautelares se ordenan a petición de parte interesada y sin previa audiencia de la contraparte (inaudita altera pars). Los derechos constitucionales o fundamentales pudieran verse violados, pues no se produce la contradicción de la prueba. La Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo y el Pacto de los derechos Económicos Sociales Culturales, Civiles y Políticos señalan que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial. Para evitar la vulneración de su derecho constitucional a ser oído, el afectado de una medida cautelar pudiera ser escuchado en la audiencia, como regla general, y sólo excepcionalmente el juez aceptaría la demanda sin cumplir con este requisito.

4.- Un proceso cautelar tiene presupuestos básicos: a.- un razonable orden probabilidades sobre la existencia del derecho; b.- Una objetiva posibilidad de frustración riesgo o estado de peligro, de ese derecho invocado por el demandante “Periculum in mora” c.- Y el otorgamiento de garantías suficientes, para el caso de que la solicitud no reciba finalmente auspicio, o sea la prestación de una adecuada contracautela.

5.- La reiterativa afirmación que las medidas cautelares proceden sobre créditos impagos (cuando más bien aquí se habla de un derecho y no del “humo del derecho”) es arcaica y no está acorde con los presupuestos enunciados por la doctrina.

6.- La contracautela está destinada a garantizar el resarcimiento de los eventuales daños derivados de la ejecución de una medida cautelar, ante la contingencia de que la pretensión principal sea declarada infundada. El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano no exige la contracautela o garantía de los posibles perjuicios, que el otorgamiento de la medida cautelar puede causar al demandado. Pero la contracautela si consta en la Ley de Arbitraje y Mediación y en la Ley de Propiedad Intelectual.

7.- El proceso cautelar, prescrito en el Código de Procedimiento Civil, permite al juez que pueda ordenar las siguientes medidas cautelares: prohibición de enajenar, retención, secuestro preventivo, arraigo, secuestro de bienes raíces, embargo de bienes raíces.

8.- Existen nuevos institutos procesales dentro de las medidas cautelares, entre los cuales podemos destacar a las medidas innovativas, autosatisfactivas y las genéricas o innominadas.

9.- Medidas autosatisfactivas son un requerimiento urgente, formulado al órgano jurisdiccional, que se agota con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. En relación a los presupuestos generales de las medidas cautelares, tiene una excepción, pues para su procedencia siempre es necesaria una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosimilitud del derecho.

10.- Medida cautelar genérica o innominada es la que puede dictar el juez de acuerdo a las exigencias del caso, si no existe una disposición legal que satisfaga la necesidad del aseguramiento. La Ley de propiedad intelectual conceptúa a la medida cautelar genérica, como cualquier medida que evite la continuación de la violación de los derechos: y la Ley de Arbitraje, señala que

los árbitros podrán dictar medidas cautelares que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso, o para garantizar el resultado de éste.

11.- El debido proceso es un derecho reconocido y garantizado por el Estado, el cual dicta las normas fundamentales básicas que deben cumplirse en la formación del proceso. Por otro lado, se viola el derecho a la defensa, cuando se ponen obstáculos ilegales para que los involucrados en un proceso, de cualquier clase, puedan exhibir sus pretensiones jurídicas y efectivizar sus medios de prueba, o se impida que haga sus alegaciones en el momento oportuno.

12.- El Neoconstitucionalismo se ha adoptado como ideología de estado mediante la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC Suplemento del Registro Oficial del 2 de diciembre de 2008. La sentencia expresa que el principio de ponderación es el mecanismo procesal concreto, para resolver los conflictos entre dos bienes o valores constitucionalmente protegidos, a través del cual se consigue la armonización constitucional (en concordancia con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional artículo 3 numeral 3).

13.- De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. La Ley de la ponderación señala que *“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”* en el sentido de perjuicio o de falta de satisfacción del principio desplazado; tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del principio precedente. La ley de la ponderación incluye la aplicación de los tres subprincipios: de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

14.- El juicio de ponderación es una técnica depurada de solución de conflictos, entre principios y especialmente de colisión de Derechos. El empleo del juicio de ponderación presupone una visión abierta y pluralista que no conoce de jerarquías de los derechos constitucionales.

15.- Las instituciones doctrinales expuestas sobre las medidas cautelares, ya constan en legislaciones como Argentina, Perú y España, de manera especial los presupuestos -en relación a la presunción del derecho- y además la contracautela, medidas cautelares genéricas y se consagra el principio *inaudita altera pars*, esto es, el demandado como regla general debe ser oído, en el caso específico España.

RECOMENDACIONES

1.- El texto de las medidas cautelares, redactado en el Código de Procedimiento Civil, debe ser reformado. La reiterativa afirmación que estas proceden sobre créditos impagos (cuando más bien aquí se habla de un derecho y no del “humo del derecho”) es desactualizada, poco práctica y no acorde con los tiempos actuales. En opinión de la autora de esta tesis, es necesario la reforma especialmente a: que éstas no sólo se aplican a créditos y al juicio ejecutivo, reformar e incluir los conceptos de contracautela, caución juratoria y de medida cautelar genérica o innominada.

2.- El principio de contradicción del afectado debe ser respetado; podría incluirse dentro de la causa una audiencia, dentro del proceso cautelar, que debe ser ordenada siempre de manera general y sólo excepcionalmente se procedería *inaudita pars*.

3.- Para compensar los efectos de una medida cautelar existe en la doctrina y en legislaciones extranjeras, la figura de la contracautela; que no es otra cosa que una caución y que concreta el principio de igualdad, ya que viene a contrarrestar la falta de contradicción inicial, que caracteriza al proceso cautelar. Se recomienda la inclusión de esta figura en el Código de Procedimiento Civil.

4.- La ponderación no es un procedimiento, que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos, pero en opinión de la autora de esta tesis, podría ser utilizada por el juzgador como instrumento dentro de un determinado proceso para resolver derechos en disputa.

5.- La adopción de la ponderación como método o reglas de interpretación jurídica constitucional, para resolver causas, señalada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puede ayudar a los jueces a encontrar la solución de aplicar o no medidas cautelares, cuando de hecho se encuentran derechos constitucionales en conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- CALAMANDREI, Piero (1936), Introducción al Estudio Sistemático del Procedimiento Cautelar. Padua, Traducción de SENTÍS MELENDO (1945), Buenos Aires.
- 2.- CHIOVENDA, Giuseppe, (1951) Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I Conceptos Fundamentales, Doctrina de las Acciones, III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado
- 3.- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, (1985) Compendio de Derecho Procesal, Tomos I y IV, Bogotá, Editorial ABC- Bogotá, Décima Edición
- 4.- FALCONÍ PUIG, Juan, (2001) Código de Procedimiento Civil, Edino, Reimpresión a la Segunda Edición
- 5.- HERNÁNDEZ, Miguel El debido proceso y la democracia
- 6.- LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Bogotá Colombia, Dupré Editores, Décima Edición tomo I
- 7.- MORÁN SARMIENTO, Ruben Elías (2009) Derecho Procesal Civil Práctico, Perú, Edilex s.a., Primera Edición
- 8.- PARRA QUIJANO, Jairo (2008) Manual de Derecho Probatorio, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional. Décimo Sexta Edición
- 9.- QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique (1985) Procesos y Medidas Cautelares, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, Primera Edición
- 10.- SALCEDO VERDUGA, Ernesto (2006) Las Medidas Cautelares en el arbitraje, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Primera Edición
- 11.- VESCOBI, Enrique (1984) Teoría General del Proceso, Bogotá, Editorial Temis
- 12.- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge (2002) El debido proceso, Guayaquil, Edino
- 13.- ZAVALA EGAS, Jorge (2009) Neoconstitucionalismo Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional

PROYECTOS:

14.- Proyecto Código de Procedimiento Civil, Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y Projusticia

LEGISLACIÓN ECUATORIANA

15.- Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

16.- Codificación del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano publicado en Registro oficial No. 58 del 12 de julio del 2005.

17.- Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Registro Oficial suplemento No. 544 del 9 de marzo de 2009

18.- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador y la Ley Reformativa No. 2005-48, publicada esta última en el Registro Oficial No. 532, de 25 de febrero de 2005.

19.- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicado en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52 del 22 de octubre de 2009

20.- Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares Codificación 1243 Registro Oficial Suplemento 153 del 25 de noviembre de 2005.

PÁGINAS WEB

21.- www.e-derecho.org.ar, abril de 2010, El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional de Derecho, Musumeci Gustavo Alberto

22.- www.dlh.lahora.com.ec, abril de 2010, Neoconstitucionalismo en el área andina, Velázquez Coello Santiago

23.- www.dlh.lahora.com.ec Neoconstitucionalismo en el área andina, Velázquez Coello Santiago

24.-

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826852872365026338813/015786.pdf?incr=1>, Estructura y límites de la ponderación, Bernal Pulido, Carlos

25.-

www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5269&Itemid=134, Consideraciones básicas sobre el derecho a la igualdad, El test de proporcionalidad y la fórmula del peso, Camilo Moreno – Piedrahíta H.

26.-

http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/MEDIDAS_CAUTELARES.htm, Las medidas autosatisfactiva

27.- www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/93_slisaransky.pdf, Las tesinas Belgrano, el juez pretor y la medida autosatisfactiva, Fabian Guillermo Slisaransky

28.-

<http://www.monografias.com/trabajos42/medida-autosatisfactiva/medida-autosatisfactiva.shtml>, La medida autosatisfactiva Juan Carlos Falcon.

29.-<http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>, Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación, Jorge Baquerizo Minuche

30.- <http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero10/3-10.pdf>, La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. especial referencia a la jurisprudencia constitucional española, Ruiz Ruiz, Ramón

31.- <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>, Código Procesal Peruano

32.- <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/L3T6.htm>, Ley de enjuiciamiento civil español

33.- <http://secretjurid.www5.50megs.com/leyes/codproca.htm>, Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina