

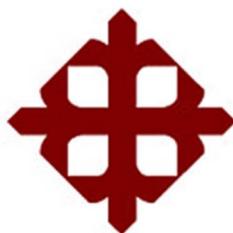
**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**TRABAJO DE TITULACIÓN EXAMEN COMPLEXIVO PARA LA  
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO PROCESAL.**

**EN QUÉ MEDIDA HAN AFECTADO LOS CAMBIOS DE LA  
CONSTITUCIÓN DEL 2008 A LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE SE  
TOMAN EN LA ACTUALIDAD.**

**JOSÉ MIGUEL GARCÍA AUZ**

**9 de Mayo del 2016.**



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

**CERTIFICACIÓN**

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

**REVISORES**

---

**Dr. Francisco Obando**

---

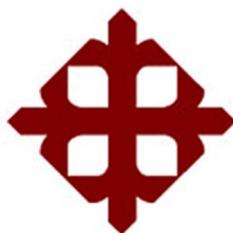
**Ab. Juan Carlos Vivar, Mgs.**

**DIRECTOR DEL PROGRAMA**

---

**Dr. Santiago Velázquez Velázquez**

**Guayaquil, a los 9 días del mes de mayo del año 2016**



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

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, Ab. José Miguel García Auz

**DECLARO QUE:**

El examen complejo **En qué medida han afectado los cambios de la constitución del 2008 a las medidas cautelares que se toman en la actualidad**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

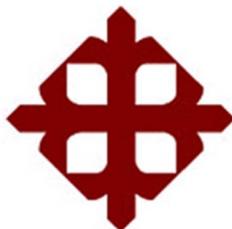
En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, a los 9 días del mes de mayo del año 2016**

**EL AUTOR**

---

**Ab. José Miguel GarcíaAuz**



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

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Ab. José Miguel García Auz**

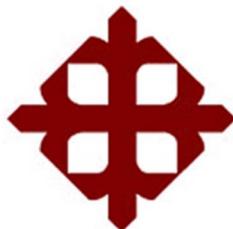
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **En qué medida han afectado los cambios de la constitución del 2008 a las medidas cautelares que se toman en la actualidad**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 9 días del mes de mayo del año 2016**

**EL AUTOR:**

---

**Ab. José Miguel GarcíaAuz**



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

**INFORME DE URKUND**

Correo: José Miguel García - x | DL8976018 - MDP-VI PROC | x

https://secure.orkund.com/view/18630401-244991-174946#q1bKLVajjYONNixNDQGYIMdiwOTW62H4sz0vMy0zOTEvORUJssDPQMjJwTCwMTMONTC3NDAwML8LoA

**URKUND**

Documento: MDP-VI PROMOCIÓN - JOSÉ MIGUEL GARCÍA AIZ - 6-03-16.doc (D38976018)

Presentado: 2016-03-29 12:41:41 (05:00)

Presentado por: Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obando@hotmail.com)

Recibido: santiago.velazquez.uctg@analisis.orkund.com

Mensaje: [Mostrar el mensaje completo](#)

3% de esta aprox. 26 páginas de documentos largos se componen de texto presente en 2 Fuentes.

Lista de fuentes Bloques

Categoría	Enlace/nombre de archivo
I	<a href="http://maestrerecu.blogspot.com/">http://maestrerecu.blogspot.com/</a>
I	<a href="http://docplayer.es/11251713-Universidad-catolica-de-santiago-de-guayaquil-facultad-de-especialidades-empresariales-carerra-maestria-ing.html">http://docplayer.es/11251713-Universidad-catolica-de-santiago-de-guayaquil-facultad-de-especialidades-empresariales-carerra-maestria-ing.html</a>
Fuentes alternativas	
La fuente no se usa	

59% # 1 Activo Fuente externa: <http://repositorio.uctg.edu.ec/bitstream/123456789/3500/1/T-UJSG-POS-16355-42.pdf> 59%

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

CERTIFICACIÓN Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Ab. José Miguel García Aiz, como requerimiento parcial para la obtención del

Grado Académico de Magister en Derecho Procesal. REVISORES (Nombre del Revisor Metodológico) \_\_\_\_\_ (Nombre del Revisor de Contenido) DIRECTOR DEL PROGRAMA \_\_\_\_\_ Dr. Santiago Velazquez Velazquez

Guayaquil, a los 2 días del mes de febrero del año 2016 UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL SISTEMA DE POSGRADO MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL DECLARACION DE RESPONSABILIDAD Yo, Ab. José Miguel García Aiz DECLARO QUE: E) exámenes complejo Eficacia de las medidas cautelares en los juicios ordinarios y arbitrales iniciados a partir del 2008,

previo

a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Procesal, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales del terreno, conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyos fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico

del proyecto de investigación del Grado Académico en mención. Guayaquil, a los 2 días del mes de febrero del año 2016 EL AUTOR \_\_\_\_\_ Ab. José Miguel García Aiz

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL SISTEMA DE POSGRADO MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL AUTORIZACIÓN Yo, Ab. José Miguel García Aiz Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del

examen complejo Eficacia de las medidas cautelares en los juicios ordinarios y arbitrales iniciados a partir del 2008,

cuyo contenido, ideas y orígenes son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría. Guayaquil,

a los 2 días del mes de febrero del año 2016 EL AUTOR: \_\_\_\_\_

ES 12:08 09/05/2016

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y a todos los que la conforman, especialmente a su personal administrativo y académico por el aporte que ha sido en el crecimiento profesional de todos los que hemos pasado por sus aulas en busca de conocimiento y excelencia.

## **DEDICATORIA**

A mis padres José Miguel y María Eugenia por inculcarme el amor por esta profesión que con orgullo ejerzo, a mi querida hija Nicole por enseñarme el valor de ser padre y sobre todo a ese ilustre hombre que fue el Dr. Miguel Horacio García Feraud, mi abuelo.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>DESARROLLO.....</b>	<b>4</b>
<b>1.1.- REFERENTES TEÓRICOS METODOLÓGICOS QUE SUSTENTAN EL CASO .....</b>	<b>4</b>
1.1.1. EL JUICIO ORDINARIO.- .....	4
1.1.2. EL ARBITRAJE.- .....	5
1.1.3. EL DAÑO JURÍDICO.-.....	6
1.1.4. LA MEDIDA CAUTELAR.-.....	6
1.1.5. REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES .....	10
1.1.6. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008.- .....	12
1.1.7. MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.- .....	13
1.1.10. LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA.....	20
1.1.11. CAUTELA INNOVATIVA Y ORDEN DE NO INNOVAR.....	22
1.1.12. INNOVATIVA Y TUTELA ANTICIPATORIA .....	23
1.1.13. LA IRREPARABILIDAD DEL PERJUICIO COMO REQUISITO ESENCIAL PARA DECRETAR UNA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. .	24
1.1.14. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	28
1.1.15. OBJETIVOS .....	29
1.1.16. DELIMITACIÓN.....	29
<b>2.1. MARCO METODOLÓGICO. ....</b>	<b>31</b>
<b>2.2. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>31</b>
<b>2.3. ANÁLISIS DEL PROBLEMA. ....</b>	<b>32</b>
<b>2.4.- PROCESO CIVIL. ....</b>	<b>34</b>
<b>2.5. MEDIDAS CAUTELARES. ....</b>	<b>35</b>
<b>3.1. CONCLUSIONES.....</b>	<b>37</b>

<b>3.1.1. NOVEDAD CIENTÍFICA.</b> .....	37
<b>3.2.1. CONTRASTACIÓN.</b> .....	37
<b>3.3.1. GENERALIZACIÓN.</b> .....	38
<b>3.4.1. LIMITACIONES Y VENTANAS.</b> .....	38
<b>4.1. RECOMENDACIONES.</b> .....	39
<b>4.2. CONCLUSIONES.</b> .....	39
Bibliografía .....	40

## RESUMEN

Si bien en la actualidad los abogados en el Ecuador han visto en la utilización de las medidas cautelares una ayuda en la protección de los intereses de sus representados. La doctrina ecuatoriana en este tema es escasa y no ha evolucionado lo suficiente, como caso contrario si ha sucedido a nivel internacional. La metodología a seguir es un método bibliográfico, es decir, se acudió a fuente de recolección de libros de derecho procesal y normativas vigentes. Los resultados de la investigación analizaron las medidas cautelares que existieron en los juicios ordinarios y arbitrales iniciados a partir del 2008, siendo positivos. Se llega a la conclusión que se disminuye el tiempo de despacho de las medidas cautelares, ante la notoria situación de riesgo en el derecho de la persona. Se recomienda que las medidas cautelares deben ser dictadas en la etapa procesal adecuada, puesto que carecerán de total eficacia.

**Palabras claves:** Derecho procesal, medidas cautelares, juicios ordinarios, juicios arbitrales.

## **ABSTRACT**

While at present lawyers in Ecuador have seen in the use of the precautionary measures aid in protecting the interests of their constituents. Ecuador's doctrine on this subject is scarce and has not evolved enough, as has happened otherwise if internationally. The methodology followed is a literature method, that is, he went to collect books source of procedural law and regulations. The results of the research analyzed the precautionary measures that existed in the ordinary and arbitration proceedings initiated from 2008, remain positive. It concludes that the clearance time is reduced precautionary measures before the notorious risk in the right of the person. It is recommended that relief should be given in the appropriate procedural stage, since it will lack overall efficiency

**Keywords:** Procedural Law, precautionary measures, ordinary trials, arbitrations.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como fin verificar los procesos judiciales que en su mayoría, buscan la aplicación del derecho para una obtención de justicia, en controversias suscitadas. Tiene herramientas que intentan asegurar que la controversia, no empeore la situación que se origina y mantiene hasta la emisión de una resolución.

Estas herramientas intentarán mantener parámetros de tolerancia para cuando se resuelva mediante decisión judicial, en realidad exista una verdadera tutela de derechos. De ese modo nacen las medidas cautelares, que según la doctrina tiene como fin “el mantener inmutada una situación de hecho y de derecho incierta o controvertida, que se teme pueda ser alterada por distintos eventos o por hechos impugnables a las partes, proveyendo en hacer imposible su modificación o por lo menos predisponiendo los medios para restablecer la situación preexistente”.

Siendo el punto de desarrollo del presente trabajo, analizar la eficacia de la interposición de las medidas cautelares en los procesos ordinarios.

Con esto en mente se busca poder determinar los cambios existentes en la constitución referente a los juicios ordinarios y arbitrajes a partir del año 2008, y qué efecto causó en las medidas cautelares que se toman en la actualidad para que sean más eficientes.

Al hablar de las medidas cautelares la variable determinante es la existencia de dichas medidas y que estas beneficiarán para un mejor proceso en nuestro medio, garantizando los derechos constitucionales. Al determinar estas incógnitas podremos llegar a señalar si el estudio y análisis de este trabajo de investigación resulta ser efectivo y viable para poder resolver la investigación.

De acuerdo a este razonamiento las medidas cautelares deberán ser efectivas y beneficiar el manejo judicial, de acuerdo al proceso que se desarrolle ,

ya sea un juicio ordinario o de arbitraje siendo esta la finalidad de la presente investigación, que pretenderá determinar si las mismas cumplen su función mediante una eficaz aplicación de estas medidas, teniendo como referente las medidas cautelares aplicadas a partir del año 2008, a raíz de la reforma de la Constitución de la República del Ecuador.

La tendencia predominante en el derecho ecuatoriano, es la del constitucionalismo – garantista por lo cual mediante la constitución se busca brindar protección a los ciudadanos, mediante la aplicación de medidas cautelares que precautelen sus derechos.

Si bien en la actualidad los abogados en el Ecuador han visto en la utilización de las medidas cautelares una ayuda en la protección de los intereses de sus representados, la doctrina ecuatoriana en este tema es escasa y no ha evolucionado lo suficiente, como caso contrario si ha sucedido a nivel internacional, es por esto que en algunos procesos estas medidas son mal utilizadas o dispuestas en momentos inoportunos del proceso, por eso es la importancia de analizar la evolución de las medidas a nivel nacional específicamente en el campo de los juicios ordinarios y arbitrajes a partir del 2008; ya que esta herramienta, se puede prestar para una mala utilización que puede devengar en una dilación de los juicios o hasta la imposibilidad de realizar actos que permitan resolver la litis.

Una vez que se analice como se pone en práctica el principio de celeridad procesal, en la necesidad de la utilización de una de las medidas cautelares contempladas en nuestra legislación se dará paso a un entendimiento profundo de cómo evitar un peligro por la demora en un proceso judicial.

Por lo manifestado es necesario un mayor estudio sobre el tema precitado, con la finalidad de no dejar dudas sobre la capacidad de los abogados para interponer este recurso, una vez se ha obtenido un laudo que incurra en los parámetros mencionados en los párrafos precedentes, definir los motivos para su interposición (motivación constitucional y Legal) y la finalidad del mismo.

El Ecuador actualmente se encuentra viviendo una época de Constitucionalismo – Garantista, donde podemos observar como la actual Constitución de la República, determina en su articulado mecanismo de protección inmediatos a favor de los ciudadanos, a los que pueden acceder por la vulneración de sus derechos básicos y fundamentales. En ese aspecto podemos encontrar a las medidas cautelares de carácter constitucional, que han originado el inicio de un sin número de acciones de este tipo.

Esto ha dado pie a la utilización de más acciones no solo en materia constitucional, sino en otras áreas jurídicas y en diferentes tipos de procesos, como lo son los juicios ordinarios y los arbitrajes, razón por la cual las medidas cautelares a partir de la expedición y publicación de la Constitución de la República del 2008, han sido sujetas a algunas modificaciones que deben ser analizadas desde el punto de vista práctico y teórico, en comparación con legislación internacional y doctrina sobre la materia.

CARNELUTTI considera que *“la medida cautelar cumple con la necesidad del cambio probable de una situación”*, o de *“eliminar el cambio ya ocurrido de una situación”* o, finalmente, *“de anticipar el cambio probable o aun incluso posible de una situación”*(Carnelutti, 1971). ROCCO, en el tomo III de su *Tratado de Derecho Procesal* examina el “proceso cautelar”(Rocco, 1936), sobre el marco trazado por el Código de Procedimiento Civil italiano, que distingue las medidas cautelares como diferentes de las medidas urgentes, pero se considera que es una visión puramente exegética, porque este Código contempla la medida urgente en otra sección del Código, pero que aplica en lo pertinente con la cautelar constitucional que se examina en este artículo.

El Dr. García Falconí, citando a PODETTI a lo largo del análisis realizado en su obra, señala entre otras cosas que las medidas cautelares son: *“actos procesales del órgano jurisdiccional adoptadas en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él”* (García, 2005).

La normativa constitucional colombiana (acción de tutela) es una cercana referencia de las medidas cautelares constitucionales, para precautelar derechos

fundamentales, como en el caso del amparo español, que se contemplan en la mayoría de los países, de los cuales interesan principalmente Brasil (Mandado de Segurança) y Argentina (Acción de Amparo), para efectos de la presente reflexión. En España, la medida cautelar está ampliamente vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva (Wikipedia., 2015), como se señala en su Carta Magna (Reino de España., 1978).

### **Pregunta de investigación**

¿Cuáles son los cambios existentes en la constitución referente a los juicios ordinarios y arbitrajes a partir del año 2008 y que efecto causó en las medidas cautelares que se toman en la actualidad para que sean más eficientes?

Es importante tomar como punto de partida las medidas cautelares las que son aquellas que tienen como fin asegurar el ejercicio de un derecho. Lo que se pretende tutelar es la posibilidad de hacer efectivo el derecho que se está invocando y que será resuelto luego que el juez dicte sentencia favorable.

Son medidas tomadas por los jueces con el objetivo de impedir la disposición de los bienes del deudor. Las más importantes son: embargo preventivo, secuestro de bienes, inhibición general de bienes, anotación de Litis, prohibición de innovar, prohibición de contratar, intervención judicial, etc.

El motivo por el cual un sujeto pide una medida cautelar con una premura tal que lo haga antes de iniciar una demanda, es que exista un peligro inminente, un peligro tal que cualquier demora puede hacer ilusa la posibilidad de un resarcimiento económico a través de una sentencia.

La Prueba Anticipada también se puede pedir antes de iniciar la demanda. Aquí el objetivo principal es mantener un medio de prueba, es decir, que éste se pueda llevar adelante. La prueba anticipada se da fundamentalmente cuando la prueba puede desaparecer por el curso del tiempo, por ejemplo, una prueba testimonial de una persona que le quedan pocos días de vida, una prueba material que puede ser destruida por hechos ajenos al proceso judicial en sí.

Tampoco es necesario esperar hasta la sentencia del juez para pedirla, ya que durante el proceso, el demandado puede comenzar a quedar insolvente y cuando el Juez lo condene podría haber imposibilidad práctica del resarcimiento en base a la sentencia.

La razón primordial para realizar este tema de investigación radica en la necesidad de demostrar la evolución del uso de las medidas cautelares dentro de los procesos judiciales ordinarios y del arbitraje, especialmente a partir de la expedición de la Constitución de la República del 2008, ya que antes de ser expedida esta carta magna, las medidas cautelares existían dentro del ordenamiento jurídico nacional, no eran o no buscaban una protección oportuna de la parte accionante y esto dejaba en vulneración a la misma, dejándola en indefensión ante posibles acciones de la parte demandada, como la transferencia de los bienes materia de la Litis o que el acusado escape del país.

GARCÍA DE ENTERRÍA dice que "*La acción interdictal no pretende resolver el problema litigioso de fondo, sino exclusivamente, mantener la situación provisional existente en un momento dado hasta tanto se resuelva sobre la titularidad del derecho en litigio en el juicio declarativo correspondiente*"(Fernández, G. d. (2013). Derecho Administrativo I, ob. cit., p. 803. S.L. CIVITAS EDICIONES., 2013).

Las principales comparaciones pertinentes se dan con la doctrina procesal italiana en lo relativo al derecho y procedimiento *civil*. En la medida cautelar *administrativa* las principales referencias son las doctrinas y legislación españolas y argentinas.

En el Ecuador este tema aún no se ha desarrollado de la manera más oportuna, es por tal motivo el interés de analizar y comparar con legislaciones y doctrina extranjera con el fin de beneficiar a nuestros mecanismos judiciales, para que las medidas cautelares sean eficientes y la vez eficaces.

Si bien en la actualidad los abogados en el Ecuador han visto en la utilización de las medidas cautelares una ayuda en la protección de los intereses de sus representados, la doctrina ecuatoriana en este tema es escasa y no ha evolucionado lo suficiente, como caso contrario si ha sucedido a nivel internacional, es por esto que en algunos procesos estas medidas son mal utilizadas o dispuestas en momentos inoportunos del proceso, por eso es la importancia de analizar la evolución de las medidas a nivel nacional específicamente en el campo de los juicios ordinarios y arbitrajes a partir del 2008; ya que esta herramienta, se puede prestar para una mala utilización que puede devengar en una dilación de los juicios o hasta la imposibilidad de realizar actos que permitan resolver la Litis.

## **DESARROLLO**

### **1.1.- REFERENTES TEÓRICOS METODOLÓGICOS QUE SUSTENTAN EL CASO**

#### **1.1.1. EL JUICIO ORDINARIO.-**

Según el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil se lo define como, aquel procedimiento a seguirse, cuando a ley no establece un procedimiento especial, dicho artículo dice:

*“59.- Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario (...)”*

Entendiendo esto, el Código en mención lo define como, aquel procedimiento a seguirse, cuando la Ley no establece un procedimiento especial.

Es esta la razón, por la que el juicio ordinario, es aquel que se utiliza con mayor frecuencia en los procesos judiciales, y también es aquel que tiene un mayor tiempo de duración. Por estos motivos he escogido iniciar el presente trabajo sobre la efectividad de las medidas cautelares que se dictan en los mismos, ya que al ser de larga duración el proceso, muchas veces se dictan medidas cautelares para preservar la cosa materia de la litis o suspender los efectos sobre los que se han iniciado los litigios con el fin de precautarlos hasta el momento en que se resuelva.

El tratadista Alfredo Rocco nos dice que:

Se trata de mantener inmutada una situación de hecho y de derecho incierta o controvertida, que se teme pueda ser alterada por distintos eventos o por hechos impugnables a las partes, proveyendo en hacer imposible su modificación o por lo menos predisponiendo los medios para restablecer la situación preexistente(Rocco, 1936).

### **1.1.2. EL ARBITRAJE.-**

La Constitución de la República reconoce amplia y expresamente al arbitraje como procedimientos alternativos a la solución de conflictos entre particulares, incluso para las instituciones del sector público, como se señala en su artículo 190. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2008)

La Ley de Arbitraje y Mediación define a este proceso como un método alternativo de solución de conflictos, exclusivamente asuntos cuya materia sea transigible, determinado de esta forma su ámbito de acción (Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2006). Se asemeja al proceso ordinario en cuanto los dos son métodos heterocompositivos, y que el laudo arbitral según lo señalado por la antes citada norma, tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.

Se debe señalar también que el proceso arbitral, es un proceso especial, que si bien para algunos casos se remite a procedimientos determinados en el Código de Procedimiento Civil, éste tiene su propio procedimiento.

Al igual que dentro del proceso ordinario, dentro del proceso arbitral en algunos casos es necesario el establecimiento de medidas cautelares que permitan precautelar los intereses de quien las propone, sobre todo mientras aún se encuentra el proceso activo, previniendo de esta forma el futuro cumplimiento al expedirse el laudo arbitral.

### 1.1.3. EL DAÑO JURÍDICO.-

Rocco, define al daño jurídico como:

*La sustracción o disminución de un bien, o como la abolición o la restricción de un interés, sea este tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado, en la forma de un simple interés*(Rocco, 1936).

*“Daño o perjuicio inminente es aquel daño o perjuicio que puede verificarse súbitamente, de un momento a otro, y en general se dice inminente de una cosa o de un hecho que se verificará o podrá verificarse en un brevísimo espacio de tiempo”*(Rocco, 1936). La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) determina que el daño *“se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación”*. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009)

El peligro “considerado como la posibilidad de un daño, es, por tanto, la potencia o la idoneidad de un hecho para ocasionar el fenómeno de la pérdida o disminución de un bien, o el sacrificio, o la restricción, de un interés, sea este tutelado o la forma de un derecho subjetivo, o en la de un interés jurídico”(Carnelutti, 1971).

Puede ser autónoma o “instrumental”.

### 1.1.4. LA MEDIDA CAUTELAR.-

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, define la palabra “Cautelar”, como: *“Prevenir, adoptar precauciones, precaver”* (Cabanellas de Torres, 2008). Como podremos evidenciar dentro del desarrollo de este trabajo, todas las definiciones dadas por grandes tratadistas como el ecuatoriano CRUZ BAHAMONDE sobre las medidas cautelares y sus tipos en la legislación ecuatoriana (Cruz, 1992), así como de la lectura de las normas en estudio, buscan prevenir, precaver y/o adoptar precauciones, sobre el posible

peligro en la ejecución de la sentencia o del laudo arbitral, que es el análisis de esta investigación.

En su aspecto elemental, CARNELUTTI esquematizó la medida cautelar (Carnelutti, 1971). ROCCO, en su citada obra, discrepa con CARNELUTTI y otros autores como CALAMANDREI sobre aspectos determinados del carácter de la medida cautelar, especialmente rechaza el criterio generalizado de que el proceso cautelar carece de autonomía, porque está ordenado a otro proceso principal (“instrumentalidad”), aunque todos los autores coinciden en que esta característica de instrumentalidad *“no se encuentra en todas las diligencias cautelares”* (Rocco, 1936).

DEVIS ECHANDÍA, señala lo siguiente:

Se entiende por acciones accesorias aquellas que no tienen vida propia, porque dependen de otra a la sirven de afianzamiento 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 esta. Las acciones accesorias son preventivas y cautelares, ya que tienden a evitar que por maniobras hábiles del demandado o presunto demandado se haga ineficaz la demanda que contra él se ha intentado o va a intentarse. (Devis, 1964)

SALCEDO VERDUGA, un notorio especialista en materia de métodos alternativos de solución de conflictos, define a las medidas cautelares como:

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 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 a iniciación de 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 (Salcedo, 2006).

Es cierto que en una serie de procesos, la medida cautelar tiene el carácter de accesorio al proceso principal, como en los interdictos posesorios, el secuestro o en las cautelares del proceso, como la testimonial o la inspección judicial anticipada (“para futura memoria”)(Rocco, 1936).

La RAE define a lo accesorio como dependiente de lo principal o que se une por accidente (Real Academia Española de la Lengua, 2015).

La existencia de medidas cautelares autónomas se confirma en la legislación italiana, con la medida urgente que, finalmente, se presenta como una medida cautelar innominada. En Argentina y Uruguay se ha concedido atención a la llamada medida **autosatisfactiva**, de carácter administrativo que, a criterio de BARRAZA, debería incluirse simplemente entre las “medidas de urgencia”, como se las conoce en el procedimiento civil italiano, o el referé del derecho francés(Barraza, 2007). Por otra parte, en el caso de las medidas cautelares constitucionales del Ecuador, no requieren de la existencia de otro proceso, aunque se pueden solicitar dentro de cualquier acción de garantías constitucionales.

El doctor SALCEDO VERDUGA refiriéndose al proceso cautelar en materia civil y su autonomía, señala que las providencias en esta materia no son independientes, ya que siempre estarán vinculadas a un acto externo, como lo es un posterior proceso que busque resolver la materia de la Litis, sea este declarativo o ejecutivo, por lo que señala que son: *“medidas accesorias, esencialmente provisionales, cuya existencia depende de las contingencias del proceso principal, a cuyo resultado sirven o garantizan”* (Salcedo, 2006).

En el caso de las medidas cautelares constitucionales con características de la llamada medida autosatisfactiva de derechos argentino y uruguayo, o medida de urgencia, ni siquiera necesita un desarrollo posterior, puesto que adquiere inmediatamente su finalidad u objetivo, por ejemplo: la medida cautelar

constitucional de que se proceda con urgencia a realizar una operación en un hospital público, no requiere de posterior tramitación.

En el Ecuador, la medida cautelar sin duda es de carácter autónomo, con equivalencia a las llamadas medidas de urgencia por la doctrina. Mas, puede interponerse conjuntamente con otra acción de garantía constitucional, con excepción de la Acción Extraordinaria de Protección, (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009), aunque la Constitución de 2008 confirma que las medidas cautelares se pueden presentar conjunta o separadamente de otras garantías constitucionales, sin establecer excepción alguna. Asimismo, el Reglamento de Sustanciación alude expresamente a la medida cautelar autónoma, en el contexto de una resolución judicial dictada independientemente de otra garantía constitucional.

En todo caso, es indudable que la medida cautelar que ha sido planteada en el contexto de otra acción principal se extingue con el fallo de mérito. Si la resolución judicial es favorable al actor, la cautelar queda firme y pierde su transitoriedad; pero si es adversa cesa su vigencia. La providencia que impone las medidas cautelares no produce efecto de cosa juzgada en procesos judiciales. En el procedimiento administrativo, la suspensión no tiene efecto de acto administrativo firme. La cautelar es susceptible de modificación o de revocatoria en cualquier momento del procedimiento administrativo o del proceso, a discreción de la autoridad que la estableció.

Sin perjuicio de la celebración posterior de la audiencia correspondiente donde el demandante podrá exponer sus razones y pruebas, así como solicitar la revocación o sustitución de la medida, el juez procede al análisis y expedición de la medida cautelar sin convocatoria a la otra parte.

También se ha considerado que uno de los elementos de la cautelar es la potestad judicial de exigir una fianza o contracautela, por posibles perjuicios, principalmente si se trata de un planteamiento temerario o doloso. En el ámbito constitucional se excluye esta posibilidad, puesto que perjudicaría o desvirtuaría su naturaleza de precautoria de inminentes amenazas a los derechos humanos,

especialmente en detrimento de ciudadanos de escasos recursos. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España contempla el afianzamiento de la suspensión de la sentencia impugnada y la adopción de medidas cautelares para responder los eventuales daños y perjuicios que pudieren originarse. También podría solicitar una caución del demandado en vez de dictar la medida cautelar (Tribunal Constitucional de España., 1979).

Para CALAMANDREI, una de las acepciones de las que más comparto por su simplicidad sobre lo que buscan las medidas cautelares, señala: “*Las medidas cautelares serían el punto de confluencia de las dos exigencias fundamentales de la justicia: <Hacer las cosas pronto y hacerlas bien>*” (Calamandrei, P, 1945).

#### **1.1.5.REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Existe acuerdo general sobre dos requisitos para la concesión de las medidas cautelares se requiere:

- Apariencia (o *humo*) de buen derecho (*fumus boni juris*),
- Peligro en la mora (*periculum in mora*).

### **1.1.5.1 Fumus boni iuris**

Debido a la urgencia de prevenir el daño inminente, resulta obvio que no procede ni es necesario que el actor compruebe plenamente la base jurídica que justifique sus pretensiones procesales. Al otorgamiento de la medida cautelar le corresponde un examen sucinto del Juez, que determina la apariencia de buen derecho de la petición, lo cual es sujeto de posterior análisis o ponderación. Por tal razón la medida cautelar puede modificarse o extinguirse en cualquier momento, a criterio del Juez.

### **1.1.5.2. Periculum in mora**

Según ROCCO, la condición fundamental de la cautelar es el peligro (Rocco, 1936). Se refiere a una lesión cuantiosa a bienes de cualquier naturaleza. En el caso de la cautelar constitucional previene la amenaza inminente de un daño a un derecho humano protegido por la Constitución o por Instrumentos internacionales de derechos humanos. El peligro del daño tendría que ser inminente, es decir que la ocurrencia del daño podría ocurrir en cualquier momento. No se trata de la posibilidad o eventualidad de un daño. También el daño tendría que ser grave, es decir que no se trataría de cualquier daño, que podría repararse a mediano plazo, en el momento de la sentencia. Se trata de una valoración subjetiva del Juez (Gozaíni, 1999).

En todo contexto el peligro en la demora (*periculum in mora*), es el hecho generador del requerimiento de las medidas cautelares en los dos procesos analizados, a razón de esto es que son requeridas y es esto lo que la legislación ecuatoriana, así como la internacional busca proteger (Sabaté, 1991).

Una condición que aparece como relativa es la de irreparabilidad del daño, puesto que siempre los daños se pueden estimar económicamente y si se trata del Estado, en teoría este resulta siempre solvente para responder por la indemnización correspondiente (*fiscus semper solvens*). El único bien que es definitivamente irreparable, es la vida misma, no obstante lo cual la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, contempla indemnizaciones económicas y otras reparaciones a favor de los familiares de víctimas que hayan perdido la vida.

Siendo estas indemnizaciones económicas un instrumento precario en la cuantificación de una lesión que pudo ser evitada o precautelada, mediante la emisión de una medida cautelar sobre los hechos que dieron como resultado la efectiva lesión del bien jurídico (vida del ser humano).

#### **1.1.6.LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008.-**

La Constitución de la República de 2008 introduce la figura de la medida cautelar constitucional en el artículo 87: ***“Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.”*** (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2008)

No obstante, la Constitución también contempla las medidas cautelares en el ámbito penal en los artículos: ***“1. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.”***, ***“11. ... La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley.”*** (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2008)

En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas...1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2008)

### 1.1.7. MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.-

En sus Considerandos, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) dispone que:

es indispensable que exista un procedimiento cautelar, expedito y eficaz que faculte a los órganos jurisdiccionales para dictar medidas urgentes en aquellos casos en que se amenace de modo inminente y grave un derecho, y de esta manera brinde protección oportuna y se eviten daños irreversibles (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009).

Lo que define la finalidad con la que el legislador determina las medidas cautelares establecidas en la Constitución.

En concordancia con la doctrina de la medida cautelar constitucional, define: *“Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.”* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009), resulta inconveniente la determinación de una fianza como condición para aceptar medidas cautelares, por tratarse de amenazas a derechos humanos y que la fianza no se compadece con la urgencia del peligro y la restricción que significaría para personas con recursos insuficientes o que transcurran unas horas o días más mientras se cumple la entrega de la caución.

Por otra parte, es obvio que los perjuicios ocasionados por peticiones temerarias o de mala fe, necesariamente deberían sancionarse, por lo cual se regula el “abuso del derecho”:

En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código

Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009)

Así mismo, como procede en la doctrina sobre las medidas cautelares resulta procedente en casos determinados el levantamiento de la cautelar, siempre y cuando el demandado ofrezca caución suficiente de responder por los daños y perjuicios ocasionados, aunque esta caución en ningún caso procedería en las cautelares que protegen los derechos a la vida, a la libertad y otros preciosos para el ser humano, como en general son los derechos humanos.

#### **1.1.8.PRINCIPIOS GENERALES Y PROCEDIMIENTO:**

La LOGJCC establece que no cabe la petición de medida cautelar “*cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias*”. Las cautelares no se contemplan en el juicio contencioso administrativo, lo que sí es posible en otras legislaciones, como la española y la argentina, por ejemplo. En el procedimiento en sede administrativa, el ERJAFE autoriza que la autoridad que expide el acto administrativo puede suspenderlo (Asamblea Nacional del Ecuador, 2002), pero se trata de una potestad discrecional, no reglada por parte de esa autoridad.

Como principio universal del derecho encontraremos que una persona no podrá ser juzgada dos veces por el mismo hecho, si analizamos este principio, encontraremos que el hecho de no poder aplicar medidas cautelares sobre una controversia que se ventila en varias sedes al mismo tiempo, ejemplo: la impugnación de un acto administrativo o de simple administración que cause efecto inmediato y el efecto causado se podría ventilar en el ámbito judicial. En el primer caso de existir medidas cautelares emitidas por la sala administrativa, no se podrán emitir medidas cautelares en la vía judicial que versen sobre el mismo bien a ser precautelado.

De este modo para la procedencia de la acción cautelar, en el caso de petición de medidas cautelares contra un acto administrativo, sería necesario

demostrar que la suspensión del acto administrativo o la actuación administrativa, a suspensión del acto ha sido solicitada y ha sido denegada expresamente en la vía administrativa.

En el caso de que no se haya respondido al requerimiento en quince días, según el ERJAFE, el acto se encuentra suspendido tácitamente, aunque en la práctica jamás la autoridad administrativa reconoce esta suspensión. También es procedente la suspensión del acto administrativo tributario mientras se tramita la impugnación en el Contencioso Tributario, previa caución rendida por el recurrente. Lo mismo ocurre en el recurso de casación de una sentencia ejecutoriada, que se puede suspender mediante el rendimiento de una caución. Pero en todo caso, la cautelar no aplica “en la ejecución de órdenes judiciales. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2002)

Según la jurisprudencia obligatoria publicada por la Corte Constitucional, el juez no puede:

adelantar criterio y menos aún pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido, la medida cautelar puede ser adoptada en primera providencia, cuando a criterio del juez existan presunciones de una posible vulneración de derechos constitucionales que no pueda esperar a la sentencia, pero aquello no implica un pronunciamiento de fondo (Corte Constitucional del Ecuador Gaceta Constitucional N° 001, 2010).

Lo que concuerda con la prescripción legal, según la cual la imposición de la cautelar **“no constituirá prejuzgamiento sobre la declaración de la violación ni tendrán valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos”**. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009)

Siendo el único fin de la medida cautelar, evitar que cuando exista una sentencia que busque solucionar la controversia, los hechos que la originaron

devenquen en una ineficiencia de la misma, debido a que la controversia consumió lo que se pretendía precautelar.

Siendo tal la necesidad de que la sentencia cumpla su fin; “precautelar los bienes que son materia de la controversia”, y no sea una sentencia ineficiente y extemporánea (no procesalmente), que esta medida podría ser emitida sin necesidad de notificarse a las dos partes, más bien se procede a notificar con su ejecución.

La LOGJCC, siguiendo la doctrina de las medidas cautelares que se dictan inaudita altera parte, dispone que no “*se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas*”. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009)

No procede la apelación de la negativa del juez de imponer las medidas cautelares, así como tampoco cabe la apelación de la providencia que dicta las medidas. Lo que sí procede es la solicitud de revocatoria sustentada en argumentos fácticos y legales que, de ser negada mediante auto por la jueza, puede impugnarse ante la Corte Provincial, dentro de los tres días. Los razonamientos impugnatorios del obligado a cumplir las medidas cautelares se pueden argumentar en audiencia, convocada y celebrada a discreción del juez.

La medida cautelar, como procede desde el interdicto del pretor, no solamente puede prohibir alguna actividad o acción, sino que también determina acciones positivas y especificar la manera como estas acciones se deban ejecutar, sin perjuicio de efectuar las constataciones directas in situ, así como puede encomendar al Defensor del Pueblo u otros funcionarios competentes para la comprobación del cumplimiento de las medidas cautelares (Congreso Nacional del Ecuador., 1997).

La prohibición de solicitar medidas cautelares contra otras medidas cautelares procede cuando se trata de medidas cautelares sobre el “mismo hecho violatorio o amenaza a los derechos”.

### 1.1.9.- REFERENCIAS A LAS MEDIDAS CAUTELARES EN OTRAS ACCIONES DE GARANTÍA:

La Constitución determina que las medidas cautelares pueden solicitarse conjuntamente con otras acciones de garantía.

Debido a su naturaleza, las medidas cautelares suelen ser acompañadas con otras medidas de cuya función es la efectivizar y afianzar la correcta aplicación de la medida dictaminada, además si las circunstancias en las que pidieron las medidas cautelares cambian en el tiempo y aun no se ha emitido una resolución por parte del órgano judicial, se pueden solicitar nuevas medidas cautelares que cumplan la función de precautar la cosa o derecho en las circunstancias actuales.

El juez de garantías constitucionales – juez de instancia, deberá otorgarlas, aun cuando la causa ha sido conocida por un juez anterior del despacho al que es titular, y de existir una negativa en la provisión de las medidas cautelares, esta deberá ser debidamente fundamentada, ya que retardo en el despacho de la causa procesal y la no concesión de la nueva medida cautelar, se estará incurriendo en violación expresa de principios de “tutela judicial efectiva” (Cabanellas de Torres, 2008).

Para la adopción de las medidas cautelares en el proceso civil, es necesario que “venga precedida en todo caso de una expresa petición de parte”, y se puede solicitar por estar implícito en la Constitución de la República, según el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2008), con dicha petición se abre el procedimiento establecido para el Proceso Civil; por tanto, por dichas normas se confiere a todo actor principal o reconvenional exclusivamente, el derecho a solicitar medidas cautelares, establecidas en el proceso civil, mismas que se podrán solicitar, bien antes de presentar la demanda correspondiente, o bien al mismo tiempo que ésta.

Siendo que dentro del proceso arbitral la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, establece en su 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*” (Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2006), se entiende que debe existir de igual forma una petición de parte que permita establecer la medida cautelar.

Queda claramente establecido el principio dispositivo, “a petición de parte” y por tanto el principio de rogación o principio de justicia rogada.

De esta manera el Juez no puede en ningún caso otorgar de oficio medidas dirigidas a garantizar la efectividad de la pretensión, sino solamente cuando la parte interesada (principio dispositivo) así lo solicite; y así lo expresa de manera clara y concisa el proceso civil vigente, por lo que entendemos, que no caben dudas, ni interpretaciones que pudieran decirnos algo distinto.

La regla general presenta excepciones en la regulación de algunos procesos especiales como los constitucionales, y, en dichos procesos especiales, dado el interés público y social de sus resoluciones, los principios de rogación, dispositivo y de aportación se encontrarán atenuados, y por lo tanto, los órganos judiciales podrán acordar de oficio las medidas cautelares, sin previa solicitud de parte.

Según la doctrina general, los procesos especiales que se constituyen como excepción a la regla general, podrán ser los procesos sobre la capacidad de las personas, los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad y los procesos de herencia y demás en los que el bien jurídico protegido sea de mayor relevancia.

Por ejemplo, en los procesos sobre la capacidad de las personas, el juez podrá adoptar de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio.

Bajo el mismo concepto de proteger una posible desigualdad legal, causada por algún tipo de incapacidad creando una indefensión del accionante o parte, se podría aplicar de oficio o a instancia de parte, medidas cautelares en cualquier estado de un procedimiento en el que se verifique incapacidad.

Asimismo tendremos también a los menores de edad como una parte vulnerable de la sociedad, por lo que mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el juez podría emitir medidas cautelares con el fin de realizar una protección oportuna sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

De la misma forma procederá cuando las personas de la que hablamos en el párrafo anterior, estuvieren ausentes o cuando alguno de ellos sea menor o incapacitado y no tenga representante legal.

Dichas excepciones a la imposibilidad de actuar de oficio por parte de los jueces y solicitar medidas cautelares, nos lleva de nuevo a concluir que esta excepción aplicaría clara y explícitamente en los casos de salvaguardar a partes vulnerables de la sociedad, y evitar que sus derechos se vean gravemente afectados por su condición.

Así, la medida cautelar será exclusivamente para 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 pendency del proceso correspondiente”; verificando además que la medida cautelar, no sea “susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz.

### **1.1.10. LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA.**

Las medidas cautelares pueden clasificarse en conservativas e innovativas, siendo las primeras aquellas que tienen por objeto "facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma".

Sin perjuicio de que el desarrollo dogmático de la cautela innovativa es relativamente nuevo, podremos encontrar que Giuseppe Chiovenda ya definía las medidas cautelares como resoluciones dirigidas a conservar el estado actual de las cosas, determinadas por el peligro o la urgencia y denominándolas provisionales o de conservación(Chiovenda, 1945).

En lo que respecta a las finalidades de cada una, se señala por la doctrina:

Mediante el primero se trata de conservar (inmovilizar) una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal. En el proceso cautelar innovativo, si desde el principio no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho o de derecho existente, se comprometería el resultado del proceso principal. Se presenta como una modificación anticipada de una situación jurídica" o, bien, que el proceso cautelar de conservación "sirve para garantizar los medios del proceso definitivo", mientras que el proceso cautelar innovativo "sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo" (Peyrano, J., 2009).

Concluimos, entonces, que la medida cautelar innovativa puede ser definida como:

Una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de

bienes, ni dispone que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando -sin que concurra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente.

También podemos señalar que en el caso de la medida cautelar innovativa, la proyección de sus efectos trasciende la mera provisionalidad, por cuanto constituye una concreta satisfacción de los derechos pretendidos por el peticionante que, aunque puede hacerse cesar, habrán sido gozados irrevocablemente.

Nuestra legislación ha regulado las medidas cautelares como medidas precautorias, que tienen por objeto asegurar el resultado de la acción deducida, es decir, como medidas conservativas.

Por lo tanto, y sin perjuicio de que ambas tienen una naturaleza cautelar, las medidas conservativas y las innovativas cumplirán funciones completamente distintas puesto que ambas tienen una función preventiva de aseguramiento, pero se diferencian en cuanto a sus presupuestos.

La medida cautelar tradicional está llamada a conservar, a no innovar respecto de una situación jurídica. Su finalidad es impedir la alteración de una situación de hecho o la destrucción de un bien. La cautela innovativa, en cambio, está llamada a producir un cambio en la situación de hecho, con el objetivo de evitar un perjuicio irreparable a alguna de las partes.

En cambio, la medida cautelar innovativa presenta como características distintivas, el hecho de estar preordenada a una sentencia de fondo, impidiendo que se lleve a cabo una determinada actuación o, bien, ordenando que dicha actuación se practique.

Se encuentra orientada a evitar que se produzca un perjuicio que adquiera el carácter de irreparable con el transcurso del proceso, de tal manera que la adopción de la cautela innovativa evita que dicha irreparabilidad se produzca.

Persigue alterar el estatus existente, a diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares conservativas o la orden de no innovar y, por último, requiere

de la concurrencia de los requisitos propios de toda medida cautelar, esto es, verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*), peligro en la demora, contracautela, y un requisito específico de este tipo de medidas, la posibilidad de que se consume un perjuicio irreparable (Díaz, 1999).

#### **1.1.11. CAUTELA INNOVATIVA Y ORDEN DE NO INNOVAR**

La medida cautelar innovativa se diferencia de la orden de no innovar, en que esta última corresponde a un tipo de cautela conservativa que busca mantener el estado de cosas existentes al momento en que se decreta, con el objetivo de evitar que la situación antijurídica siga produciendo consecuencias o que se produzca cualquier cambio antes de que se dicte la sentencia en el proceso en el que recae esta orden de no innovar evitando así que se frustre su cumplimiento.

La orden de no innovar también se corresponde con un tipo de cautela conservativa, ya que busca mantener el estado de cosas existentes al momento en que se decreta, con el objetivo de evitar que la situación antijurídica siga produciendo consecuencias, o de que se produzca cualquier cambio antes de que se dicte la sentencia en el proceso en el que recae esta orden, evitando que se frustre su cumplimiento (Calamandrei, P, 1945).

En cambio, la cautela innovativa busca precisamente lo contrario, esto es, alterar o retrotraer el estado de cosas con el objetivo no sólo de evitar que la situación antijurídica continúe produciendo sus efectos y, además, que deje de causar un daño que se pretende corregir a través de la decisión del asunto controvertido.

### 1.1.12. INNOVATIVA Y TUTELA ANTICIPATORIA

En ciertas ocasiones la medida cautelar innovativa podrá confundirse con manifestaciones de la tutela anticipada, que constituye otra forma de tutela diferenciada o de urgencia, y que puede definirse como aquella que:

tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas (sin perjuicio de la regulación que pueda hacer el legislador en determinados casos), otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter de peligro que lo amenaza a las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica, por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, de acuerdo al grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez de modo sumario en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito (Carbone, C., 2011).

Sin embargo, existen importantes diferencias entre ambas instituciones, entre las que destacan las que siguen:

En lo que respecta al grado de conocimiento para su pronunciamiento, en la medida cautelar innovativa se exige verosimilitud del derecho que se invoca, mientras que en los casos de tutela anticipada se requiere un grado de certeza relevante, una fuerte probabilidad de la existencia del derecho y la acreditación de la irreparabilidad del perjuicio que se ocasionaría de no decretarse la medida anticipada.

Respecto de la tramitación, la medida cautelar innovativa se decretará por regla general, *inaudita altera pars*, mientras que para conceder la tutela anticipada, se requiere escuchar al demandado y haberse recibido prueba por parte de quien solicita la concesión de la medida, puesto que existe una necesidad mayor de certeza en relación con el derecho que se invoca (Reimundín, 1970).

En lo que a las razones que las fundamentan, se refiere en el caso de la medida cautelar innovativa, su fundamento inmediato es la urgencia, mientras que en el caso de la tutela anticipada sería:

El abuso en el derecho de defensa y el largo tiempo que lleva la substanciación de todo proceso, y que eso puede llevar a que cuando se dicte sentencia el perjuicio grave e irreparable ya se haya consumado para el solicitante de la misma

### **1.1.13. LA IRREPARABILIDAD DEL PERJUICIO COMO REQUISITO ESENCIAL PARA DECRETAR UNA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA.**

Tal como se señala en las exigencias tradicionales para conseguir medidas cautelares, siendo estas, el “periculum in mora”, el “fumus boni iuris” y la “contracautela”, se agregan las medidas cautelares innovativas, requisito adicional establecidas por la necesidad de certificar si el perjuicio cometido es irreparable o no.

Cabe mencionar que la finalidad de la exigencia por la irreparabilidad del perjuicio es diferente al “periculum in mora”, cuyo objetivo es evitar respuestas pecuniarias por parte del demandado una vez dictaminada la sentencia de mérito; la exigencia de peligro en la demora es la parte medular de toda medida cautelar, que deba legitimar al peticionario, contribuyendo con los antecedentes que se disponga.

Para el caso de las medidas precautorias, reguladas dentro de la legislación procesal civil ecuatoriana, se indica la existencia de múltiples y variadas hipótesis de peligro. Este estado de peligro puede proceder por la insolvencia del demandado, al intentar trasladar los bienes dentro del activo de su patrimonio, por el deterioro de los bienes que se encuentran como garantía, por el temor al ocultamiento de bienes, por el peligro de siniestro en los mismos, etcétera.

Todas estas tratan situaciones en las que resultaría difícil o imposible de realizar el cumplimiento de una sentencia, lo que se traduce en una vulneración de derechos.

Dentro del marco jurídico, la situación de peligro se sintetiza mediante fórmulas variadas, como los que se detallan a continuación:

- El temor que se pierda o deteriore la cosa en manos de la persona;
- El temor que se destruya la cosa producto de un juicio, o que se vulneren los derechos del demandado;
- El temor que el deudor no ofrezca la suficiente garantía dentro de sus facultades, o exista motivo racional de ocultamiento de bienes.

Como se puede apreciar, el punto concurrente es el peligro por lo que es una exigencia que evita los abusos en la concesión de las medidas, ya que al no existir dicho estado desaparece la necesidad de conceder la protección cautelar innovativa.

Cuando la medida innovativa cumple una función anticipatoria, por regla general la prestación solicitada y otorgada con ocasión de esta medida, resulta coincidente con lo que se reclama en el fondo del asunto del que se conoce, a diferencia de lo que sucede con la medida precautoria, en que el contenido de la medida nunca concuerda con el contenido de la sentencia de fondo.

Por ello es que el perjuicio irreparable, o "periculum in damni", es exigible siempre y cuando exista la finalidad anticipatoria que puede cumplir la medida innovativa, consistiendo en establecer los daños y perjuicios que se producirían al no otorgarse la medida parcial o total.

De este modo la medida cautelar opera anticipando en alguna medida los efectos de lo que será la futura ejecución de la sentencia. Traslada al momento inicial del juicio los actos de ejecución propios de esta etapa del juicio (Podetti, 1985).

La medida cautelar, en realidad, no hace más que anticipar la ejecución in natura, adaptándose al tipo de condena futura. En el lenguaje pedagógico se anda con paliativos para disfrazar este efecto. Es como si lo consideráramos demasiado. Se acepta que la medida cautelar tenga una función asegurativa, conservativa y

sólo excepcional y verdaderamente anticipatoria de la ejecución. Todo ello no es más que una falacia del lenguaje y una forma de hablar heredada de la tradición dualista.

La anticipación de la ejecución in natura se asume en algunos casos, no sin recelos, porque es la única forma de tutelar determinado tipo de condenas o de prestaciones: el hacer, el no hacer, la exigencia de determinadas conductas, etc.

Aquí no hay término medio. Si se quiere medida cautelar, hay que pensar en anticipar las actividades ejecutivas en mayor o menor medida. Es lo mismo que antes, sólo que aquí no hay opción para escabullirse y el lenguaje no puede dar más rodeos. Pero en ambos casos la esencia es la misma: tutela cautelar es y debe ser una técnica de anticipación de la ejecución de la sentencia.

La medida cautelar se adoptará en base a la consideración del *periculum in mora* teniendo como fin de varios casos la prestación de una fianza. Es más, el desarrollo procedimental que luego se efectúa. Dado que las medidas cautelares anticipan en gran medida la ejecución, les es también aplicable el criterio de proporcionalidad, se adoptara siempre la medida menos gravosa, si es que los objetivos de cautela lo consienten. Ello justifica que, como regla general, se pueda ofrecer la sustitución de la medida por una caución. La concesión de la medida cautelar supone desde luego una gran ventaja inicial para el favorecido por la medida. Nada menos que obtiene al inicio del juicio un adelanto de la ejecución.

Como contrapartida, la persona gravada por la medida debe obtener asimismo una garantía que la ponga a salvo de posibles abusos y que le asegure a su vez la indemnización de daños y perjuicios en caso de que, a la postre, se revele injustificada la concesión de la medida. Por ello, el otorgamiento de una medida cautelar debe ir subordinado en la mayor parte de los casos a la prestación de una caución por parte del solicitante de la misma. Esta cumple una función de equilibrio de las posiciones del demandante y del demandado cuando el *periculum* tiende a objetivarse y debe graduarse adecuadamente. Cabe mencionar, este requisito tiene que dejar de ser un mero *flatusvocis* cuando de verdad se han

producido daños con las medidas. Es legítimo que la parte gravada los recupere sin grandes aspavientos.

Por lo tanto después de la parte explicativa, cabe determinar que lo que pretendo con este trabajo de investigación es determinar la funcionalidad de las medidas cautelares dentro de los juicios ordinarios y arbitrajes iniciados a partir del año 2008, y como estas medidas han evolucionado a partir de ese año, llegando a ser uno de los recursos más solicitados en los procesos judiciales ecuatorianos.

Para determinar las Variables que hablan los tratadistas en los aspectos estadísticos analíticos yendo de manera inductiva de lo específico a la general debemos tomar en cuenta las variables tanto determinada como indeterminada de esta manera:

La variable determinada es aquella que puede subsistir por si sola y no depende de ninguna otra, es así que al hablar de las medidas cautelares la variable determinante es la existencia de dichas medidas y que estas beneficiaran para un mejor proceso en nuestro medio, garantizando los derechos constitucionales. Al determinar estas incógnitas podremos llegar a señalar si el estudio y análisis de este trabajo de investigación resulta ser efectivo y viable para poder resolver la hipótesis propuesta.

Mientras que la variable indeterminada es aquella que subsiste porque existe una variable determinada y complementa el análisis inductivo y micro de la investigación propuesta en este trabajo. En tal virtud las variables indeterminadas son las siguientes:

- Las medidas cautelares varían de acuerdo al proceso que desarrollemos, ya sea en un juicio ordinario o de arbitraje que son materia de esta investigación.
- El mecanismo que se utiliza en los diferentes ámbitos judiciales.
- Determinar la vía más idónea y correcta, en busca de la eficacia de las medidas cautelares que es la base del planteamiento de esta problemática.

Demostrar que las medidas cautelares que se han tomado a partir del año 2008 con la reforma de la Constitución de la República del Ecuador son efectivas y benefician el manejo judicial.

#### **1.1.14. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿En qué medida han afectado los cambios de la constitución del 2008 a las medidas cautelares que se toman en la actualidad?

- **VARIABLE ÚNICA**

Afectación de las medidas cautelares con los cambios introducidos mediante la constitución del 2008.

- **INDICADORES.**

- **Proceso Civil.**
- **Fases del Proceso Civil.**
- **Medidas Cautelares.**

### 1.1.15. OBJETIVOS

#### OBJETIVOS GENERALES:

1. Indicar si las medidas cautelares en los juicios ordinarios, según la normativa legal vigente en materia procesal, constitucional y mediación, actualmente se enmarcan en un proceso eficaz.
2. Analizar las nuevas formas de aplicación en la actualidad para que las medidas cautelares se vuelvan eficaces y así disminuir las controversias judiciales.

#### OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Hacer que el sistema procesal sea un medio para la realización de la justicia, en el que sus normas procesales consagren los principios de eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal.
2. Sopesar la eficacia de las medidas cautelares y establecer métodos para su mejor aplicabilidad.
3. Determinar qué tipo de medidas cautelares, son de mayor utilización en los procesos ordinarios, y establecer su eficacia.

### 1.1.16. DELIMITACIÓN

- **Campo**

DERECHO PROCESAL.

- **Área**

Afectación de las Medidas Cautelares por los cambios de la Constitución de 2008.

- **Aspectos**

Medidas Cautelares

- **Tema**

EN QUÉ MEDIDA HAN AFECTADO LOS CAMBIOS DE LA CONSTITUCIÓN DEL 2008 A LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE SE TOMAN EN LA ACTUALIDAD

## **2.1. MARCO METODOLÓGICO.**

### **Modalidad de Investigación:**

Se ha elegido el diseño de investigación más apropiado, que describe los procedimientos para guiar el estudio e incluye cuando, de quiénes y bajo cuáles condiciones se obtendrá los resultados más claros e idóneos para contestar la problemática aquí planteada.

La modalidad de la investigación es netamente cualitativa, no experimental, estudio del caso y de cierta manera se realizará un estudio en teoría fundamentada, es decir; el estudio será cualitativo. Diseño de análisis de conceptos y diseño de análisis histórico, es por tal motivo que esta investigación se basa en la referida categoría de investigación basada en la modalidad cualitativa. El tipo de investigación que se está y se seguirá realizando es de tipo jurídico, en busca de normativas, doctrinas y fundamentos teóricos para llegar a la respuesta satisfactoria de la investigación.

## **2.2. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.**

El procedimiento de la investigación contiene un conjunto de elementos sistematizados, que parten del problema, marco teórico y la metodología.

El problema acota el planteamiento del problema, los objetivos y delimitación.

- **Lectura Comprensiva**

Consistió en un proceso de revisión y búsqueda de información sobre tópicos, teorías, hipótesis y hechos característicos relacionados con el tema a investigar. En este caso, el análisis de la acción o interposición de una medida cautelar y su impacto en el bienestar social de la población, como contextos teóricos referenciales.

- **Lectura Intertextual-Comparativa**

Después de seleccionar y revisar el material seleccionado, se organiza el conocimiento en lo que respecta a los postulados y teorías de autores e instituciones que han abordado la temática propuesta. Todo ello bajo la modalidad de un proceso de análisis y síntesis. Posteriormente, se procedió a comparar los supuestos teóricos y los postulados fundamentales, en relación a los otros.

- **Relectura Crítico-Interpretativa**

Con base en las derivaciones de las fases previas, la investigación construyó arquitectónicamente su discurso desde una perspectiva crítico-interpretativa, con la intencionalidad de generar finalmente un aporte teórico y praxiológico, acerca del impacto económico de las políticas fiscales en el bienestar social de la población y su alcance en el contexto de estudio.

Esta elección se realiza en razón de algunos elementos del proyecto, principalmente del problema planteado, los objetivos y la propuesta planteada.

El diseño de exploración más apropiado, describe los procedimientos para guiar el estudio e incluye cuando, de quien y bajo cuales condiciones se obtendrá los datos.

### **2.3. ANÁLISIS DEL PROBLEMA.**

La Constitución de la República de 2008, introdujo la figura de la medida cautelar constitucional en el artículo 87:

Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2008)

No obstante, la Constitución también contempla las medidas cautelares en el ámbito penal en los artículos: “**1. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.**”, “**11. ... La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley.**” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2008)

En este contexto encontraremos que de manera específica la Carta Magna en caso de daños ambientales faculta al Estado para actuar de manera inmediata y subsidiaria con la finalidad de garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas.

Así también encontraremos que en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se establece que:

...es indispensable que exista un procedimiento cautelar, expedito y eficaz que faculte a los órganos jurisdiccionales para dictar medidas urgentes en aquellos casos en que se amenace de modo inminente y grave un derecho, y de esta manera brinde protección oportuna y se eviten daños irreversibles (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009).

Esto ayuda a establecer de manera mas clara la finalidad con la que el legislador determinara las medidas cautelares establecidas en la Constitución.

Resulta inconveniente la determinación de una fianza como condición para aceptar medidas cautelares, por tratarse de amenazas a derechos humanos y que la fianza no se previene la urgencia del peligro y la restricción que significaría para personas con recursos insuficientes o que transcurran unas horas o días más mientras se cumple la entrega de la caución.

Así mismo, como procede en la doctrina sobre las medidas cautelares resulta procedente en casos determinados el levantamiento de la cautelar, siempre y cuando el demandado ofrezca caución suficiente de responder por los daños y perjuicios ocasionados, aunque esta caución en ningún caso procedería en las

cautelares que protegen los derechos a la vida, a la libertad y otros preciosos para el ser humano, como en general son los derechos humanos.

## **2.4.- PROCESO CIVIL.**

### **• Contradicción ordenamiento antiguo con nueva carta magna**

El Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, codificados y expedidos antes del año 2008, se constituyen como normas internas preconstitucionales. Las normas internas preconstitucionales son válidas en la medida en que han sido elaboradas con ajustes a los procedimientos de producción de normas promulgadas en la constitución.

Las normas internas preconstitucionales no son derogables, sólo condicionadas en su aplicación a futuro, pues la aplicación de estas normas, el constituyente está limitado por un proceso interno que se puede comprender como limitado o nulo, que carece de órganos de garantía a través de la cual pueda administrarse, adicionalmente existe la condición dentro de la nueva constitución.

Analizando las normas preconstitucionales dentro de su aplicabilidad en el ordenamiento diseñado por una nueva Constitución, con la condición de independencia del origen de aquellas normas a la satisfacción de ciertos requisitos, resumidos en el principio de compatibilidad con las normas constitucionales sustantivas, por lo que la contradicción de las normas externas y las condiciones sustantivas no supone en si la inaplicabilidad de las mismas siempre y cuando no lo disponga el sistema externo existente.

Como consecuencia de la adaptación de la norma previa a la Constitución, puede resultar que su contenido no coincida con la formalizada en su origen al estar integrada dentro del ordenamiento. Esta alteración puede manifestarse tanto en su enunciado, como en el conjunto de las normas específicas que de esa parte se deducen. En cualquier caso, el contenido normativo que pasa a formar parte del Ordenamiento debe ser claro.

Toda decisión del constituyente se rige bajo la premisa de la aplicación de las normas, observada como medio de voluntad de sus órganos a constituir. Esto quiere decir, que las normas que se apliquen serán entendidas como normas aplicables por los órganos, siempre y cuando se evidencie al órgano tutelar competente para los fines pertinentes dentro de la función jurisdiccional de orden constitucional y ordinario.

Cabe indicar que toda decisión en la selección de la aplicabilidad de la norma en un caso puntual supone la validez de juicio la misma que, siendo esta positiva, un Juez Ordinario es el único dentro de sus facultades que puede adoptarla, resultando en presunción si la norma preconstitucional aplicable no posee un juicio de validez, pues la juridicidad de las normas preconstitucionales descansa en una Constitución precedente. Esta presunción vendrá impuesta por el juez constitucional, quien condicionara los términos en que la norma preconstitucional se aplique, siendo este su interpretador, pues la Constitución dice, en último término, lo que su intérprete supremo quiere que diga.

En el caso de que una norma se aplique debe preceder un juicio que lo valide, el Juez será el habilitado para decidir la aplicabilidad de la norma, teniendo en cuenta que el juicio debe ser verificado con la Constitución u otra de las normas, salvo que, sean ordenamientos que gocen de una jurisdicción constitucional que no utilice de la ordinaria, la norma aplicable tenga forma o rango de ley.

## **2.5.MEDIDAS CAUTELARES.**

- **Diferencias entre Inconstitucionalidad y derogación**

La inconstitucionalidad y derogación son categorías distintas, tanto en sus causas como en sus efectos. Acorde a su planteamiento, las normas preconstitucionales nunca pueden ser consideradas como inconstitucionales, pues esta es una cualidad que implica la invalidez total o parcial en la aplicabilidad de

la norma. En otro sentido, se podría emplear la derogación, que presupone su validez determinando su vigencia de aplicación.

La derogación ha sido incluida y aplicada por la Constitución misma en la que supone la pérdida de vigencia de las normas preconstitucionales contrarias, en lo sustantivo, a la Constitución; el problema de la identificación de las normas previas subsistentes se resuelve en el ámbito de la selección de la norma aplicable, competencia de la jurisdicción ordinaria, no de la constitucional.

Las razones que, en la práctica, sugirieron su adopción pueden no ser hoy tan evidentes, sin dificultad alguna de identificarlas; en un momento en el que todo el Ordenamiento estaba integrado por normas preconstitucionales.

Habiendo establecido que las medidas cautelares fueron establecidas por códigos y leyes, pre constitucionales, las mismas no podrían ser contrarias al ordenamiento actual. Al contrario se debería buscar la efectividad en el cumplimiento de los derechos y demás garantías amparadas en la carta magna, y pretendiendo que los sujetos de las violaciones de los mismos no sufran mayores perjuicios.

La ejecución de la justicia a través de medidas cautelares idóneas siempre ha sido el fin primordial que precautelaría o repararía el daño causado y haría efectiva la responsabilidad del estado y eventualmente la de un juez, si se diera el caso.

En el caso de vulneraciones, las mismas deben ser declaradas junto con la identificación clara del momento procesal en la que se dio. Luego de ello la autoridad competente, deberá aplicar la medida cautelar con la finalidad de tutelar desde el momento procesal identificado, evitando la vulneración.

Con este proceder y con la finalidad de concebir la previsión o reparación integral del afectado, el órgano judicial aplicará las medidas cautelares necesarias para evitar la vulneración de derechos constitucionales o debido proceso.

### **3.1. CONCLUSIONES**

#### **3.1.1. NOVEDAD CIENTÍFICA.**

Implementación de medidas cautelares de orden constitucional, mediante las cuales se busca una eficaz aplicación de la tutela jurídica por parte del Estado. La inquietud a ser resulta sería, hasta qué grado las medidas cautelares podrían estar detalladas en la constitución de modo general y taxativo con la finalidad de no sobrecargar a nuestro saturado sistema judicial.

En relación a esta inquietud, podemos concluir que las medidas cautelares tienden a evolucionar y se adaptan a la realidad cotidiana, misma que no es estática, por lo que mal podrían encontrarse establecidas de manera absoluta en la carta magna, ya que es indispensable el dinamismo de las mismas.

#### **3.2.1. CONTRASTACIÓN.**

La aplicación de acciones constitucionales que busquen evitar posibles afectaciones que deriven de un peligro inminente a personas o bienes, ya sea por actos administrativos o judiciales no es un tema nuevo en la región Suramericana, encontraremos que en la mayoría de los países que conforman el cono sur y cono norte, se ha desarrollado un sin número de jurisprudencia cuya tendencia es la prevención.

Debido al dinamismo que existe en la naturaleza de las acciones cautelares, resultaría difícil comparar a detalle las existentes en cada uno de los países de América, mas siempre encontraremos una semejanza en las cautelares que se agregan en las Cartas Magnas de cada uno de ellos.

### **3.3.1. GENERALIZACIÓN.**

Tomando en cuenta el contexto político y la discusión académica y jurídica que hay alrededor de las medidas cautelares, es procedente ahora sacar algunas conclusiones sobre el presente y futuro de estas medidas en el Ecuador:

Para iniciar debemos determinar que las medidas cautelares son un elemento sustancial del modelo “garantista” constitucional ecuatoriano, mismo que ha permitido superar la discusión bizantina sobre la preeminencia del derecho internacional frente al nacional y viceversa, a través del imaginativo acercamiento entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno que se ha producido al establecer como finalidad última de la Constitución y del Estado ecuatoriano la garantía efectiva de los derechos humanos.

Además es necesario considerar que el sistema de garantías jurisdiccionales es una parte esencial que permite al constituyente concretar la filosofía garantista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

### **3.4.1. LIMITACIONES Y VENTANAS.**

Existencia de leyes de origen pre constitucional, que deben ser revisadas a fin de evitar contradicciones con la constitución de 2008.

#### **4.1.RECOMENDACIONES**

Establecer sanciones específicas a aquellas personas que con las medidas cautelares buscan una pre- sentencia o resolución, y pretendan engañar al sistema, ya que como se ha desarrollado en el presente trabajo, las medidas cautelares no son resoluciones definitivas, son actuaciones provisionales para precautelar el derecho que se encuentra en discusión.

Disminuir los tiempos reales al momento de hacer efectiva a medida cautelar, pues como se menciona buscan precautelar el derecho controvertido, y en específico en el presente trabajo aquellos derechos que se sujetan al procedimiento judicial ordinario, es decir que no tienen un modo especial de resolución, por lo que son en demasía superiores en número.

#### **4.2.CONCLUSIÓN.**

Las medidas cautelares, deben ser dictadas en la etapa procesal adecuada ya que si se dictan de modo posterior, carecerán de total eficacia, puesto que se busca precautelar la cosa o derecho que ha sido motivo del litigio.

Disminuir el tiempo de despacho de las medidas cautelares, ante la notoria situación de riesgo en la cosa o derecho de la persona que se contraviene.

Establecer mecanismos para un control real y efectivo de la medida cautelar, ya que la misma en ocasiones es insuficiente o ineficaz, debido a que las circunstancias iniciales de la cosa o derecho han variado.

Procurar un control constitucional directo en los autos o providencias que tiendan a no otorgar las medidas cautelares, ya que las mismas deben estar debidamente motivadas de porque no se reconoce un principio constitucional.

## Bibliografía

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2008). *Constitución*. Manabí: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2002). *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva*. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Ediciones Legales.
- Barraza, J. I. (2007). *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Calamandrei, P. (1945). *Introducción al Estudio Sistemático del Procedimiento Cautelar*. Buenos Aires: Trad. Sentís Melendo.
- Calamandrei, P. (1945). *Estudios Sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA.
- Carbone, C. (23 de Diciembre de 2011). *Federación de Ateneos de Estudios de Derecho Procesal*. Obtenido de <http://www.faeproc.org/wp-content/upload/2012>
- Carnelutti, F. (. (1971). *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: EJEA.
- Chiovenda, G. (1945). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: EDERSA.
- Congreso Nacional de la Republica del Ecuador. (2005). *Codigo de Procedimiento Civil*. Quito: Ediciones Legales.
- Congreso Nacional de la República del Ecuador. (2006). *Ley de Arbitraje y Mediación*. Quito: Ediciones Legales.
- Congreso Nacional del Ecuador. (1997). *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*. Quito: Ediciones Legales.
- Corte Constitucional del Ecuador Gaceta Constitucional N° 001, S. d.-1.-P.-C.-0.-J. (2010). Sentencias de Jurisprudencia Vinculante, Sentencia N° 001-10-PJO-CC, Caso N° 0999-09-JP. *Gaceta Constitucional*.
- Cruz, A. (1992). *Las acciones del acreedor*. Guayaquil: EDINO.
- Devis, H. (1964). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: TEMIS.
- Díaz, O. L. (1999). *Medidas cautelares sobre automotores*. Buenos Aires: ASTREA.
- Fernández, G. d. (2013). Derecho Administrativo I, ob. cit., p. 803. S.L. CIVITAS EDICIONES. (2013). *Derecho Administrativo I*. CIVITAS EDICIONES.

- García, J. (24 de Noviembre de 2005). *Derecho Ecuador*. Obtenido de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/las-medidas-cautelares-en-materia-civil>
- Gozaíni, O. A. (1999). *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: BELGRANO.
- Peyrano, J. (2009). A Propósito de una Medida Innovativa usada para Conceder una Tutela Anticipada en el Derecho. *Boletín*, 1.
- Podetti, R. (1985). *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: EDIAR.
- Real Academia Española de la Lengua. (04 de 11 de 2015). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?w=accesoria&m=form&o=h>
- Reimundín, R. (1970). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: V. P. de Zavalía.
- Reino de España. (1978). *Constitución*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Rocco, U. (1936). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. PORRUA MÉXICO: TEMIS.
- Sabaté, L. (1991). Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral. *Revista Jurídica Cataluña*, 729.
- Salcedo, E. (2006). *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Tribunal Constitucional de España. (03 de Octubre de 1979). *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Obtenido de <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normasreguladoras/Paginas/NormasReguladoras.aspx>
- Wikipedia. (16 de Mayo de 2015). *Wikipedia*. Obtenido de [https://es.wikipedia.org/wiki/Medida\\_cautelar](https://es.wikipedia.org/wiki/Medida_cautelar)



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

VALIDACION PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR

Nombre: David Fernando Samanero Vélez  
Cédula N°: 0020604823  
Profesión: Abogado  
Dirección: Samanero V6, Mz. 944, V. 3

ESCALA DE VALORACION DE ASPECTOS	MUY ADECUADA 6	ADECUADA 4	MEDIAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción		X			
Objetivos		X			
Justificación		X			
Metodología		X			
Referencias		X			
Coherencia		X			
Originalidad		X			
Impartición		X			
Consistencia legal		X			
Claridad de términos y metodología		X			
Objetividad		X			
Imparcialidad		X			

Veracidad social  
Fuente: (Díaz, 2015)

Comentarios:

Fecha: 04 de marzo de 2018

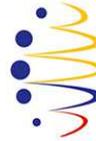
Firma:  
C.C. 0020604823



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, García Auz José Miguel, con C.C: # 092204941 autor/a del trabajo de titulación: **En qué medida han afectado los cambios de la constitución del 2008 a las medidas cautelares que se toman en la actualidad** previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

Guayaquil, 9 de mayo de 2016

f. \_\_\_\_\_

Nombre: García Auz José Miguel

C.C: 092204941

## **REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

### **FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN**

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	En qué medida han afectado los cambios de la constitución del 2008 a las medidas cautelares que se toman en la actualidad		
<b>AUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	García Auz José Miguel		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Dr. Francisco Obando Freire; Dr. Juan Carlos Vivar		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho Procesal		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho Procesal		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>		<b>No. DE PÁGINAS:</b>	41
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Procesal, Arbitraje		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Derecho procesal, medidas cautelares, juicios ordinarios, juicios arbitrales		
<b>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):</b>			
<p>Si bien en la actualidad los abogados en el Ecuador han visto en la utilización de las medidas cautelares una ayuda en la protección de los intereses de sus representados. La doctrina ecuatoriana en este tema es escasa y no ha evolucionado lo suficiente, como caso contrario si ha sucedido a nivel internacional. La metodología a seguir es un método bibliográfico, es decir, se acudió a fuente de recolección de libros de derecho procesal y normativas vigentes. Los resultados de la investigación analizaron las medidas cautelares que existieron en los juicios ordinarios y arbitrales iniciados a partir del 2008, siendo positivos. Se llega a la conclusión que se disminuye el tiempo de despacho de las medidas cautelares, ante la notoria situación de riesgo en el derecho de la persona. Se recomienda que las medidas cautelares deben ser dictadas en la etapa procesal adecuada, puesto que carecerán de total eficacia.</p>			
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> 0994114245	E-mail: josegarciaauz@hotmail.com	

<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>	<b>Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando</b>
	<b>Teléfono: 0982466656</b>
	<b>E-mail: ing.obandoo@hotmail.com</b>

<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>	
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>	
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>	
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>	