

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

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

**LAS MEDIDAS CAUTELARES
CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO Y SUS DIFERENCIA CON LAS
CAUTELARES ORDINARIAS**

DR. JULIO CÉSAR CUEVA GARCÍA

25 DE ABRIL DE 2017



**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 **Dr. Julio Cesar Cueva García**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Procesal**.

REVISORES

Dr. Francisco Obando Freire

Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Santiago Velázquez Velázquez

Guayaquil, a los 25 días del mes de abril del año 2017



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

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Dr. Julio César Cueva García

DECLARO QUE:

El examen complejo, **“Las Medidas Cautelares Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico y sus Diferencias con las Cautelares Ordinarias”** 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 25 días del mes de abril del año 2017

EL AUTOR

Dr. Julio César Cueva García



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

AUTORIZACIÓN

Yo, Dr. Julio César Cueva García

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **Las Medidas Cautelares Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico y sus Diferencias con las Cautelares Ordinarias** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 25 días del mes de abril del año 2017

EL AUTOR:

Dr. Julio César Cueva García



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

INFORME DE URKUND

URKUND
Lista de fuentes Bloques

<p>Documento: TESIS - JULIO CESAR CUEVA 2016.pdf (D26858998)</p> <p>Presentado: 2017-03-29 16:36 (-05:00)</p> <p>Presentado por: Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obando@hotmail.com)</p> <p>Recibido: santiago.velazquez.ucsg@analysis.urkund.com</p> <p>Mensaje: RV: Mostrar el mensaje completo</p> <p>2% de esta aprov. 66 páginas de documentos largos se componen de texto presente en 6 fuentes.</p>	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th style="width: 10%;">Categoría</th> <th style="width: 90%;">Enlace/nombre de archivo</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td></td> <td>EL ABUSO DE LA MEDIDA CAUTELAR JURISDICCIONAL COMO TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA do...</td> </tr> <tr> <td></td> <td>ensayo_dañio_moral_04_03.docx</td> </tr> <tr> <td></td> <td>http://ri.ues.edu.sv/4178/1/AMPLIUDPH%20DEN%20LA%20TUTELA%20CAUTELAR%252C%20CO...</td> </tr> <tr> <td></td> <td>TESIS AB ENRIQUE MARMOL BALDA.docx</td> </tr> <tr> <td></td> <td>Desarrollo del examen complejo.docx</td> </tr> <tr> <td></td> <td>http://www.estados.com/sistemaordinariodediferenciales.../...</td> </tr> </tbody> </table>	Categoría	Enlace/nombre de archivo		EL ABUSO DE LA MEDIDA CAUTELAR JURISDICCIONAL COMO TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA do...		ensayo_dañio_moral_04_03.docx		http://ri.ues.edu.sv/4178/1/AMPLIUDPH%20DEN%20LA%20TUTELA%20CAUTELAR%252C%20CO...		TESIS AB ENRIQUE MARMOL BALDA.docx		Desarrollo del examen complejo.docx		http://www.estados.com/sistemaordinariodediferenciales.../...
Categoría	Enlace/nombre de archivo														
	EL ABUSO DE LA MEDIDA CAUTELAR JURISDICCIONAL COMO TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA do...														
	ensayo_dañio_moral_04_03.docx														
	http://ri.ues.edu.sv/4178/1/AMPLIUDPH%20DEN%20LA%20TUTELA%20CAUTELAR%252C%20CO...														
	TESIS AB ENRIQUE MARMOL BALDA.docx														
	Desarrollo del examen complejo.docx														
	http://www.estados.com/sistemaordinariodediferenciales.../...														

🔍
🔄
📄

⬆️
⬅️
➡️

⚠️ Advertencias
🔄 Reiniciar
📄 Exportar
🔗 Compartir

i TRABAJO DE TITULACIÓN - EXAMEN COMPLEXIVO PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO PROCESAL LAS MEDIDAS CAUTELARES CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO Y SUS DIFERENCIAS CON LAS CAUTELARES ORDINARIAS AUTOR. DR. JULIO CÉSAR CUEVA GARCIA JUNIO - 2016 UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

ii AGRADECIMIENTO Agradezco a mi familia, mis hijos, mis padres y todas aquellas personas que de una u otra forma han influido en mi vida para hacer de mí la persona y el profesional que soy... por ese aporte invaluable, mis agradecimientos imperecederos. De igual manera agradezco a todas aquellas personas aportaron con sus opiniones, entrevistas, material y tiempo para la culminación de este trabajo académico.
Dr. Julio César Cueva García.

iii DEDICATORIA Este trabajo lo dedico a mis hijos, orgullos de mis ser..... Dr. Julio César Cueva García.

iv INDICE GENERAL CARÁTULA i
 AGRADECIMIENTO ii DEDICATORIA
 iii INDICE GENERAL
 iv INDICE DE CONTENIDO
 v RESUMEN
 ix ABSTRACT
 x

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi familia, mis hijos, mis padres y todas aquellas personas que de una u otra forma han influido en mi vida para hacer de mí la persona y el profesional que soy ... por eses aporte invaluable, mis agradecimientos imperecederos. De igual manera agradezco a todas aquellas personas que aportaron con sus opiniones, entrevistas, material y tiempo para la culminación de este trabajo académico.

Dr. Julio César Cueva García

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a mis hijos, orgullosos de mi ser.

Dr. Julio César Cueva García

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
OBJETO DE ESTUDIO	2
CAMPO DE INVESTIGACIÓN	3
JUSTIFICACIÓN	5
PREGUNTA CIENTÍFICA	6
PREMISA	7
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
OBJETIVO GENERAL.....	8
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	8
DESARROLLO	9
MARCO TEÓRICO.....	9
FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA.....	9
LA NECESIDAD DE UNA REAL Y EFECTIVA TUTELA DE LOS DERECHOS.....	9
¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO A LA TUTELA DIFERENCIADA?.....	10
LA TUTELA DIFERENCIADA COMO DERECHO	11
FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA DIFERENCIADA	12
TUTELA REPRESIVA Y TUTELA PREVENTIVA.....	13
TUTELA RESARCITORIA Y TUTELA ESPECÍFICA	14
TUTELA INHIBITORIA	15
TUTELA DIFERENCIADA Y TUTELA INHIBITORIA: NOCIONES INTRODUCTORIAS	15
DERECHO A LA INDEMNIDAD Y TUTELA INHIBITORIA.....	15
HACIA UNA TEORÍA DE LA TUTELA INHIBITORIA.....	16
REFORMULACIÓN DE LA TEORÍA SOBRE LA TUTELA INHIBITORIA: EL ENFOQUE FUNCIONALISTA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	18
REGLAS DE PROPIEDAD Y REGLAS DE RESPONSABILIDAD.....	19
¿CUÁNDO OTORGAR UNA TUTELA INHIBITORIA?.....	19
LA TUTELA AUTOSATISFACTIVA	20
DEFINICIÓN: TUTELA ANTICIPATORIA	34
ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO Y TRATAMIENTO DOCTRINARIO.....	39
LA TUTELA ANTICIPADA EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA	39
LA TUTELA ANTICIPADA EN EL ÁMBITO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	39
INTRODUCCIÓN	39

EL DERECHO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO FRANCÉS.....	40
EL DERECHO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.....	41
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO ITALIANO.....	43
APLICACIÓN EN EL ÁMBITO ARGENTINO	44
EL DERECHO NORTEAMERICANO.- LAS INJUNCTIONS.- DEFINICIÓN, CLASES Y ASPECTOS GENERALES.....	50
EL PROCEDIMIENTO	51
CRITERIOS PARA EL OTORGAMIENTO O DENEGACIÓN DE LAS <i>INJUNCTIONS</i>	52
EL BALANCE OF HARDSHIPS	53
OTRAS CUESTIONES QUE DEBEN CONSIDERARSE	56
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	57
REGLAMENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	58
ARTÍCULO 25. MEDIDAS CAUTELARES.-	58
MARCO METODOLOGÍA	60
TIPO DE INVESTIGACIÓN	60
MÉTODOS	60
MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN	61
TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	61
POBLACION Y MUESTRA.....	62
ESTUDIO DE CASO SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS CONTRA TERRABIENES S.A.....	63
UNIDAD DE ANÁLISIS	90
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	91
PROPUESTA.....	93
OBJETIVO GENERAL DE LA PROPUESTA	93
OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA PROPUESTA	93
JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA.....	94
DESARROLLO DE LA PROPUESTA.....	95
CONCLUSIONES	98
REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍAS	99

RESUMEN

El presente proyecto de investigación expone una serie de situaciones jurídicas que se presentan en el sistema judicial ecuatoriano; el mismo que contrastan con los postulados doctrinarios e incluso jurisprudenciales de derecho comparado en materia de medidas cautelares y sus diferencias con las medidas cautelares ordinarias en vía civil. Busco determinar aquellas diferencias y ponerlas de relieve a fin de que los operadores de justicia puedan distinguir entre las medidas cautelares constitucionales y ordinarias. El objetivo general fue: Determinar sobre lo que realmente representan en la legislación ecuatoriana, la tutela preventiva (medidas cautelares), sus alcances, sus principios y las reglas que la rigen en contraposición al derecho procesal civil; entre los objetivos específicos se encuentran: Establecer la diferencia conceptual doctrinaria entre las medidas cautelares constitucionales (tutela preventiva) y las medidas cautelares ordinarias – civiles (reales y personales) y su aplicación al derecho procesal constitucional, plantear el marco metodológico del estudio investigativo y reformar el capítulo que se refiere a las medidas cautelares de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. En cuanto a la metodología se aplicó el método deductivo, de análisis, de síntesis, de modalidad cualitativa, de tipo descriptiva, explicativa, de campo y bibliográfica – documental. La muestra fue seleccionada por criterios de selección. Entre los resultados obtenidos y relevantes fueron que existen vacíos gramaticales y legales en los artículos en donde se especifica las medidas cautelares; es decir que se violan los derechos constitucionales por los mecanismos poco efectivos, reales e ilusorios; por lo tanto estos deben ser modificados y reestructurados.

Palabras claves: Medidas Cautelares Constitucionales, Medidas Cautelares Ordinarias, Derecho de Amparo y Derechos Constitucionales.

ABSTRACT

This research project presents a number of legal situations that arise in the Ecuadorian judicial system; the same that contrast with the postulates and even jurisprudential doctrine of comparative law regarding precautionary measures and their differences with ordinary precautionary measures in civil proceedings. It sought to determine those differences and highlight them so that justice operators to distinguish between constitutional an ordinary precautionary measures. The general objective was: To determine what actually represent in Ecuadorian legislation, preventive care (preventive measures), its scope, its principles and rules that govern opposed to civil procedural law; The specific objectives are: To establish the conceptual an doctrinal difference between the constitutional precautionary measures (preventive custody) and ordinary precautionary measures – civilians (real and personal) an tis application to the constitutional procedural las, as the methodological framework of the research study and reform the chapter referring to the precautionary measures Organic Law on Jurisdictional Guarantees. Documentary – in terms of methodology the deductive, analysis, synthesis, qualitative form of descriptive, explanatory, and bibliographic field was applied. The sample was selected by selection criteria. Among the result were relevant ah that her are grammatical an legal gaps in articles where the precautionary measures specifies; It is that constitutional rights are violated by few effective mechanism, real an illusory; so many the must be modified and restructured.

Keywords: Precautionary Measures Constitucional, Ordinary Precautionary Measures Law, Amparo and Constitutional Rights.

INTRODUCCIÓN

Se ha mencionado que el derecho es dinámico y dialéctico. El Derecho debe estar en constante actualización para estar al día de los cambios de las sociedades a las que sirve. Cuando el derecho, las leyes o la legislación de un país no están acorde a las necesidades de ésta, o simplemente no cumplen la función para las cuales fueron creadas, lejos de solucionar los problemas que en su momento justificaron su promulgación, devienen en obsoletas y generalmente constituyen un obstáculo para el desarrollo de una sociedad. La base fundamental de una Sociedad, es la mancomunidad de sus miembros en un ambiente de paz, la cual muchas veces se rompe y es ahí cuando entra a dirimir los conflictos la sociedad, por intermedio de su Función Judicial. No cabe en las sociedades modernas, la justicia por mano propia, no obstante cuando una sociedad no sabe o no puede administrar justicia como corresponde, los miembros de ésta sienten la necesidad de auto administrársela, lo cual es el principio del fin de toda sociedad civilizada.

Es lo anterior, el fundamento que justifica el tema, en consideración al catálogo de derechos constitucionales y/o fundamentales que trajo la Constitución de 2008. La nueva justicia constitucional en manos de los jueces de la Función Judicial y no solamente en manos de una Corte o Tribunal Constitucional, permite un mejor y más ágil desarrollo del contenido de los derechos fundamentales y contribuye a la pacificación de una sociedad conflictiva.

El propósito fundamental de este estudio es proponer, sugerir, plantear y analizar propuestas que contribuyan a una discusión centrada, seria, de altura, sobre los alcances de las medidas cautelares constitucionales con miras a desempeñar el rol a que está llamada por la nueva Constitución, la nueva Justicia Constitucional.

No se pretende ser portadores de la verdad absoluta pero se aspira aportar con un grano de arena en esta discusión que desde un principio se aprecia llena de obstáculos, opositores y detractores. Se busca ser un referente de ideas que, bajo el marco constitucional imperante, plantee soluciones a la vasta gama de problemas

por los que atraviesa la administración de justicia en el Ecuador en el ámbito constitucional de las medidas cautelares, creadas para evitar la producción de un daño o hacer cesar los riesgos de que éste se produzca; reduciendo de esta manera, los niveles de violación de derechos fundamentales por parte del Estado y/o de los Particulares.

Con respecto a la delimitación del problema, este estudio está inmerso en el campo del derecho constitucional y los derechos humanos; en el área del derecho procesal constitucional, la tutela judicial efectiva y los derechos humanos. En cuanto a lo espacial, se lo efectuó en el Ecuador sin dejar de lado los aportes que pueda proporcionar la doctrina extranjera al respecto de la problemática planteada. Por último, el tiempo que se propuso fue de seis meses a un año dependiendo de la aprobación y aceptación tanto del tutor académico como metodológico. El estudio se divide en varios apartados comenzando con el objeto de estudio, campo de acción el mismo que abarca: el área, el aspecto, el tema, el problema, la delimitación espacial y temporal, continúa con el problema, la justificación, pregunta científica, la premisa y por último los objetivos.

En el siguiente apartado se desarrolla el marco teórico , metodológico el cual contendrá el tipo de investigación, métodos, técnica e instrumentos, población – muestra, la operacionalización de las variables, así como también los resultados – análisis de los instrumentos aplicados, la propuesta y por último conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos.

OBJETO DE ESTUDIO

La investigación tiene como objeto de estudio el análisis exhaustivo de las Medidas Cautelares Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico y sus diferencias con las Cautelares Ordinarias; quienes abordaron el tema y colaboraron con el estudio fueron los magistrados de la ciudad de Guayaquil, esto significa que el trabajo estará direccionado a obtener respuesta sobre la importancia, las características, los requisitos de procedencia; que supuestamente permite el

mejoramiento de la forma de aplicación de las mismas, detectar posibles fallas al momento de proponerlas y concederlas o negarlas; para esto se hace necesario tener conocimiento de las opiniones, decisiones, discernimiento y experiencias de los diferentes jueces que manejan estas medidas; lo que conllevó a obtener respuestas de los objetivos planteados.

CAMPO DE INVESTIGACIÓN

Se considera que el campo de acción de las Medidas Tutelares Constitucionales es en el Derecho de Amparo; porque tiene la finalidad de cautelar y tutelar de ese derecho, es decir que conlleve a que este sea efectivo para lograr que el otorgamiento de la acción devenga en incumplimiento de las resoluciones provenientes del Tribunal Constitucional.

Es importante mencionar que el Estado es el garante de los derechos constitucionales; los mismos no deberán ser violentados; por lo tanto implica que se efectúe una investigación exhaustiva de la sanción y reparación de los daños provenientes de la vulneración de los derechos antes mencionados. Las medidas cautelares poseen principios que deben permitir el accionar en el campo de los derechos constitucionales tales como: Provisoriedad o temporalidad, procedibilidad, urgencia e interés jurídico.

PROBLEMA

A raíz del ingreso del Ecuador a la doctrina constitucional del constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo a partir de la vigencia de la Carta de Montecristi en el año 2008, la legislación ha venido sufriendo un cambio radical de naturaleza conceptual que no ha pocos ha tomado por sorpresa, especialmente a los operadores de justicia a quienes, por falta de capacitación les ha sido poco menos que imposible adaptarse y sobretodo, adaptar sus decisiones al nuevo marco conceptual constitucional. El agravante de esta situación; de esta nueva realidad jurídica es que al operador de justicia ordinaria se le ha

encomendado la tarea de resolver cuestiones de naturaleza constitucional sobre las que poco o nada conoce desde la perspectiva del neoconstitucionalismo.

Pocos entienden, y entre esos pocos lamentablemente están los abogados litigantes, sobre la nueva visión jurídico constitucional que rige en el país, en donde desde la vigencia de la nueva Constitución, los jueces han dejado de ser jueces de la ley y la legalidad para convertirse en jueces de la Constitución, la Justicia y los Derechos Fundamentales, entiéndase: de la dignidad humana. No en vano el artículo 1 de la nueva carta fundamental reza que *el Ecuador es un Estado de derechos y justicia*. En adelante, y a partir de Octubre de 2008 sobre la legalidad prima la justicia; sobre la legalidad priman los derechos fundamentales; sobre la ley, prima la Constitución.

Ese pequeño detalle ha sido muy difícil de asimilar para propios y extraños, en especial cuando se trata de hacer que los operadores de justicia vean con nuevos ojos al derecho, en especial, al derecho constitucional sobre todo cuando se trata de que jueces ordinarios (especialmente civiles) entren a resolver sobre medidas cautelares (tutela preventiva) en materia constitucional; por cuanto, bajo un criterio netamente legalistas (civilista), no alcanzan a entender la infinidad de soluciones que pueden dar a los problemas de amenaza de derechos fundamentales que se les proponen, sobre todo en relación a medidas alternativas a las solicitadas por la parte requirente, o por ejemplo: en cuanto al pedido en sí, toda vez que creyendo que la tutela (preventiva o auto satisfactiva) únicamente son las que constan en el procedimiento civil, a falta de ley expresa y taxativa en materia constitucional, estiman que sólo esas son las que pueden aplicar y en consecuencia se verifica una doble amenaza y/o violación a un derecho fundamental, por una parte el que reclama el requirente y por otra, aquella en la que incurre el juez al denegar por ignorancia y desconocimiento, la tutela exigida. Ante esta realidad actual se hace necesario aportar una solución, aunque sea doctrinaria, al problema planteado, razón de ser del presente trabajo.

Un ejemplo por demás grosero de la ignorancia judicial en materia de medidas cautelares constitucionales (que por obvias razones se ordenan inaudita parte) es el

caso de la Jueza de Pichincha que ante el pedido de medidas cautelares de la Asociación de Periodistas por las reformas al Código de la Democracia, sin justificación alguna, corre traslado a los requeridos para que se pronuncien, violando toda lógica, todo principio procesal y en sí, la esencia misma de la cautelar (Enero de 2012).

La Tutela Preventiva denominada *medidas cautelares* en la legislación ecuatoriana, es una forma nueva en el Ecuador, de hacer cesar, evitar o prevenir la violación directa de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución del Ecuador. Es justamente la terminología utilizada por el legislador (medidas cautelares) la que más confusión ha ocasionado a los operadores de justicia y abogados que la confunden con las medidas cautelares de naturaleza civil, en especial en cuanto a los principios que las rigen. Por lo anterior, se hace necesario dar una respuesta clara a esta problemática, que permita diferenciar entre la tutela preventiva de derechos fundamentales y las medidas cautelares de naturaleza real y personal que constan en el procedimiento civil ecuatoriano.

JUSTIFICACIÓN

Si realmente se desea que los derechos fundamentales de las personas dejen de ser una simple declaración lírica, es de vital importancia hacer un aporte a la nueva legislación en materia de protección de derechos constitucionales, especialmente en materia de tutela preventiva (medidas cautelares). El problema planteado justifica su razón de ser en la necesidad de proporcionar luces sobre la real dimensión y alcance de las mal llamadas medidas cautelares, toda vez que su simple denominación *per se*, porque ha causado y causan a diario confusiones que se convierten en denegación de justicia, violación de la tutela judicial efectiva y del debido proceso. Este sólo hecho es más que suficiente para ameritar la presente investigación; para promover la investigación propia (doctrina nacional) sobre el particular, sobre las diferencias que a la fecha no se distinguen entre la tutela preventiva y la medidas cautelares de naturaleza civil. Las medidas cautelares buscan, desde la perspectiva constitucional, y de conformidad con el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que reza: “

evitar o cesar la amenaza o la violación de los derechos reconocidos en la constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos”. Ahora bien, el problema no estriba ahí exclusivamente, sino en la falta de comprensión de los operadores de justicia de la frase que dice que “la jueza o juez tendrá la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado”. (Asamblea Nacional, 2008).

Por simple que parezca, los jueces, acostumbrados a la legalidad, muchas veces taxativas, no alcanzan a dimensionar en su verdadera grandeza, la amplia gama de probabilidades que se dan para poder resolver el problema de amenaza de violación de un derecho constitucional. Si bien es cierto, la norma es clara en cuanto a que el juez debe buscar los medios más sencillos *que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado*, éstos no se atreven a *violentar* la legalidad de la taxatividad normativa a la que han estado acostumbrados. Lo que es peor, por evitar la supuesta violación de la norma, se produce o se prefiere, consciente o inconscientemente, la violación del derecho fundamental de una persona, violando así su dignidad de persona.

La necesidad del cambio de mentalidad es entonces un imperativo del nuevo paradigma que representa el neoconstitucionalismo en el Ecuador especialmente en materia de tutelas en consideración a que desde la perspectiva constitucional planteada, el hombre es el objeto del derecho y su dignidad el fundamento y razón de ser de la protección jurisdiccional. En la actualidad entonces, se hace visible la importancia que tiene la tutela preventiva en la práctica de los derechos humanos, para evitar o hacer cesar la amenaza de daños, dicho de otra forma, hacer cesar un posible atentado a la dignidad humana.

PREGUNTA CIENTÍFICA

¿Cuáles son las diferentes existente entre las medidas cautelares constitucionales en el ordenamiento jurídico con las medidas ordinarias?

PREMISA

Serán necesarias la gran cantidad de las medidas cautelares (tutela preventiva) para prevenir la violación de los derechos fundamentales; si existe la posibilidad de reestructurar y modificar el artículo 27 y este garantice la resolución de conflictos y no preexista ambigüedad y distorsión del contenido por lo tanto acción y actuación de los jueces

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General

- Determinar sobre lo que realmente representan en la legislación ecuatoriana, la tutela preventiva (medidas cautelares), sus alcances, sus principios y las reglas que la rigen en contraposición al derecho procesal civil.

Objetivos Específicos

- Establecer la diferencia conceptual y doctrinaria entre las medidas cautelares constitucionales (tutela preventiva) y las medidas cautelares ordinarias - civiles (reales y personales) y su aplicación al derecho procesal constitucional.
- Plantear el marco metodológico del estudio investigativo
- Reformar el capítulo que se refiere a las medidas cautelares de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

DESARROLLO

MARCO TEÓRICO

FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA

La Necesidad de una Real y Efectiva Tutela de los Derechos

El sistema legal ecuatoriano se encuentra *plagado* de derechos que podrían llamar *simbólicos* toda vez que si bien es cierto gozan de un reconocimiento meramente formal, en la praxis de su ejercicio no existen los mecanismos procesales idóneos que permitan su efectiva tutela. Cuando se dice o se menciona la palabra simbólico se refiere a la *satisfacción* que brinda a una población que al menos formalmente se apacigua con su declaratoria retórica pero que su existencia como derecho no va más allá de eso, pues a la hora de su ejercicio se encuentra con una serie de obstáculos para su efectiva vigencia que deja de tener validez práctica para la sociedad a la que sirve.

Un ejemplo de estos derechos son los derechos difusos y colectivos que si bien es cierto han sido recogidos normativamente, no cumplen una función *real* dado que no existen mecanismos en el ordenamiento para hacerlos valer. De igual forma y siendo más específicos, lo mismo ocurre con los derechos de la naturaleza, incorporados a la nueva legislación constitucional de 2008.

En otras palabras, no se puede hablar propiamente de derechos si no se cuenta en el sistema legal con mecanismos apropiados, idóneos y expeditos de tutela que operen cuando éstos son violados o amenazados, para lo cual ni siquiera es suficiente un simple reconocimiento formal del acceso a la jurisdicción o del derecho de acción entendidos ambos como un mero derecho a un pronunciamiento judicial. Tutela significa, una protección integral de un derecho por la vía jurisdiccional, siendo este derecho mucho más que el derecho de acción. (Gaceta Constitucional No. 005, 2013)

En materia procesal civil, la inadecuada protección y tutela de los derechos está dado y se refleja en la excesiva prioridad que han recibido en la legislación y la jurisprudencia los llamados remedios restitutorios o resarcitorios, dirigidos esencialmente a la protección de los derechos patrimoniales. Ejemplo de lo manifestado es que aún en los códigos de procedimiento se cree que el embargo es la principal institución para la satisfacción de los derechos. Este criterio netamente civilista y patrimonial no toma en cuenta, por ejemplo los casos de derechos del medio ambiente, de los consumidores o de los derechos de la persona cuyo contenidos básicos reclaman mecanismos de tutela distintos y procedimientos jurisdiccionales adecuados.

¿En qué consiste el Derecho a la Tutela Diferenciada?

Tutela jurisdiccional diferenciada es una expresión que está lejos de ser exacta, pues significa que a los distintos requerimientos de los derechos materiales debe corresponder una diversidad de tutelas. Tutela diferenciada deriva de una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y efectividad.

Ahora bien, la tutela diferenciada se divide según diversos criterios:

- Por el tipo de eficacia;
- Por el contenido de la tutela;
- Por el momento en que actúa la tutela.

En el primer caso, esto es, por el tipo de eficacia, la tutela puede dividirse en:

- Tutela satisfactiva;
- Tutela asegurativa.

La tutela satisfactiva o de conocimiento está referida al pronunciamiento que busca componer de manera definitiva el conflicto. Dentro de esta clasificación tenemos la tutela meramente declarativa, la tutela constitutiva y la tutela de condena.

La tutela meramente declarativa apunta a eliminar incertidumbres jurídicas; en este sentido, puede ser útil para todo tipo de tutela de derechos o situaciones jurídicas subjetivas que sean puestas en duda. Por ejemplo, la interpretación de cláusulas contractuales y para algunos autores, las pretensiones de nulidad de actos jurídicos. Por su parte, la tutela constitutiva apunta a una modificación de una situación jurídica preexistente. Por ejemplo, las pretensiones de anulabilidad, resolución o rescisión de contrato y las sentencias de divorcio. Finalmente, la tutela de condena busca tutelar una prestación cuyo objeto consiste en un dar, hacer o no hacer por parte del obligado. Desde el punto de vista de la satisfacción, la tutela de condena tiene eficacia mediata mientras que las tutelas declarativas y constitutivas tienen eficacia inmediata.

La tutela asegurativa no compone de manera inmediata la litis sino contribuye a la eficacia de la decisión final, y por ello concierne directamente a las medidas cautelares. En relación a la tutela por su contenido se puede hablar de tutela específica o in natura y tutela resarcitoria, según intente la protección integral del derecho (evitando que éste desaparezca) o se sustituya dicho derecho por un equivalente pecuniario.

Respecto al momento en que actúa la tutela, ésta puede clasificarse en represiva y tutela preventiva, según si se solicita con miras a eliminar la amenaza del daño aún no producido a algún derecho o si se actúa cuando dicho daño ya se ha concretado, en cuyo caso en el ámbito ecuatoriano se hablaría de una reparación integral. (Peyrano, 2002, pág. 21).

La Tutela Diferenciada como Derecho

El derecho a la tutela jurisdiccional diferenciada debe reconocerse esencialmente como un derecho de los justiciables hacia el Estado. No basta con que el legislador reconozca formalmente el derecho al honor o a la salud cuando no se dispone también de mecanismos para que tales derechos sean protegidos de

manera íntegra; es necesario crear procedimientos sumarios y establecer mecanismos por los cuales se cumplan las sentencias en sus propios términos.

La tutela diferenciada es un derecho de los justiciables frente a los jueces. Los justiciables no sólo tienen derecho a que existan diferentes tipos de tutela y a elegir la tutela que consideren más efectiva; también tienen derecho a que los jueces, obligatoriamente, den una tramitación adecuada a las pretensiones que se presentan ante ellos, haciendo uso de los distintos mecanismos de sumarización. (Peyrano, 2002, pág. 23).

Fundamento constitucional de la tutela diferenciada

Villegas Zela (2008) considera y afirma que la tutela preventiva de los derechos:

¿Este derecho a la tutela diferenciada encuentra sustento a nivel constitucional? A primera vista la respuesta es afirmativa cuando la Constitución de 2008 contempla la posibilidad de solicitar, como medida cautelar constitucional, tutela independiente, lo cual se refuerza con la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional vigente desde octubre de 2009 (pág. 43).

En el libro *Derechos Fundamentales y proceso justo* expresa que “el derecho que tiene todo sujeto de derecho para que dicho órgano (jurisdiccional) le brinde una tutela que resulte adecuada para solucionar o prevenir en forma real y oportuna los diferentes tipos de conflictos”. (Bustamante, 2001, pág. 99). El objetivo de configurar la tutela diferenciada como un derecho de naturaleza constitucional es hacer que comparta con el resto de derechos fundamentales, los siguientes atributos:

- Ser uno de los elementos esenciales del ordenamiento jurídico político.
- Ser un derecho subjetivo de todo justiciable y, al mismo tiempo, tener fuerza normativa de la mayor jerarquía y que, por tanto, vincule de forma directa e inmediata tanto al Estado como a los particulares.

- Inspirar y dirigir la producción, interpretación y aplicación de normas jurídicas.

En definitiva, el objetivo de la tutela diferenciada es dotar de efectividad al proceso. Efectividad significa que el justiciable tenga una tutela jurisdiccional real, y no formal o teórica, de sus derechos.

Tutela represiva y tutela preventiva

Tanto el daño como la amenaza de éste, una vez presentado, determinan el surgimiento de dos mecanismos de tutela a favor del sujeto afectado o a favor del que corre el peligro de serlo. Según se propone en doctrina, los mecanismos que tienen por función eliminar los obstáculos que impiden la satisfacción del derecho lesionado que aún se mantiene, o satisfacer el interés que reemplaza al original, reciben el nombre de tutela represiva o final. Y los mecanismos que tienen por función eliminar el peligro de que se lesione el interés original, o el peligro de que esta lesión no pueda ser remediada, corresponden a la tutela preventiva. La función preventiva del derecho puede ser confundido con la llamada tutela preventiva. Sin embargo, mientras la primera se refiere a la prevención general de los conflictos, la segunda se aboca a la prevención exclusiva de los daños. La tutela preventiva está directamente relacionada con la prevención de los daños y no con la prevención de cualquier tipo de conflictos jurídicos.

Por lo tanto está igualmente relacionada con la llamada tutela de condena, ya que su objetivo es preservar o transgredir una situación fáctica y corregir una crisis de cooperación dispuesta con el incumplimiento de un sujeto. En otras palabras, se busca que el potencial victimario se abstenga de realizar una conducta ilícita o que adopte algún tipo de precaución que disipe el riesgo de que el daño se produzca.

Cuando se habla de crisis de cooperación, el término cooperación se refiere a un comportamiento, a una prestación o, si se quiere, a una obligación que ya ha sido incumplida, pero que aún no ha ocasionado un daño. Es decir, ante un verdadero y actual conflicto de intereses (entre aquél que realiza una conducta dañina, o potencialmente dañina, y aquel que busca evitarla). La tutela preventiva no previene

los conflictos de intereses en general sino la producción de daños tanto patrimoniales como no patrimoniales. (Cavani, 2014, pág. 12).

Tutela resarcitoria y tutela específica

La tutela específica o in natura trata de brindar al titular del derecho exactamente la misma utilidad garantizada por la ley y no otra utilidad equivalente. La importancia de la tutela específica radica en que se trata de un mecanismo de tutela de los derechos distinto y adicional al mero resarcimiento de los daños. La tutela resarcitoria o por equivalente permite la reparación integral de los daños causados. Se trata de obtener un equivalente monetario por el daño causado.

En el caso ecuatoriano, el equivalente a la tutela resarcitoria se denomina acción de protección la cual busca una reparación integral por los daños causados al titular del derecho lesionado. Ahora bien, es de resaltar que en el caso ecuatoriano la reparación integral no siempre hace relación a un equivalente monetario según reza el artículo 18 inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional cuando menciona:

...la reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar....

Como se aprecia de lo transcrito, la acción de protección en el Ecuador va más allá de la simple compensación económica. Ahora bien, el surgimiento de nuevos derechos determinó que se le exigiera a la responsabilidad civil el cubrir un sinnúmero de supuestos de hecho para los que no era adecuada. En otros casos se tuvo que recurrir a conceptos polémicos como el daño futuro, cuando un daño no se había manifestado aún, el mismo que concernía a la eventualidad, a la probabilidad y al peligro de que el hecho dañoso se produzca en un momento posterior, con lo cual se pretendía que la responsabilidad civil cumpliera también un rol preventivo. Todo esto trajo como consecuencia la llamada crisis de la

responsabilidad civil (en otras palabras de la tutela resarcitoria), que no podía cumplir con todas las funciones que le eran encomendadas.

Como se puede deducir, la distinción entre tutela específica y tutela resarcitoria no puede ser ubicada completamente en el ámbito del derecho procesal; mejor dicho, se ubica en el punto de conexión entre el derecho material y el derecho procesal. Es más, la distinción puede ser ubicada a nivel teórico, concretamente, a nivel del derecho material (Marinoni, 2008, pág. 40).

Tutela Inhibitoria

Tutela diferenciada y tutela inhibitoria: nociones introductorias

Así mismo la Tutela Preventiva de los Derechos; considera que por su tipo de eficacia, esta tutela busca una condena de hacer o de no hacer. Por el momento en el que actúa, se trata de una tutela preventiva. Y, por su contenido, se expresa mediante una tutela específica; es decir, no busca la satisfacción de un interés pecuniario equivalente sino la protección del derecho mismo. (Villegas, 2008, pág. 53).

Derecho a la indemnidad y tutela inhibitoria

Continúa mencionando, en la misma obra titulada: La Tutela Preventiva de los Derechos; debe tenerse presente que el modo en que está expresada la tutela es el que determina el derecho material, y no al revés; así la llamada tutela resarcitoria viene a sustituir al derecho primigenio por un derecho consistente en la reparación pecuniaria de los costos producidos por el daño –*daño emergente y lucro cesante*-. Es evidente, entonces, que la tutela resarcitoria no hace sino tutelar un derecho de crédito del sujeto dañado –*en otras palabras, transforma el derecho primigenio en un derecho de crédito*- (Villegas, 2008, págs. 54 - 56).

Si la tutela inhibitoria pretende la prevención de la ocurrencia de un daño, no hay duda de que la situación jurídica subjetiva que se crea es un derecho a la intangibilidad de la esfera jurídica, el mismo que ya algunos autores han

denominado de diversas maneras: derecho a la integridad, derecho material a la seguridad o derecho a la indemnidad.

Define el derecho a la integridad como el derecho *–la pretensión–* a que otro no haga nada que atente contra la situación, es decir, el derecho a que otro no transforme o altere la situación propia. El derecho acotado, además, es de antigua data *–desde el tiempo de los primeros iusnaturalistas–* y tiene su origen en una distinta manera de entender el viejo principio romano *neminem laedere* o *alterum non laedere* (Ferrajoli, 1999, págs. 559 - 560).

Este principio puede traducirse en dos deberes específicos:

- No lesionar deliberadamente dicha integridad y;
- Adoptar las medidas necesarias para no lesionar la integridad ajena.

Para este autor, la integridad no es un simple tipo de tutela: se trata de un derecho autónomo que no puede ser confundido con la situación jurídica subjetiva a la cual sirve, sea ésta un derecho de propiedad, de la persona, o cualquier otro. El derecho a la integridad y la tutela inhibitoria son dos caras de la misma moneda. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad implica la satisfacción de un interés mediante el uso y disfrute de un bien específico; sin embargo, al ser amenazado, hace nacer un nuevo interés, distinto del primigenio *–por el que se pretende que cierta circunstancia no se modifique–*, lo que da lugar, a su vez, a una nueva situación jurídica subjetiva que es el derecho a la integridad y que, por tanto, despliega los mecanismos de tutela propios de la inhibitoria. La importancia de contar con un adecuado sistema de tutela de los derechos, y con una tutela inhibitoria en especial, que impidan que la libertad de ciertos individuos se convierta en impunidad para violar derechos ajenos.

Hacia una teoría de la tutela inhibitoria

Con respecto a la teoría de la tutela inhibitoria en el libro de su autoría menciona que “el concepto de tutela inhibitoria es un tipo de tutela preventiva en cuanto tiene como finalidad actuar antes que un daño se concrete, antes que continúe la acción

dañosa, o antes que la misma se repita”. (Villegas, 2008, págs. 84 - 85). Asimismo, se trata de una tutela específica en cuanto busca proteger en sí misma la situación jurídica de ventaja a la cual sirve y no pretende intercambiarla por un mero derecho a la indemnización. Además, si lo que se pretende es evitar que un comportamiento potencialmente dañoso se lleve a cabo *–se repita o continúe–*, la tutela que se muestra ideal para este fin es la tutela de condena, que impone al demandado una obligación *–con prestación–* de hacer o de no hacer.

Nótese que, a pesar de que el nombre de tutela inhibitoria supone literalmente un contenido meramente negativo de la misma *–referidas a condenas de no hacer–*, de lo que realmente se inhibe el demandado es de causar un daño; por tanto, consiste no sólo en no realizar la conducta o comportamiento dañoso, sino también en tomar las medidas de precaución necesarias para que ese daño no se lleve a cabo *–es decir, asumir alguna obligación con prestación de hacer*

Así, puede afirmarse que cuando se habla de tutela inhibitoria, tutela preventiva, tutela específica o tutela de condena de obligaciones *–con prestación–* de hacer o no hacer, en realidad se está hablando de sinónimos, pues todas estas figuras se refieren a los mismos fenómenos, aunque, claro está, desde distintos puntos de vista *–según el tiempo en el que actúan o del contenido de la tutela*

Frignani (1989) definió la tutela inhibitoria: “Como una sentencia de condena cuya finalidad es hacer cesar una actividad o un hecho lesivo del derecho ajeno, o inhibir la continuación, e incluso la comisión, de tales actos” (págs. 559 - 560). En otras palabras, se trata de una orden judicial que tiene como contenido la obligación de poner inmediatamente fin a una actividad ilícita. Sus características principales serían:

- La acción inhibitoria busca prevenir una actividad contra ius o ilícita.
- Se excluye que necesariamente deba existir un daño. En ese sentido, no puede configurarse la acción inhibitoria como un medio de represión del daño porque se prescinde precisamente de él.

- Entre sus presupuestos no se encuentra la culpa en tanto que este elemento psicológico o subjetivo no es necesario para la configuración del ilícito – *entendido este último como acto contra ius*-.
- La inhibitoria está dirigida a la inmediata cesación de un ilícito en curso o a la prevención de uno inminente.
- La sentencia que acoja una acción inhibitoria puede contener tanto una orden de no hacer –*inhibitoria negativa*- como una orden de hacer – *inhibitoria positiva*-.

Rapisarda (2001, pág. 10) estuvo de acuerdo con Frignani en que la tutela inhibitoria prescinde no sólo del daño, respecto del cual sería totalmente autónomo, sino también de la culpa, añadiendo además que la razón de tal ausencia se debe al carácter no sancionatorio de la inhibitoria. La jurista italiana comparte la noción de ilícito como acto contra ius, es decir, como conducta realizada en violación de una obligación legalmente establecida.

Con respecto a esta parte del continente, se debe resaltar el pensamiento del profesor brasileño Marinoni (2008, pág. 45) quien adoptó prácticamente de manera fiel los postulados de los juristas italianos. De este modo, Marinoni insiste en el deslinde entre ilícito y peligro del daño, señalando que la tutela inhibitoria no debe ser comprendida como una tutela contra el peligro de práctica, de continuación o de repetición del ilícito, comprendido como acto contrario a derecho que prescinde de la configuración del daño. Según este razonamiento, sería posible, además, requerir que un ilícito no sea practicado sin tener que demostrar un daño futuro. La configuración de una tutela genuinamente preventiva no tiene ninguna relación con los daños, sino apenas con el ilícito.

Reformulación de la teoría sobre la tutela inhibitoria: el enfoque funcionalista del análisis económico del derecho

La tutela inhibitoria –*llamada injuction*- es un remedio de equity y se otorga de manera discrecional por parte del juzgador, al resolver este tipo de casos, acude a los principios del ordenamiento jurídico.

Reglas de propiedad y reglas de responsabilidad

La tutela preventiva de los derechos; expresa: Ante un conflicto de intereses, lo primero que se debe determinar es cuál de las partes tiene la titularidad –derecho o situación jurídica de ventaja- que debe prevalecer. Luego, se debe determinar si la protección de dicha titularidad se debe realizar mediante una regla de propiedad o una regla de responsabilidad. La regla de propiedad confiere a su titular una injunción, debido a que la otra parte no puede tomar su titularidad mientras no se realice una transacción voluntaria. En este supuesto, el titular, mediante la injunción, puede prohibir la actividad dañosa. Por su parte, mediante una regla de responsabilidad, una persona no puede hacer nada por impedir que otro sujeto tome o dañe su derecho; sin embargo, ese otro sujeto debe cubrir –por medio de una indemnización- los daños o perjuicios causados. (Villegas, 2008, pág. 99)

¿Cuándo otorgar una tutela inhibitoria?

Conceder la tutela inhibitoria no significa –en todos los casos- prohibir totalmente la actividad objeto de la pretensión; antes bien, implica utilizar un mecanismo de prevención que disminuya la potencialidad dañosa de dicha actividad. La prohibición total de una actividad debe ser el último recurso del juez; solo justificable en situaciones extremas y cuando no haya otra manera de tutelar el derecho del demandante.

En el caso ecuatoriano el Juez debe tomar en cuenta el artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que regula el principio de proporcionalidad para la toma de decisiones, en concordancia con el artículo 31 ibídem que manda que la Jueza o Juez tendrá la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que esté siendo vulnerado. Como se aprecia, la legislación ecuatoriana es concordante con la opinión doctrinal citada supra.

Por esa razón la tutela preventiva de los derechos, considera que “tanto la tutela preventiva como la tutela resarcitoria tienen como presupuesto la determinación de

la licitud de una actividad. En un momento posterior se determina si esa conducta amerita una tutela inhibitoria o una resarcitoria” (Villegas, 2008, págs. 123 - 124).

Se debe afirmar que la tutela inhibitoria no es sino parte del llamado derecho de daños. Tanto la tutela inhibitoria como la responsabilidad civil –tutela resarcitoria- tienen como finalidad la reducción de los accidentes –costos primarios- y contienen, en su configuración, elementos y problemas comunes; solo se diferencian en el tipo de sanción impuesta por el ordenamiento.

La tutela autosatisfactiva

Desde la antigüedad se señaló que el acto propio de la justicia es el juicio y ello se deduce del origen de los términos: *Iudicium* viene de *iudex*, a su vez compuesto de *ius-dicens*, el que pronuncia el derecho, por lo que el juicio significa la sentencia del juez que profiere el derecho, sentido que Santo Tomás precisa diciendo *el juicio implica la definición o determinación de lo justo o el derecho*.

Pero, como acto, el juicio es propio de la razón práctica informada por la prudencia y no de la razón especulativa ya que no se trata de un juicio universal y teórico propio de las ciencias, sino con relación a un caso concreto. Entonces, como es algo propio de la razón práctica, requiere esencialmente de la intervención de la prudencia. A su vez, como lo que se trata es de decir el derecho (ya decía Aristóteles que los hombres acuden al juez como a cierta justicia animada) ello supone un mínimo de conocimiento previo sobre dicha materia y un esfuerzo intelectual para conocer más profundamente, dicha materia (aquí se presenta la sabiduría).

Peyrano (1997) sobre la medida autosatisfactiva indicó: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución que comienza con una cita de Rudolf Ihering que dice que todo derecho ha sido disputado, cada regla jurídica importante debió ser arrancada a aquellos que se oponían, y todo derecho tanto el de un pueblo, como el de un individuo, se fundamenta en la permanente disposición a afirmarlo. (Rubinzal, 2014, pág. 25).

En base a ello afirma que la lucha por el derecho nunca ha sido sencilla y descansada, a veces cansa, otras disgusta, el esfuerzo desplegado en defender lo

obvio. Sin embargo, continúa, la perspectiva de poder contribuir a edificar una jurisdicción oportuna nos ha estimulado para no abandonar el empeño. Barruntamos, afirma, que desde siempre lo que hoy se llaman tutelas diferenciadas han suscitado iniciales enjuiciamientos adversos y la colocación de vallas a su vigencia. Y concluye: la opción es de hierro: o la quietud de las tumbas auspiciada por quienes no logran despegarse –con el debido respeto y aprovechando todo lo que fuera posible lo anterior- de las enseñanzas de sus maestros o atreverse a internarse en líneas de investigaciones nuevas que sean aptas para concretar el perfil del Poder Judicial que las postrimerías del segundo milenio exige.

Por supuesto que no se aplaude embates entusiastas carentes de fundamentación ni se niega el homenaje que merece la procesalística clásica. Sí en cambio, se piensa que a partir de lo que se tiene se debe parar sobre los hombros de quienes precedieron para así mirar más lejos, porque el mundo de hoy no es el de ayer. En primer lugar -y para ello se debe basar en la publicación antes aludida, cabe destacar que dicho requerimiento -así lo denomina Peyrano- nace ante lo que consideran como una debilidad de la teoría cautelar ortodoxa: la falta de respuestas adecuadas a los justiciables en determinadas materias y, de allí, la imposibilidad de aplicarles las normas legales vigentes.

Si se habla de que no es posible aplicar las normas vigentes es fácil deducir que, salvo algunas excepciones, esta medida no tiene fundamento legal positivo. Y esto es más patente aún, cuando el autor antes citado indica que su introducción expresa en los textos legales deviene impostergable para otorgarle nuevo impulso. En realidad, desde el punto de vista del autor, el hecho que no tenga recepción legal expresa no constituye un obstáculo insalvable para la adopción del requerimiento. En el caso ecuatoriano, referente necesario para los efectos de este trabajo, a la fecha (2012), tampoco existe reconocimiento expreso a las medidas autosatisfactivas, sin embargo creemos que sí existe al menos un reconocimiento tácito a dichas medidas en la denominada tutela judicial efectiva establecida como derecho principio constitucional en el artículo 75 de la Constitución vigente (2008), así como en el desarrollo del contenido esencial del, derecho citado en la

jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición como se verá más adelante.

Bien, si el derecho a la tutela judicial efectiva se traduce, a decir del texto normativo de la misma Constitución, en el acceso a la justicia de forma expedita para el ejercicio de sus derechos e intereses, es lógico entender que el juez debe adoptar todas las medidas que estime necesarias para garantizar el ejercicio de la tutela judicial de tal forma que ésta sea efectiva, más aún cuando del artículo 11.3 inciso tercero de la misma norma de normas se recojo el siguiente precepto: “los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

Por su parte y dentro del mismo orden de ideas, la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición en Sentencia No. 016-10-SEP-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 202 del 28 de Mayo de 2010 en la página 6 dice al respecto de la tutela judicial efectiva: Los derechos de protección reconocidos constitucionalmente, tienen relación con el acceso a la justicia en defensa de sus derechos, siendo uno de ellos el contenido en el artículo 75, que dispone el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

La aplicación de estos derechos, en la parte orgánica de la Constitución, se encuentra definitivamente vinculada a los principios de la administración de justicia (...). Como derecho de prestación, hoy concebido como derecho de protección en la Constitución, puede determinar que del Estado se pueden obtener beneficios, porque impone la actuación de la jurisdicción en el caso concreto, y esto se debe porque exige que el Estado cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la justicia prestada.

Como se puede observar, la Corte Constitucional reconoce la obligación del Estado de crear los instrumentos para el ejercicio efectivo de los derechos, sin que la expresión crear deba ser entendida en los términos literales de norma expresa,

pues siendo consecuentes con el criterio expuesto supra, no es necesaria la existencia de norma expresa para que la jurisdicción asegure el ejercicio de un derecho, lo cual cabida a las medidas autosatisfactivas en la práctica forense.

En lo referente a la doctrina hay quienes expresan que:

la tutela judicial efectiva es la guía o protección que merece la persona en su carácter de tal, y consagrada por nuestros más altos ordenamientos jurídicos, para acceder a un proceso justo y eficaz, que le brinde claridad y rapidez en la obtención de un pronunciamiento acorde con sus pretensiones, tendiente al amparo de sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, en todas y cada una de las etapas de un proceso. (Belsito & Caporale, 2005, pág. 19).

Ello por cuanto todos los Tribunales no se limitan a decidir una cuestión exclusivamente sobre la base de los términos literales de una norma, sino que tenemos en cuenta los valores y principios receptados tanto en la Constitución de la República como, también ahora, en los Pactos Internacionales que ha firmado nuestro país, e incluso en aquellos que puedan ser invocados a pretexto de la cláusula abierta contemplada en el artículo 417 de la misma norma de normas.

Como se ha manifestado, la falta de una norma legal expresa no me parece argumento suficiente como para desestimar lo que se conoce como tutela anticipada, más aún cuando la norma constitucional es clara en su artículo 11 numeral 3: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público.

Otro argumento que se utiliza para sustentar dicha postura es que los jueces deben actuar con responsabilidad social. Lo que se pretende de un juez es que aplique el derecho de conformidad con las normas y principios constitucionales y la legislación vigente en la medida que se adecue a dichos principios jurídicos. O,

como antes señalaba citando a Santo Tomás, la determinación de lo justo, del derecho, al caso concreto. Por otra parte y si bien no en todos sus sostenedores, puede deducirse que, inicialmente, se sustentó la tutela anticipada en las medidas cautelares, al menos un sector considera que más allá de la praxis judicial y doctrinal, ambos institutos no pueden asimilarse.

En efecto, como se reconoce, y bajo el apotegma todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar, se afirma que las medidas cautelares:

- Se ordenan sin oír previamente a la parte contraria ya que el juez funda su decisión en los hechos afirmados y acreditados sumariamente por el peticionante y se exige contracautela;
- Son provisionales ya que pueden ser modificadas si varían las circunstancias, pueden ser revocadas o apeladas, y;
- Son accesorias a un proceso principal ya en trámite o que debe iniciarse dentro de un corto período de tiempo, y;
- Están ordenadas en función del posible cumplimiento de la sentencia que se dicte en un proceso, lo cual demuestra su naturaleza instrumental ya que no existen por sí mismas.

En cambio las medidas autosatisfactivas, al decir de Peyrano, son un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento y reitera, más adelante, que son procesos urgentes en los que el factor tiempo juega un papel fundamental.

En la misma línea, se precisa que las medidas autosatisfactivas corresponden a un proceso autónomo que no es ni provisorio ni accesorio. Se comparte o no el llamado requerimiento, hay algo que se comparte con sus sostenedores: se considera que la distinción resulta adecuada toda vez que, por su distinta naturaleza, las medidas autosatisfactivas no tienen la misma naturaleza que las medidas cautelares.

Y la precisión de sus doctrinarias resulta importante toda vez que de esa forma se puede saber de qué se habla, esto es, de un requerimiento que se agota en sí mismo o, mejor dicho, con la decisión del juez dictada en forma instantánea; con ello se resuelve la solicitud que formula el presentante sin que sea necesario un juicio posterior.

Esto es, la justicia instantánea al modo de la popular raspadita que reparte premios en el acto; que ahora ha llegado a la justicia, siendo el premio la decisión de un juez, cuya función es nada menos, que la de decir el derecho. En otras palabras, la utopía realizada ya que suponemos, si bien no se encuentra nada al respecto, que la decisión de este juez con responsabilidad social se dictará en el acto, esto es, sin que siquiera pueda alegar a su favor el plazo de tres días para despachar un escrito: no podría ser de otra manera ya que el código procesal no resulta de aplicación al requerimiento. Lo anterior se colige de la norma expresa de la Constitución en su artículo 86 numeral 2 letras e) que establece que “no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho”.

Por otra parte la justicia instantánea se deduce de la propia urgencia del caso que no admite la más mínima dilación ya que no hace a su esencia que sea oído el contrario. Otro de los argumentos esgrimidos para sustentar el llamado, por decirlo así, requerimiento es la apelación a la tutela judicial efectiva con especial referencia al factor tiempo. En efecto, sus propulsores, señalan constantemente que el requerimiento autosatisfactivo se sustenta en la necesidad de la tutela judicial efectiva, principio que al que le adjudican sustento constitucional y en los tratados internacionales según hemos demostrado líneas arriba.

Así el anteproyecto de código general del proceso señala que:

la realidad habitual es que existen tiempos que deben necesariamente transcurrir entre el planteamiento de los conflictos y la obtención de su satisfacción por obra y gracia de las actividades procesales judiciales. Tales tiempos, de la justicia, son, al presente y como figura repetida en diversos países y realidades, de tal extensión, que se constituyen en intolerables para

los que de ella esperan la solución para sus problemas. Aún la solución justa, equitativa, conforme a derecho, deja de ser tal cuando el tiempo que ha llevado su obtención determina la frustración de los intereses que a tal arbitrio han sido confiados (Arazi & Kaminker, 1999, pág. 35).

Y sigue afirmando que:

el tiempo, dimensión enaltecedora de lo humano, obra en estas materias como frustrador de ilusiones, posibilidades y derechos. El proceso justo, cargado de garantías imprescindibles, en este momento histórico ha dejado de serlo –si es que alguna vez lo fue- por imperio de la tardanza que impide la satisfacción en tiempos racionales y tolerables de los requerimientos de los justiciables (Arazi & Kaminker, 1999, pág. 35).

Concluye afirmando que el acceso a la justicia requiere adecuar los tiempos de lo procesal, para evitar su frustración. Con la apelación entonces a la tutela judicial efectiva y su relación con el factor tiempo, es que se justifica la existencia de las tutelas anticipadas (Arazi & Kaminker, 1999, pág. 35).

Así otro autor, en lo referente a la Teoría general de los procesos urgentes dice que “cuando se refieren a los procesos urgentes, todos los autores aluden, sin ambages a que aquí se produce una anticipación de la tutela” (Berizonce,1996; Morello, Eisner, & Kaminker,1996).

Sigue diciendo dicho autor que se ha producido un renacimiento de dicho término –la tutela- ya que las modernas constituciones consagran el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto entendemos que no hay dudas que la tutela judicial es un derecho constitucional aplicable a todos, y vale agregar, de forma directa e inmediata, con o sin norma jurídica expresa, lo cual corrobora nuestro criterio antes expuesto al respecto.

Pero, a continuación, añade que ese derecho a la tutela debe ser efectivo y para explicar dicho término recurre a Peyrano al señalar que ya desde el año 1980 se

preocupaba por los alcances del valor eficacia en el proceso civil contemporáneo y el cual tiene un valor instrumental respecto del valor justicia. De manera tal, resumidamente, y a riesgo de que como toda síntesis sea incompleta, dicho autor señala que las situaciones urgentes son dignas de tutela por ser éste un derecho constitucional y que se agotan con su despacho favorable ya que su derecho tiene una fuerte probabilidad de ser receptado en sentencia de mérito que, vaya paradoja, se brinda en lo que vendría a ser una suerte de respuesta inmediata sentencial.

En efecto, puede decirse que, en el derecho actual es comúnmente aceptado que toda persona tiene un derecho a acceder a los tribunales para obtener la tutela de sus derechos legítimos. Este derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial, es la positivización y concreción de un derecho básico de la persona, el derecho a la defensa jurídica. Es que el derecho a la jurisdicción existe con independencia de su reconocimiento positivo. Es un derecho que le corresponde a todo hombre por el sólo hecho de serlo; que es inherente a su personalidad y, además, inalienable e irrenunciable. Es, por lo tanto, un derecho natural básico o de primer grado en términos del derecho natural.

Así se puede señalar que al menos cuatro derechos pueden reclamar su condición de fundamentales:

- El derecho de acceder al proceso –derecho de titularidad general e indiscriminada;
- Dentro del proceso el denominado derecho al debido proceso o a la defensa en juicio –del que también gozan todos los litigantes y no sólo el actor;
- El derecho a una sentencia justa o conforme a derecho, y;
- El derecho del justiciable que tiene la razón, sea el actor o el demandado, a una concreta tutela jurisdiccional.

El derecho al proceso se deriva claramente del artículo 75 de la Constitución del Ecuador que reconoce que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos y dentro de esta fórmula se engloba tanto el derecho a la jurisdicción como

el derecho a un debido proceso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en dos opiniones consultivas del año 1.987 que “en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.

Y remarca, que la:

garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, consagrada en el artículo 75 y 76 de la Constitución de la República va mucho más allá de, por ejemplo, la asistencia letrada, porque prohíbe colocar a la persona en estado de indefensión y protege todo lo que permite a los justiciables participar e intervenir en la causa

La Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición ha señalado que el Poder Judicial tiene como atribución y obligación inalienable el hacer respetar la Constitución y en particular, las garantías personales que la misma reconoce.

Y se puede agregar que la Corte Interamericana de Derecho Humanos en una sentencia del 26 de junio de 1987 señaló que:

los recursos judiciales efectivos que deben proveer los Estados Parte, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, reconocido en el artículo 8.1, que implica todo lo que asegure la adecuada defensa de las personas cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial, y que debe cumplirse aún bajo suspensión de derechos.

Por lo tanto se puede estar completamente de acuerdo con que existe un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. También de la importancia de la efectividad y del factor tiempo. Pero, recurriendo a la prudencia y la sabiduría, entendemos que el derecho aludido debe ser aplicado en su integridad. Esto es: todos tienen derecho al acceso a la jurisdicción y a partir de ello, a un proceso legal que también garantice el derecho de defensa antes del pronunciamiento del juez.

No puede desconocerse que los propulsores del requerimiento no han ignorado la cuestión que se está examinando. Pero conviene hacer algunas puntualizaciones. En primer término afirman, al menos algunos, que no hace a la esencia de las medidas autosatisfactivas que se dicten sin oír a la contraria. Esto es, algunos requerimientos son más urgentes que otros. En los urgentes al cuadrado, no hay contradictorio, ya que la resolución se dicta sin que el condenado pueda ejercer, no ya dijimos su derecho de defensa, ni siquiera es oído. En los restantes se admite su participación al solo efecto de ser oído.

Así la jurisdicción anticipatoria, ponencia al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal; menciona que “la sentencia anticipatorio ha de ser resultante de la sustanciación previa como principio general, sin perjuicio de situaciones especiales en las que la ley pueda autorizarla sin contradictorios” (Rivas, 1995, pág. 20). Arazi et al. (1997) expresaron y destacaron que:

Estas medidas provisionales, a diferencia de las cautelares, no necesariamente se dictan sin audiencia de la contraria y tampoco persiguen asegurar el cumplimiento de una futura sentencia a dictarse, sino la satisfacción total o parcial de la pretensión, en decisión anticipada por razones de urgencia. (pág. 56).

Pareciera entonces que, al menos para algunos de sus propulsores, es necesario, en casos urgentes pero no tanto, que se dé un contradictorio. El problema que persiste es que esa participación de la parte contraria queda limitada a ser escuchado. Pues bien, en los supuestos doblemente urgentes, las medidas autosatisfactivas podrían ser inconstitucionales por cuanto la prudencia y la sabiduría nos muestran que la decisión de un juez, por aquello de la deliberación, supone necesariamente que se ejercite el derecho de defensa y que por lo tanto ambas partes puedan alegar y probar, tal como lo requiere el derecho a una tutela judicial efectiva.

Santo Tomás en la cuestión 67 de la Suma Teológica (dejando de lado el problema del derecho natural y las leyes que a él se le oponen) reafirma el principio de legalidad ya que, para él, el juez es intérprete de la ley y representante de la

autoridad que ejerce las funciones de persona pública, razón por la cual debe conocer la causa y dar la sentencia conformándose estrictamente a las leyes y según las pruebas e instrumentos públicos del proceso, no según sus conocimientos como persona privada.

Esto es que, además de la ley, el juez debe atender, para la cuestión de hecho, a las pruebas y testimonios alegados en la causa, no a los datos habidos como persona privada, y sentenciar iuxta allegata et probata. Este deber de atender sólo a las pruebas legales es cierto cuando no se prueba con certeza la culpabilidad del reo. El juez debe entonces absolverle y el magistrado que condena al acusado conociendo su culpabilidad cierta sólo por datos extrajudiciales, falta gravemente a su conciencia. Se aclara además que para Santo Tomás tampoco puede condenar cuando la prueba jurídica del delito se ha obtenido por medios ilegítimos contra el acusado.

Es más, señala que en las causas criminales el principio de la presunción de inocencia favorece al reo y debe el juez absolver a quien jurídicamente no fue convicto de su crimen y en las causas civiles la duda, dice, puede ser de hecho; debido a que no ha sido probado suficientemente y en ese supuesto vale la regla todo hecho debe ser probado y el juez debe fallar a favor de aquel cuyo hecho imputado no ha sido objeto de prueba legal suficiente, aunque le constara privadamente su existencia.

Y con relación a la forma del juicio destaca que, esencialmente, el proceso debe desarrollarse entre un acusador y un acusado y que el juez no puede condenar a nadie si no hay un acusador que lo querelle o establezca acción jurídica contra él. Es que el juez es un intérprete y árbitro de la justicia que debe fallar entre dos partes en litigio. No puede pues hacer las veces de acusador estableciendo parcialidad por alguna de las partes. Y agrega que esta necesidad de la acusación para instruir la causa, parece clara prescripción del derecho natural y además es una garantía para el acusado que tiene derecho natural e imprescriptible a la defensa, ya que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído.

Por lo tanto, desde el plano filosófico como desde el jurídico y por el derecho, sea que se lo considere como un derecho natural o positivo, ello importa que si bien cualquiera tiene derecho a accionar, nadie puede ser condenado sin antes haber podido ejercer su derecho de defensa mediante un proceso que determine, previamente, las garantías necesarias para ejercer ese derecho.

Es que, la función del juez, consiste en emitir un juicio y para ello resulta necesario que delibere, tal como lo requiere la prudencia, sobre los pro y los contra de lo que se le presenta y la sabiduría nos indica que, para que ello sea posible, requiere que las partes le presenten el caso y que por lo tanto exista un debate entre ellas en el que aleguen el derecho y prueben los hechos que sustentan sus pretensiones.

Sin esa deliberación no hay juicio y sin juicio no hay sentencia válida de manera tal que el derecho a la tutela exige, por su propia naturaleza y sea que se lo considere desde el punto de vista del derecho natural o del derecho positivo, tanto que la justicia sea rápida y eficaz, como que cualquiera pueda accionar y que el acusado, sea civil o penalmente, pueda defenderse en forma previa a la decisión del tercero imparcial.

En cuanto a la segunda postura, la que admite una cierta participación del demandado, puede decirse que, en realidad, lo que propician sus sostenedores es una simple escucha del accionado de manera tal que si bien, ya no tan evidente, el derecho de defensa no se encuentra resguardado, no solamente por la limitación que ello supone, sino por no respetarse la igualdad de armas de las partes en el proceso. En efecto, debe tener presente que el llamado requerimiento, supone un juicio (algo más que un prejuicio por la verosimilitud requerida por sus propulsores) previo por parte del juez acerca de su procedencia, porque de lo contrario debió ser rechazado.

Si el juez lo admite es por cuanto se reúnen los requisitos que postulan sus defensores, esto es, que se trata de algo urgente, y fundamentalmente, de la procedencia del planteo, con lo cual ante la presentación del requirente el juez debe examinar el derecho y los hechos invocados y llegar a la conclusión de que el mismo

no solamente puede ser atendido, sino que el mismo debe ser atendido, ya que la doctrina exige que exista una fuerte certeza, o sea el grado más alto de la disposición del espíritu o la inteligencia con respecto a un planteo, y por ende un grado bastante más elevado al de la duda.

Frente a esa decisión que no desestima inmediatamente el requerimiento, el demandado no está en condiciones de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, ya que el juez tiene la certeza del derecho invocado por el requirente y él va a ser solamente oído, no escuchado. Prácticamente no se le va a prestar atención y en todo caso solamente podrá alegar, pero no podrá probar, ya que en ese caso se desnaturaliza el requerimiento urgente.

De manera tal que aún esta postura, un poco más respetuosa del derecho de defensa, tampoco podría ser admitida por ser violatoria del derecho inherente a la defensa con anterioridad al pronunciamiento del juez. Por no existir deliberación en el sentido preciso del término, con lo cual el juez comete un acto imprudente por falta de análisis de las posturas de ambas partes en un pie de igualdad. Y tampoco tiene en cuenta la sabiduría, en el sentido de que no aplica los conocimientos fundamentales que hacen a su función como tal de garante del derecho de accionar y del derecho de defensa.

Otro argumento que se esgrime para obviar el derecho de defensa es que admiten que la decisión puede ser apelada, obviamente que con efecto devolutivo. Sin embargo se sigue desnaturalizando el derecho constitucional al debido proceso ya que una persona ha sido condenada sin habersele dado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Y a ello se le agrega que no es lo mismo apelar que contestar la demanda, y no creemos que sea necesario señalar la diferencia que tienen ambos.

Cuando nace la autosatisfactiva se presenta como algo excepcional, un remedio para solucionar los casos realmente urgentes, que los hay pero, si uno examina aunque mas no sea el índice del libro sobre medidas autosatisfactivas dirigido por Peyrano (1997) y publicado por Rubinzal Culzoni, advierte que, a poco andar, la excepción se transformó en regla ya que se advierte que se dan en todos los ámbitos.

Así, vemos que existen, según sus propulsores, en el derecho penal, comercial, civil, laboral, administrativo, ambiental, entre otros.

A punto tal que, se ha convencido a todos, de que esta proliferación del requerimiento al que hoy estamos asistiendo obedece, no tanto a sus propulsores originarios, sino a sus seguidores y fundamentalmente a los jueces que, sin deliberación ni prudencia, han adoptado dicha postura. Finalmente, si los jueces carecen de prudencia y sabiduría en el sentido expresado al comienzo, sino deliberan sobre las materias sometidas a su consideración y aplican las distintas partes que componen dicha virtud, que deben adquirir; si no reflexionan y profundizan sus conocimientos no solamente sobre la técnica jurídica, sino sobre la esencia del cargo que ocupan y como deben ejercer su función, seguirán sin respetar el derecho natural y positivo a una tutela judicial efectiva.

La teoría cautelar ortodoxa no ha podido dar respuestas adecuadas a ciertos requerimientos de los justiciables que claman por soluciones inmediatas, en tiempo razonable, ante la situaciones que no admiten demora. Ello así, tal como lo señaló Peyrano en su artículo *Lo Urgente y lo Cautelar* (1995-I-899), la procesalística moderna nos habla hoy de la necesidad de concebir una suerte de tutela judicial urgente, partiendo de la idea de que lo urgente es distinto y más amplio que lo cautelar.

En este orden de ideas, cabe recordar que un proceso urgente reconoce en la actualidad tres tipos principales de mecanismos diferenciados entre sí:

- En la introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, considera que: Las medidas cautelares: que nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva y al resultado práctico que aseguran preventivamente. Más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia (Calamandrei, 1997, págs. 44 - 45).

- En cambio para el régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas; menciona: La medida autosatisfactiva: es el requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. (Peyrano, 1999, pág. 131).
- La tutela anticipatoria: es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable.

Definición: Tutela Anticipatoria

No se puede ignorar que las leyes y los códigos se corresponden a una época, son la obra de su tiempo; sin embargo las circunstancias y las necesidades de la sociedad cambian pero las normas permanecen. Cuanto más pasa el tiempo, la distancia entre ellos se va ahondando, llegando el momento en que las leyes pierden su efectividad y resultan insuficientes dado que no cubren las necesidades prácticas que se requieren en un marco de celeridad y efectividad en pos de la protección de los derechos sustanciales.

Dentro de este contexto nace la necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia para asegurar la tutela efectiva en la oportunidad adecuada. Ello condujo a la búsqueda de nuevas y diversificadas técnicas adaptadas a las características y exigencias particulares de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición común resulta estructural y funcionalmente inadecuado. Aparecen así, tanto en el ámbito nacional como en el Derecho Comparado, las tutelas de urgencia o, como se las denomina en nuestro medio, los procesos urgentes. La nota característica de tales procesos es la prevalencia que se asigna al principio de celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz (De los Santos, 2000, pág. 5).

Una vez más que la tutela anticipatoria es una de las tutelas diferenciada de urgencia que, con base en una cognición sumaria y llenado los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente su pretensión, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material. Anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, vale decir: identidad objetiva (Pérez, 2012, pág. 38).

Bomfim (1997) manifestó que:

Es verdad que la tutela anticipada posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas; las mismas que se mencionarán a continuación:

- Ambas son importantes instrumentos para la efectividad del proceso (asegura la idoneidad del proceso –la tutela cautelar- y adelanta la provisión de lo solicitado por el actor –anticipación de tutela-);
- No producen efecto de cosa juzgada material ya que son dictadas mediante una cognición necesariamente sumaria;
- No causan instancia, pueden ser revocadas en cualquier momento si las circunstancias han variado;
- Son de ejecutabilidad inmediate (págs. 563 - 567)

Ahora bien, respecto de otros caracteres propios de las cautelares: la mutabilidad o flexibilidad, su dictado inaudita parte y el grado de conocimiento judicial para decretarlas, es menester efectuar algunas distinciones. Como se recuerda la tutela susceptible de ser anticipada es aquella constitutiva del pedido formulado en inicio, que puede ser anticipada en todo o en parte y aquí hay una absoluta identidad entre la tutela pasible de anticipación y el pedido efectuado por el actor, y no puede el juez pronunciarse ni *ultra* ni *extra petita*. Como consecuencia de ello y por aplicación del principio de congruencia que vincula necesariamente el contenido del pedido y la sentencia –de observancia imprescindible para la

anticipación de tutela-, hace que no proceda su reemplazo por una tutela diferente a la pedida, lo cual implica que no rige a su respecto la condición de medidas mutables o flexibles.

Cabe también señalar que esta medida no se decreta inaudita parte, sino, por el contrario, luego de trabada la litis. Por último debe destacarse que para decretarlas se requiere que haya apariencia de daño irreparable o de difícil reparación y habrá también probabilidad de ineficacia de la sentencia final. Es decir que, a diferencia de las cautelares típicas, no requiere sólo un grado de apariencia, ni tampoco el grado de certeza como sucede en la sentencia definitiva, sino que es menester un estado de conocimiento intermedio que se ha dado en llamar certeza provisional.

En este sentido, se señala que esta medida otorga preponderancia a la actividad del juez quien debe atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa originaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño; y todas las demás circunstancias que le llevan a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión (Berizonce, 1996).

Medida anticipatoria es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable (Peyrano, 1999). Un clásico ejemplo es la pensión de alimentos provisional que establece el Juez de la Niñez y Adolescencia en el auto de calificación de una demanda de pensiones alimenticias, toda vez que la reforma al título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 643 del 28 de Julio de 2009 claramente establece en su artículo innumerado 2 que:

El derecho de alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna, lo que

demuestra que la falta oportuna de la provisión alimentaria (tutela anticipada) atentaría de forma directa con causar un daño irreparable a la vida con lo cual cumple el presupuesto antes citado de irreparabilidad del derecho invocado.

Son cuatro los presupuestos de procedencia y pueden resumirse de la siguiente manera:

- Prestación de contracautela;
- Que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles;
- Prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente, recaudo que revela que es menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta;
- La concurrencia de una suerte de plus del requirente por sobre el peligro en la demora corriente en las medidas cautelares. En efecto: aquí se exige, además, la existencia de una situación conexas que aqueje al requirente (riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación o la circunstancia de que resulte ser víctima de un abuso de derecho de defensa por parte de la contraria) (Peyrano, 1999, pág. 5)

Por último es importante recordar que puede encontrarse antecedente respecto de la potestad genérica del juez para dictar medidas cautelares innominadas y de urgencia (Calamandrei, 1994, págs. 58 – 59). El citado autor señaló que las providencias cautelares pueden asumir diversas formas que – estima- cabe reducir a cuatro tipos:

- Las providencias instructorias anticipadas (conservatorias de pruebas);
- Las providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada;
- Las decisiones anticipadas y provisorias de mérito (tutela anticipada), y;
- Providencias que imponen cauciones judiciales.

A su entender, “el tercer grupo está compuesto por providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta”. Además mencionó:

La providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisorio del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisorio de la relación controvertida se sobreponga la

regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario (Calamandrei, 1997, págs. 58 - 59).

Antecedentes en el Derecho Comparado y Tratamiento Doctrinario

La Tutela Anticipada en la Legislación Brasileña

En el Ecuador, el art. 273 del C.P.C. (según reforma por ley 8952/94) prevé el instituto nominado como *Anticipación de la Tutela*, sin embargo es menester acotar que el artículo de referencia no está ubicado dentro de los procesos cautelares sino entre las disposiciones generales de los procesos de conocimiento –lo que nos alerta acerca de que su naturaleza no es precautoria-, concluyese de ello que no es un procedimiento accesorio o instrumental de otro principal, sino que dentro del mismo proceso principal se postula y obtiene resolución anticipatoria. Dicha resolución en vez de asegurar la futura realización de un derecho (lo que es propio de lo cautelar) lo efectúa en el mismo derecho material sometido a juicio y antes de que éste finalice; el mencionado dispositivo establece que:

...El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: 1) Exista fundado temor de daño... (Peyrano, 1998, págs. 163-788).

Así mismo:

...El requirente debe prestar contracautela y si obtiene el dictado de la sentencia anticipatoria, ella se insertará dentro del proceso principal que seguirá su trámite, no representando una incidencia separada. El trámite principal seguirá su curso, y la sentencia de mérito revocará o confirmará la sentencia anticipatoria... (Peyrano, 1998, págs. 169- 1345)

La Tutela Anticipada en el Ámbito del Contencioso Administrativo.

Introducción

El derecho comparado registra antecedentes legislativos relacionados a medidas cautelares en el ámbito del proceso administrativo, con respecto a la tutela

anticipada así como referido a las medidas cautelares positivas. Ello como consecuencia de una corriente de pensamiento que ha llevado a la generalización – en la Unión Europea- de la técnica de habilitar una justicia provisional inmediata y rápida, dejando la justicia definitiva remitida, ya sin grave daño, a los largos y dilatados procesos.

El Derecho Contencioso - Administrativo Francés

A modo de reseña histórica, cabe recordar que el Derecho Administrativo surge de la Revolución Francesa y se expande enseguida por todo el continente. La poderosa Administración que se alza de una manera un tanto sorprendente de la Revolución Francesa; adviene porque ha absorbido todos los poderes que coexistían con el Rey absoluto, teniendo que organizar un vasto sistema de servicios públicos para hacer frente a la igualdad de condiciones que la Revolución insta. Esta Administración tuvo que ser, a partir de entonces -ésta es una novedad formidable en la historia del Derecho-, una Administración legalizada, organizada desde la Ley y cuya función era servir los intereses generales, pero dentro de los ámbitos que la ley de una manera previa le reserva. Pero además ocurre que al lado de la Ley están los derechos fundamentales, los derechos del hombre y del ciudadano, en la terminología revolucionaria, el segundo gran eje de la concepción revolucionaria.

Hacia una nueva justicia Administrativa; considera que: El ciudadano no es un simple destinatario de la acción administrativa, está en el origen del poder; lo hemos visto puesto que suya (mediante la representación política) es la creación legal. Pero, a la vez, es cada uno titular de un conjunto de derechos fundamentales cuya formulación clásica se hará tempranamente en la famosa Declaración de 1789; del cruce de esos dos principios: legalidad de la Administración y posición del ciudadano como sujeto de derecho y de libertades, surgirá el Derecho administrativo. (García, 1989, págs. 43 - 45).

Sin embargo el derecho francés a partir del dictado del Decreto 907 –art. 2º- del 2 de setiembre de 1988-que añadió un nuevo párrafo al art. 102 del Código de Tribunales Administrativos-, introduce una innovación importante en materia

cautelar, con lo que se consolida el ámbito de protección cautelar en el contencioso-administrativo a través del référé provision que permite imponer a la Administración medidas de contenido positivo. Cabe destacar también que el art. 3º del Decreto sólo permite suspender en apelación o en casación un auto que acuerde el référé-provisión si de su ejecución pudieran derivarse consecuencias difícilmente reparables o si los motivos alegados en su contra parecen serios dado el estado de la instrucción, de modo que permitan suponer la desestimación de la demanda.

Frydman Patrick (2000) mencionó que “existe otro procedimiento de reciente creación que se introdujo en 1992 denominado petición de urgencia precontractual”. Permite al juez suspender preventivamente la conclusión de un contrato público. Cabe concluir, que en cuanto al procedimiento a seguir que las peticiones de urgencia, están caracterizadas por una gran flexibilidad en la instrucción, como consecuencia del carácter urgente del procedimiento y que en el contencioso administrativo francés funciona globalmente bastante bien. (págs. 1 - 3)

El Derecho Contencioso - Administrativo Español

Hacia una nueva justicia administrativa refiere a las nuevas tendencias en el sistema español en relación con las posiciones entre el ciudadano y la Administración Pública y alude al conjunto de preceptos jurídicos acogidos por la norma constitucional que es la base que organiza el sistema institucional y atribuye los verdaderos derechos. Advierte asimismo un cambio radical a través del tiempo en la situación básica del Derecho Administrativo, la relación entre Administración y Administrado. La tradición era la superioridad de la Administración por una razón posicional que derivaba de una suerte de superioridad cuantitativa: la administración sería el titular del interés general y el ciudadano sería el titular de un interés particular. Sin embargo, los derechos fundamentales que tienen por sí mismo carácter de valores superiores del ordenamiento (art. 1 de la Constitución española) hacen que éstos prevalezcan incluso frente a la pretensión de superioridad

posicional que la Administración tiene el hábito de invocar. (García, 1989, págs. 43 - 45).

Indicó García de Enterría que el nuevo paradigma del derecho administrativo reside en la tutela judicial efectiva y que pone de resalto el artículo 24, párrafo 1 de la Constitución española que expresa que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión” (coincidente con el artículo 75 de la Constitución del Ecuador).

En la actualidad la Ley 29 del 13 de julio de 1998, Reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa resalta las medidas cautelares innominadas en el Título II, Capítulo II en los arts. 129 a 136 establece que los interesados en el procedimiento contencioso administrativo podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Refiere también a que si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el momento de la interposición de la demanda. La medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de las disposiciones pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Agrega que la medida podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. (De La Rocha, 1999, págs. 192 - 194).

La normativa transcrita evidencia que la legislación española admite la posibilidad del otorgamiento provisional de lo solicitado en el ámbito del contencioso administrativo, lo cual no ocurre en el caso ecuatoriano debiendo en muchos casos el administrado recurrir a la justicia cautelar constitucional a fin de suspender los efectos nocivos, lesivos o dañosos de la ejecución de un acto administrativo en tanto se pronuncie sobre lo principal el Tribunal que conozca del asunto de fondo.

Las Medidas Cautelares en el Derecho Italiano

El código peninsular en punto a los procesos urgentes consagró el proveimiento de urgencia en una norma específica, el art. 700 del C.P.C. Cabe señalar que las medidas a disponer por el magistrado no revisten carácter cautelar, pues al acordar una tutela anticipada lo hace porque luego de efectuar un juicio suficiente de probabilidades estima que existen razones suficientes como para conceder al momento del planteo, lo que debería ser admitido al final –en la sentencia de mérito– pero que si se postergara, el derecho que demanda protección quedaría desconocido en grado irreparable. El trámite del proceso continúa, sin embargo hasta la sentencia final. (Morello, Eisner, & Kaminker, 1996, págs. 62 - 63).

En una reforma introducida por la ley 353/90 prevé la admisibilidad de dos proveimientos específicos que actúan a modo de tutela anticipatoria. Ellos son:

- La ordenanza por el pago de suma no contestada (puede disponer el juez hasta el momento final de la fase instructoria, para ordenar el pago de sumas no contradichas), y;
- La ordenanza de *ingiunzione* a favor del acreedor de una suma de dinero o cantidad determinada de cosa fungible cuando el crédito está fundado en títulos de particular valor, o si existe peligro de grave perjuicio en la demora.

Vargas (1996) manifestó que “en ambos supuestos es necesario que el derecho consista en prueba escrita” (págs. 881 - 882). La Jurisdicción anticipatoria en la Ponencia presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal; considera que los procedimientos señalados han sido aplicados por la jurisprudencia italiana hasta en materia contencioso administrativa, con relación a los actos de la administración, los *guidizio di ottemperanza*. En síntesis, la doctrina y jurisprudencia italiana han ido configurando un proceso cautelar amplio que

permite al Juez adoptar cualquier medida idónea para garantizar la tutela, frente a cualquier acto administrativo, incluido los negativos (Rivas, 1995, pág. 20).

Aplicación en el Ámbito Argentino

Se comenta que:

El Estado tiene la obligación de administrar justicia y no puede desentenderse de las consecuencias dañosas que la lentitud de un proceso pueda provocar. Recuerda –evocando a Lino Palacio- que dado que la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o ejecución es materialmente irrealizable, la ley debe prever que durante el tiempo que corre entre la interposición de la demanda y la emisión del fallo final, pueden acaecer hechos u observarse conductas que generen la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia o la tornen inoperante. De ello concluye que el fin de la providencia consiste así, en el aseguramiento de la eficacia práctica de la providencia definitiva, revistiendo, por ende, un marcado carácter instrumental en tanto su sentido deviene en general de su preordenamiento a la emisión de la resolución definitiva, siendo su objetivo, en todos los casos, la efectividad práctica de la función jurisdiccional (Comadira, 1994 - C, págs. 699 - ss.)

De ello concluye que la medida cautelar –en estos términos- se muestra como un anticipo de sentencia de mérito, como un adelanto provisorio de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos acordada a quien, con verosimilitud en su pretensión y previa y adecuada contracautela, acredita que el lapso del proceso puede generar la imposibilidad del cumplimiento de la sentencia o ineficacia de ésta.

Cabe recordar que no existe en el orden federal un Código en lo Contencioso Administrativo, aplicándosele a las causas de esa índole las disposiciones prevista en el Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación. Una cabal demostración de ello lo revela especialmente la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo

y también la de la Corte Suprema cuando tiende, en general, a encuadrar la suspensión cautelar del accionar administrativo en las previsiones del Código citado relativas a la medida de no innovar y las cautelares genéricas (arts. 230 y concordantes).

Un caso típico de tutela anticipada fue resuelto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el leading case *Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf SRL y otros*, donde la Corte haciendo un uso anómalo, pero eficiente, de la medida cautelar innovativa consagró, pretorianamente, bajo el ropaje de dicha cautelar a un verdadero anticipo parcial de la tutela de mérito y traspoló (sin decirlo) a nuestro medio los recaudos legalmente exigidos por el art. 273 de la legislación procesal brasileña para habilitar el dictado de una sentencia anticipatoria. (CC.S.J.N., Fallos 320 , 1997). Las recientes innovaciones brasileñas en Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart. (Peyrano, 1999, pág.131).

Con este pronunciamiento ha marcado un antecedente de extremo valor a la hora de invocar el dictado de una tutela anticipatoria, si bien utiliza una denominación jurídica incorrecta (medida cautelar innovativa), al fallar, no hace sino otorgar un anticipo de jurisdicción, lo cual constituye, sin duda un importante avance hacia la meta tan ansiada de un proceso justo, mediante soluciones oportunas y tempranas, que despojen al juicio de su clásica morosidad y falta de efectividad y, por otra parte cubre un vacío legislativo específico respecto al tema en análisis en el orden federal.

Cabe recordar que la medida innovativa es la cautela excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existentes antes de la petición de su dictado y a diferencia de otro tipo de medidas, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer en sentido contrario al representado por la situación existente. Cabe añadir que ante la ausencia de regulación específica de la medida innovativa por el ordenamiento procesal, su admisibilidad puede concluirse acudiendo al art. 232 del Código Procesal. (Conf. CNCiv. Sala H, 1998, págs. 8 - 10),

Por otra parte, la cautela material, JA, 1992-IV, 314/318; para su otorgamiento –tal como sostuvo Morello – corresponde ser estricto y severo en la apreciación de

los recaudos exigibles para su viabilidad, pues al acordarse la misma, la acción base, prácticamente ya ha sido juzgada, estimándosela como si se hubiera ganado. Ahora bien, recordaremos que en el proceso administrativo el dato material está constituido por un conflicto entre partes que portan intereses jurídicos diferentes en el cual mientras que el particular necesita, en principio, someter sus pretensiones declarativas y ejecutivas a la decisión judicial; la Administración, en cambio - aunque también en principio- no sólo puede tutelar sus intereses per se, sino además actuarlos coactivamente. Ello así habida cuenta la presunción de legitimidad del actuar de la Administración.

Más allá de los fundamentos que se asigne a esta presunción – para unos razones de orden estrictamente práctico derivadas de la necesidad de asegurar el accionar continuo e ininterrumpido de la Administración (Mairal), y para otros una manifestación de la presunción de validez propia de los actos estatales (Fiorini)- se ha atribuido a ella, entre otras, las siguientes consecuencias:

- No es necesario que la justicia declare la validez de los actos administrativos, con carácter previo a su exigibilidad;
- Tales actos no podrían ser anulados de oficio por los jueces;
- Sería necesario, siempre, alegar y probar la ilegitimidad;
- El particular debe obedecer el acto, y;
- Entre dos interpretaciones posibles se debe escoger la que más favorezca a la validez del acto.

Comadira Julio Rodolfo consideró esta especial modalidad del accionar administrativo, ha determinado, en términos generales, la referencia de la tutela cautelar administrativa sólo a la suspensión de la ejecución del acto administrativo. A la presunción de legitimidad debe agregarse la de ejecutoriedad del acto administrativo. Juan Bosch hace referencia a la noción de ejecutoriedad dada por Borio quien entiende que es “la facultad de que gozan los entes estatales que ejercen función administrativa para disponer por sí mismos, sin intervención del órgano judicial, la realización o cumplimiento del acto administrativo”.

Acerca de la suspensión de los efectos del acto administrativo, Diario La Ley mencionó que en atención a que el acto administrativo se presume legítimo es que posee fuerza suficiente para ser ejecutado sin el auxilio o la intervención de los jueces (Bosch, 1996, págs. 1 - 2). Dadas las particularidades del acto administrativo a las que referimos precedentemente la suspensión del acto administrativo sólo procede excepcionalmente. Al respecto, Dromi (2004) señaló que son tres las vías que se pueden seguir para suspender un acto administrativo:

- Los recursos administrativos;
- Las medidas cautelares, y;
- La acción de amparo. Respecto a los requisitos de la procedencia de estas medidas, se halla condicionada, como principio, a que se demuestre: (Dromi, 2004, págs. 206 - 207).

La apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien lo solicita (*fomus bonis iuris*) que no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud; aún más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquellos que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad. Sin embargo, en virtud de la presunción de validez de la que están investidas primas *facie* los actos de los poderes públicos la verosimilitud del derecho exigida para quien solicita su suspensión, se apreciará con mayor estrictez dado que cualquier medida de no innovar o innovativa es de carácter excepcional en el ámbito de la Administración Pública.

Peligro en la demora (*periculum in mora*), que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda en los hechos realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperante.

Cabe agregar que si bien es cierto que existe jurisprudencia en el sentido de que los dos requisitos mencionados se hallan relacionados de modo tal que a mayor peligro en la demora no cabe ser tan exigente con la acreditación de la verosimilitud del derecho y viceversa, ello es posible cuando, de existir realmente el peligro en la

demora se haya acreditado en forma mínima la verosimilitud del derecho invocado. Pero, por otra parte, la procedencia de la medida cautelar está subordinada a una estricta apreciación de los requisitos de admisión de los que surja acreditada *prima facie* la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto para un cuidadoso resguardo del interés público comprometido.

Las medidas cautelares sólo pueden decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien debe proporcionar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho conforme el art. 199 del Código Procesal y es el juez –conforme su discreción y prudencia– quien debe graduar la cantidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso, siempre que su monto no torne ilusorio el derecho del peticionante.

Existencia de perjuicios graves: cuando la medida cautelar solicitada tiende a alterar el estado de hecho o derecho existente antes de la petición de su dictado, es decir, tratándose de una cautelar innovativa, su apreciación debe ser estricta, porque su otorgamiento va más allá de que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis. Dado que es una decisión de aplicación restrictiva y de carácter excepcional por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificado el requerimiento de la acreditación de perjuicios graves, en razón de la presunción de validez de que están investidos *prima facie* los actos de los poderes públicos.

No afectación del interés público: En los litigios contra la Administración pública o sus entidades descentralizadas, además de los presupuestos de las medidas de no innovar en general establecidos en el art. 230 del Código Procesal, se requiere específicamente que la medida solicitada no afecte un interés público al que deba darse prevalencia. Cabe aclarar que no se trata de la afectación de un interés genérico, sino de un interés concreto y específico, vinculado directamente con las circunstancias del caso planteado, cuya ponderación, impone un balance entre el daño a la comunidad y el que le ocasiona a quien demanda la suspensión.

Con lo expuesto cabe concluir que en el ámbito ecuatoriano ante la ausencia de un ordenamiento procesal administrativo que contemple la suspensión del acto administrativo impugnado judicialmente, se admite la procedencia de una petición de medida cautelar constitucional.

Algunas conclusiones preliminares:

- Se define a la tutela anticipada como aquella medida que cumple una función de satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable.
- Si bien posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas (instrumentalidad, provisoriedad, no causa prejuzgamiento y es de ejecutabilidad inmediata); ciertamente gozan de particularidades que le son propias.
- Ello así, el dictado de una sentencia anticipatoria presupone un conocimiento en grado de *certeza provisional* del derecho invocado en la demanda y la *irreparabilidad del perjuicio* en el caso de subsistir la tardanza en el otorgamiento.
- Esta figura jurídica (expresa y ampliamente prevista en el derecho brasileño) marca un nuevo rumbo tendiente a dar una solución de urgencia ante requerimientos que no admiten demora.
- De los antecedentes en el derecho comparado, dentro del ámbito administrativo, cabe destacar que las medidas cautelares positivas han sido receptadas legislativamente en Francia, a través del *référé-provisión* en las pretensiones de responsabilidad administrativa. Esta legislación influyó también en Italia y España –entre otras- las que en la actualidad otorgan amplios poderes cautelares a los jueces –aún en materia de derecho administrativo-, para la efectiva protección judicial en defensa y tutela de los derechos fundamentales del administrado.
- En el ámbito administrativo ecuatoriano, si bien la tutela anticipada es operativa aún en ausencia de texto legal específico a través de la aplicación

analógica de la medida cautelar genérica o innominada; lo lógico sería, ante la proliferación de pronunciamientos judiciales que hacen lugar a la medida –sin perder de vista las especiales circunstancias del caso dado la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos- el rápido implemento de una legislación que permitan un trámite adecuado sin necesidad de recurrir a artificios que atentan contra los principios de derecho de certeza y seguridad jurídica. En definitiva, una nueva ley de la jurisdicción contenciosa administrativa que contemple la posibilidad de este tipo de medidas lo que a su vez permitirá evacuar la carga procesal que tienen las Salas Especializadas en calidad de Sala de Apelación de las medidas cautelares constitucionales interpuestas por los administrados a falta de una ley ordinaria que las permita.

- Resta decir que, aún dadas las particularidades que rodean el ámbito del proceso administrativo, es imperioso el reconocimiento de la tutela anticipada para la protección de los derechos fundamentales -garantizados en la Carta Magna- que, según las circunstancias del caso pero en momento oportuno, tienden a evitar un daño irreversible.

El Derecho Norteamericano.- Las injunctions.- Definición, clases y aspectos generales

Una *injunctions* es una orden personal dirigida al demandado para que actúe o deje de actuar de determinada manera. Es un instrumento extremadamente poderoso, a punto tal, que la desobediencia permite ejercer el denominado *contempt power* que autoriza a multa o, incluso, encarcelar al rebelde. Las *injunctions* deben ser obedecidas hasta tanto no sean revocadas y aunque hayan sido ordenadas erróneamente o por jueces incompetentes.

Cuando la *injunction* prohíbe realizar cierta actividad se denomina *prohibitory injunction* en tanto que cuando ordena llevarla a cabo se llama *mandatory injunction*. A estos fines, resulta poco relevante la forma y el lenguaje de la orden judicial desde que una *prohibitory injunction* desde el punto de vista formal puede

operar como un mandato que impone la realización de una determinada conducta. En algún tiempo existió cierta tendencia, hoy desaparecida, a otorgar con mayor renuencia las *mandatory injunctions* que las *prohibitory injunctions*, salvo cuando aquellas se requirieran en el marco de un proceso unilateral en cuyo caso se considera que una orden en ese sentido es demasiado severa o prematura.

Aunque el otorgamiento o denegación no depende ya de la distinción entre *prohibitory – mandatory injunctions*, existen algunas diferencias procesales entre ellas. Una muy importante es que las primeras no son suspendidas durante el trámite de la apelación, en tanto las segundas sí lo son pero, desde que la *injunction* puede ser *prohibitory* en cuanto a su forma pero *mandatory* en cuanto a sus efectos, este criterio ha generado algunas dificultades.

El procedimiento

Independientemente de la distinción entre *prohibitory* y *mandatory injunctions*, las *injunctions* pueden clasificarse en:

- *Permanent injunctions*;
- *Preliminary injunctions*, llamadas también *interlocutory* o *temporary injunctions*; y,
- *Temporary restraining orders*.

Esta clasificación no se basa en la forma o en el contenido, sino en el procedimiento que conduce a dictarlas. Las *permanent injunctions* es la orden que se alcanza luego de sustanciado el proceso con amplias posibilidades para ambas partes de ofrecer y producir prueba. Es permanente no en el sentido de que no puede ser modificada o dejada sin efecto, sino en el sentido de que procura una solución definitiva de la disputa antes que una de alcance temporario. Las *preliminary injunctions* son emitidas luego de que ha sido sustanciada una audiencia informal con intervención del demandado pero con un ámbito de discusión y producción de pruebas limitado. En protección del demandado el actor debe acreditar una fuerte

posibilidad de éxito en la disputa y ofrecer contracautela suficiente para satisfacer los daños que su otorgamiento erróneo pueda ocasionar. La *temporary restraining order* es emitida sin noticia del demandado (inaudita parte) y es considerada un instrumento más peligroso que la *preliminary injunction*. Al igual que en ésta el actor deberá acreditar la verosimilitud del derecho (*fumus bonis uiris*) y dar caución suficiente. Pero, además, debe demostrar por qué la necesidad de obtenerla es tan imperiosa que impide un traslado del pedido al demandado. Es concedida por un plazo que nunca es superior a los diez días y la regulación procesal contempla la posibilidad de que, al mismo tiempo que el actor persigue su otorgamiento podrá solicitar una *preliminary injuntion* que, como se dijo, sólo es emitida tras la debida intervención del demandado.

Crterios para el otorgamiento o denegación de las *injunctions*

La Protección Cautelar Frente al Estado, considera en primer lugar, el actor para obtener una *injunction* a su favor debe acreditar que los remedios legales que se encuentran a su disposición resultan inadecuados. Esta exigencia –denominada *adequacy*- tiene su origen en la existencia histórica de dos jurisdicciones, las *Courts of Equity* y las *Common Law Courts*. La estricta adhesión de estas últimas a la ley dejaba sin protección muchas situaciones, lo que originó en su tiempo en Inglaterra, que el Rey autorizara al Chancellor a administrar justicia en dichos casos. Estas dos jurisdicciones también se repitieron en Estados Unidos hasta que finalmente fueron fusionadas en un único órgano judicial. (Vallefín, 2010, págs. 40 – 43).

Mayor interés para el propio derecho ofrecen las otras reglas que gobiernan el otorgamiento de las *injunctions* que podrían compendiarse así:

- No son concedidas sino para prevenir la consumación de un daño irreparable;
- No se otorgan sino en el caso de que exista una clara evidencia sobre los méritos del asunto;

- Su propósito es tanto evitar que se consumen daños serios o irreparables para el actor, como preservar la situación de modo tal que una decisión eficaz, para cualquiera de las partes, pueda ser alcanzada con la sentencia;
- El tribunal debe balancear las privaciones –*balance of hardships*- que el otorgamiento o la denegación provocan en el actor o en el demandado;
- Todos estos factores deben ser más severamente evaluados cuando el actor solicita el dictado de una *injunction* en un trámite que se sustanciará sin la intervención del demandado.

No obstante los muchos estándares que utilizan los tribunales, la mayoría de los autores están de acuerdo en que son dos los principios que predominan:

- Los jueces son cautos en otorgar *injunctions* con base en un conocimiento sumario de la cuestión controvertida, y;
- El examen se focaliza en la extensión del daño irreparable que pueden sufrir las partes. Con palabras de la jurisprudencia: Un tribunal considerando el pedido de una *preliminary injunction* formulado por el actor debe examinar si:
 - Existe una sustancial posibilidad de que el autor triunfe en el fondo del asunto;
 - El actor sufrirá un daño irreparable si la *injunction* no es concedida;
 - La *injunction* dañará a terceros, y;
 - El interés público será promovido con el otorgamiento de la *injunction*.

Estos factores se interrelacionan y deben ser balanceados recíprocamente si los argumentos con relación a un factor son particularmente fuertes, la *injunction* debería ser otorgada aunque los argumentos en los otros aspectos sean débiles en alguna medida.

El balance of hardships

Si el tribunal ha comprobado que se encuentren acreditados la verosimilitud del derecho –*likelihood of success on the merits*- y el peligro en la demora –*irreparable injury*- y que el interés público será promovido con el dictado de la *injunction*,

efectuará aún un último análisis. Es el denominado *balance of hardships* que consiste en evaluar las privaciones que sufrirá el actor si la *injunction* es denegada con relación a las que sufrirá el demandado si aquélla es concedida. En nuestro medio no es otra cosa que un test de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sobre el punto pueden advertirse dos posiciones. Una minoritaria que sostiene que las privaciones no deben ser consideradas cuando el actor ha sido sustancialmente afectado en sus derechos por la conducta ilegítima del demandado.

El ejemplo clásico – expuesto por la doctrina norteamericana- el actor que persigue el dictado de una *injunction* contra el vecino que ha levantado una construcción en su terreno –*encroachment*- obtendrá, lisa y llanamente, la orden de demolición. Pero, desde el punto de vista mayoritario el tribunal evaluará si las privaciones que sufrirá el demandado pesan más que los beneficios que obtendrá el actor con su dictado y, eventualmente, podrá denegarla. No obstante también considerará si el demandado ha actuado deliberadamente o de mala fe, en cuyo caso, cualesquiera sean las privaciones, la *injunction* será concedida (Vallefín, 2010, pág. 41).

O, para describir mejor esta práctica, supóngase el caso de un agente del gobierno federal que cuestiona la legitimidad del traslado de su lugar de trabajo dispuesto por la autoridad competente. Los jueces razonarán así:

Luego de veinticinco años de prestar servicios ejemplares en las oficinas de Boston, la actora pide simplemente que se mantenga el statu quo pendente lite. Ella pide esto no solamente porque el traslado discutido podría causar su propio desarraigo sino porque ella es también tutora de su nieto asmático, cuya madre vive en Boston y el Traslado a San Francisco podría generar serios obstáculos en su esfuerzo por reunir su nieto con su madre. Por el contrario, el daño al gobierno sería mínimo si la *injunction* se otorgara: el Department of Health and Human Services debería simplemente ordenar aquello que tiene competencia para hacer y mantener a la actora con su remuneración y cargo en las oficinas de Boston hasta que el fondo del asunto

sea resuelto. Ni el organismo cuya conducta se cuestiona ni el gobierno en general será forzado a detener el proceso de reorganización y de mejoramiento de la eficiencia estatal, fantasma que cándidamente invocó para oponerse al otorgamiento de la *injunction*. Los inconvenientes del gobierno no pueden en manera alguna pesar más que el daño potencial a la actora y al interés público (Vallelín, 2010)

En síntesis, en la tarea de decidir el otorgamiento de una *injunction* –concluyó que “el corazón del asunto es determinar si el daño causado al actor sin la *injunction*, visto esto a la luz de la verosimilitud del derecho, pesa más que el daño que la *injunction* le causará al demandado” (Vallelín, 2010, pág. 41).

Modelando la *injunction*

Si tras examinar todos los requisitos para su procedencia un tribunal encuentra que debe emitirse una *injunction* favorable al actor, resta, todavía, fijar los alcances y modalidades de su ejecución. La jurisprudencia en este sentido es muy rica e inclinada a graduar la intensidad del mandato judicial conforme a las circunstancias del caso. Por ejemplo, en el caso de una demanda interpuesta persiguiendo la cesación de ruidos molestos, una *injunction* puede prohibir:

- Lisa y llanamente la producción de ruidos;
- El funcionamiento de determinados motores;
- El funcionamiento de determinados motores que superen determinado nivel de decibeles;
- El funcionamiento a partir de determinado horario;
- El desarrollo de todo tipo de actividad. Podrían añadirse otras posibilidades, como la de conferir al demandado un plazo para la instalación de la tecnología necesaria para disminuir o cesar en los ruidos; la de informar periódicamente sobre la marcha de los trabajos emprendidos, entre otros.

Lo anterior, en el caso ecuatoriano se podría traducir al artículo 33 inciso tercero de la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional que

dice “en el caso de que la jueza o juez ordene las medidas correspondientes, especificará e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse”.

Otras cuestiones que deben considerarse

Ante las courts of equity se desarrollaron dos doctrinas que sirven de defensa para impedir el otorgamiento de una injunction. La primera se denomina *laches* que se aplica cuando el actor deduce la demanda con una irrazonable dilación que perjudica al demandado. No interesa, en este sentido, que la demanda haya sido interpuesta antes del plazo de prescripción. Lo que se aprecia es, desde un punto de vista ético, el motivo de la inacción. Esta se considera desde que el actor tuvo conocimiento de la violación del derecho cuya protección reclama. El tiempo que debe haber transcurrido para que esta defensa pueda ser invocada depende de las circunstancias del caso y es necesario que concurren los dos extremos, esto es, la dilación y el perjuicio para el demandado. Esta doctrina coloca el acento más en los efectos del paso del tiempo que en el paso del tiempo mismo. Finalmente, hay quienes encuentran en una de las máximas de equidad, *Equity aids the vigilant, not those who slumber on their rights*, una adecuada síntesis del contenido y espíritu de esta doctrina (Vallefín, 2010, pág. 41).

La segunda es la *clean hands* doctrine bajo cuyos principios el actor no obtendrá el dictado de una injunction o cualquier otro remedio judicial si su conducta anterior ha violado principios éticos o ha sido contraria a la buena fe. Claro está que no se trata de examinar la conducta del actor en otros campos de su actuación o averiguar su reputación general. Lo que interesa no es que las manos del actor estén sucias, sino que se las haya ensuciado para adquirir el derecho cuya protección reclama. Sin embargo, en ocasiones, esta doctrina puede ser desplazada por razones de interés público, en cuyo caso aun el actor con manos sucias podrá obtener la protección judicial que reclama (Vallefín, 2010).

Las Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH. Esta norma establece que en casos de gravedad y urgencia, y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la CIDH podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas. Si la Comisión no estuviere reunida, el Presidente o a falta de éste, uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría con los demás miembros sobre la aplicación de esta norma. Si no fuera posible hacer la consulta dentro de un plazo razonable de acuerdo a las circunstancias, el Presidente tomará la decisión en nombre de la Comisión y la comunicará inmediatamente a sus miembros.

Conforme al procedimiento establecido, la CIDH podrá solicitar información a las partes interesadas sobre cualquier asunto relacionado con la adopción y vigencia de las medidas cautelares. En cualquier caso, el otorgamiento de este tipo de medidas por parte de la CIDH no constituye prejuzgamiento alguno sobre una eventual decisión sobre el fondo del asunto.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 25. Medidas cautelares.-

1. En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente.

2. En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares a fin de prevenir daños irreparables a personas que se encuentren bajo la jurisdicción de éste, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.

3. Las medidas a las que se refieren los incisos 1 y 2 anteriores podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables.

4. La Comisión considerará la gravedad y urgencia de la situación, su contexto, y la inminencia del daño en cuestión al decidir sobre si corresponde solicitar a un Estado la adopción de medidas cautelares. La Comisión también tendrá en cuenta:

- si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse;
- la identificación individual de los potenciales beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen;
y
- la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios cuando la solicitud sea presentada a la Comisión por un tercero, salvo en

situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada.

5. Antes de solicitar medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, a menos que la urgencia de la situación justifique el otorgamiento inmediato de las medidas.

6. La Comisión evaluará con periodicidad la pertinencia de mantener la vigencia de las medidas cautelares otorgadas.

7. En cualquier momento, el Estado podrá presentar una petición debidamente fundada a fin de que la Comisión deje sin efecto la solicitud de adopción de medidas cautelares. La Comisión solicitará observaciones a los beneficiarios o sus representantes antes de decidir sobre la petición del Estado. La presentación de dicha petición no suspenderá la vigencia de las medidas cautelares otorgadas.

8. La Comisión podrá requerir a las partes interesadas información relevante sobre cualquier asunto relacionado con el otorgamiento, observancia y vigencia de las medidas cautelares. El incumplimiento sustancial de los beneficiarios o sus representantes con estos requerimientos, podrá ser considerado como causal para que la Comisión deje sin efecto la solicitud al Estado de adoptar medidas cautelares. Respecto de medidas cautelares de naturaleza colectiva, la Comisión podrá establecer otros mecanismos apropiados para su seguimiento y revisión periódica.

9. El otorgamiento de esas medidas y su adopción por el Estado no constituirá prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables.

Nótese que el texto del Pacto de San José es coincidente con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

MARCO METODOLÓGICO

TIPO DE INVESTIGACIÓN

Por su profundidad es descriptiva y explicativa

Descriptiva.- porque indaga la tutela preventiva con los alcances, principios y las reglas que la rigen en contraposición al derecho procesal civil.

Explicativa.- analiza e interpreta los alcances, los principios y las reglas en una forma exhaustiva de las medidas cautelares constitucionales (tutela preventiva) y la medidas cautelares civiles (reales y personales). Esto permitirá el conocimiento preciso de los términos objeto de estudio.

No experimental.- Porque no se manipularan las variables de esta investigación

Transversal.- porque esta investigación es de corto tiempo, es decir de seis (6) meses a un año; desde el momento de la aprobación y aceptación del tutor académico y metodológico.

Según datos obtenidos

MÉTODOS

Método Deductivo.- Se realiza el análisis de la información recopilada de esta manera se llegar a los puntos más importantes que deben solucionarse de inmediato.

Método de Síntesis.- Proceso de toda la información es decir que irá de lo simple a lo complejo, de la causa a los efectos, de la parte al todo, de los principios a las consecuencias.

Método de Análisis.- Permite que toda la información recopilada se dividirá en diferentes partes y hará una revisión exhaustiva y pormenorizada en forma cuidadosa cada una de las partes, identificando las partes de interés e importantes.

MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

La modalidad de esta investigación es de tipo cualitativa

Cualitativa.- porque pretende determinar lo que realmente representan en la legislación ecuatoriana la tutela preventiva, con sus alcances, sus principios y las reglas que la rigen en contraposición al derecho procesal civil.

TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

El instrumento que se aplicará en este trabajo investigativo es el Estudio de Caso; esto significa que se seleccionará el más relevante y realizará un análisis exhaustivo del mismo; como también será revisado por cuatro (4) jueces que hayan aplicado medidas cautelares constitucionales en casos de gran importancia; por tal motivo se elaborarán una serie de preguntas en una entrevista abierta; de esta manera se conocerá sus opiniones, criterios y recomendaciones de como en realidad deben ser aplicada y accionada del derecho de amparo; esto permitió efectuar la propuesta de esta investigación.

Estudio de Caso.- Este es un método exclusivo de cualquier investigación de tipo cualitativa, una de las características principales que son extensas e intensas que maneja la contribución de técnicas de valoración y el análisis para abstraer, concienciar, y debatir en torno a las diferentes características del desarrollo evolutivo y la permisible etiología de un caso determinado con fines diagnósticos e interventivo para lograr progresos favorables en relación con el estado inicial. (Pérez, 2012).

Entrevista Semi estructurada.- Este es un instrumento de se ubica dentro del contexto del enfoque cualitativo, sobre todo porque se lo considera de orden social; debido a que es un encuentro manejado por un entrevistador en el cual se implica una comunicación interpersonal con el entrevistado; en que se pretende recopilar datos, información, criterios y opiniones.

La entrevista semi – estructurada se la aplica para saber o conocer para el desarrollo de nuevas propuestas o para seguimiento de la misma; es decir para llegar a conclusiones definitivas que puedan permitir cambios significativos.

Entre las características principales de este tipo de investigación están:

- Se elaboran preguntas abiertas
- Permite relacionar temas
- Se requiere que el entrevistador este muy atento a lo que responde el entrevistado.
- Si el entrevistador no efectúa una escucha activa se podrá perder valiosa información. (Diaz, 2005).

POBLACION Y MUESTRA

Población.- Se consideró como población a Veinte (20) jueces que hayan atendidos casos de medidas cautelares constitucionales sobre todo que sean de gran relevancia; y más que nada tenga la disponibilidad de tiempo, para poder realizar un análisis exhaustivo y se les pueda efectuar la entrevista de esta manera conocer sus opiniones y criterios de diagnósticos de las medidas cautelares.

Muestra.- Para la selección de la muestra se hará uso de los criterios de selección es decir de inclusión y de exclusión; por tal razón se escogieron cuatro (4) Jueces que colaboraron en el análisis del caso para abstraer, concienciar, y debatir; con fines diagnosticar e intervenir para lograr una reestructuración de las medidas cautelares constitucionales que se aplican en el Ecuador; así como también tuvieron disponibilidad de tiempo para mesas de trabajos y de entrevistas.

Se decidió que los jueces seleccionados sean dos (2) de sexo femenino y dos (2) de sexo masculino; para que exista equidad de opiniones y criterios.

- **Criterio de Inclusión**

- Jueces – Juezas Constitucionales.
- Atendieron casos de medidas cautelares constitucionales.
- Conocimiento sobre medidas cautelares constitucionales.

- **Criterio de Exclusión**

- No Jueces Constitucionales.
- No Atendieron casos de medidas cautelares constitucionales.
- Desconocimientos de las medidas cautelares constitucionales.

**ESTUDIO DE CASO SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS,
VALORES Y SEGUROS CONTRA TERRABIENES S.A.**

RESOLUCIÓN.-

VISTOS: En mérito de la acción de personal número 1413-UPTH-KZF de fecha 09 de Febrero del 2015 y del sorteo reglamentario avoco conocimiento de la presente causa.- En lo principal, el pedido de medidas cautelares interpuestas por el Doctor XAVIER EMILIANO OQUENDO POLIT, en calidad de Procurador Judicial de la abogada Suad Raquel Manssur Villagrán, SUPERINTENDENTA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS debidamente acreditada con los documentos aparejados a esta petición cautelar llega a mi conocimiento por el sorteo reglamentario. A decir del actor en las inherencias propias a la actividad desarrollada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, contempladas por la

Constitución de la República, Ley de Compañías, leyes sucedáneas y reglamentos y normativas afines, se deviene como ineludible para este organismo de control, la supervisión irrestricta de las actividades emanadas de todas las sociedades mercantiles que se encuentran, por disposición de la Ley, bajo el marco de una verificación exegetica constante. Es con esta demarcación referencial que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros lleva a cabo inspecciones, ya sean estas acaecidas a petición de parte o de oficio, en las diferentes compañías que operan en el sector societario y bursátil del Ecuador, con la finalidad de verificar la correcta y absoluta aplicación de la normativa pertinente por parte de las compañías supervigiladas; lo cual, indefectiblemente coadyuva a proveer a la ciudadanía en general, un sistema societario y bursátil saludable, evitando, como no puede ser de otra manera, situaciones económicas – financieras y bursátiles que perjudiquen directa y denostadamente el interés general, expresamente mencionado como objetivo a salvaguardar en los términos descritos por el artículo 213 de la Carta Magna. Así tenemos, que se ha procedido por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros a la inspección de varias compañías pertenecientes a un mismo grupo económico; es decir que, existe entre estas sociedades mercantiles una vinculación indefectible de conformidad a la información contenida en los archivos físicos y digitales de este organismo de control; lo cual, implica de manera irrefutable, una actividad económica-financiera y bursátil unívoca en consideración a sus propietarios y generalizada en relación a sus resultados. En otras palabras, resulta incuestionable, tal como se demuestra con el análisis y detalle de la información que en líneas posteriores vendrá a su conocimiento, que los propietarios y regentes de las compañías inspeccionadas, mantienen dinámicas erradas y secuelas anómalas, similares en todas ellas. Cabe adicionar en este punto, que las compañías pertenecientes al mismo conglomerado familiar, sobre las cuales se han realizado inspecciones de conformidad con la Ley y normativa relacionada, son emisoras privadas del sector no financiero registradas en el Catastro Público del Mercado de Valores; lo cual implica, en términos muy

generales, que están autorizadas a generar obligaciones pecuniarias a futuro mediante la captación de capital privado de terceros inversores, en operaciones desplegadas reglamentadas en el mercado bursátil de nuestro país. Resulta pertinente señalar lo previsto por el artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, que menciona lo siguiente de las atribuciones y funciones de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.- Además de las funciones señaladas en la Ley de Compañías, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para efectos de esta Ley, ejercerá las funciones de vigilancia, auditoría, intervención y control del mercado de valores con el propósito de que las actividades de este mercado se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general, y tendrá las siguientes atribuciones:(...) 2. Inspeccionar, en cualquier tiempo a las compañías, entidades y demás personas que intervengan en el mercado de valores, con amplias facultades de verificación de sus operaciones, libros contables, información y cuanto documento o instrumento sea necesario examinar, sin que se le pueda oponer el sigilo bancario o bursátil, de acuerdo con las normas que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, exigiendo que las instituciones controladas cumplan con las medidas correctivas y de saneamiento en los casos que se dispongan; [...] 4. Velar por la observancia y cumplimiento de las normas que rigen el mercado de valores.- Con este escenario, se ha llevado a efecto por parte de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, inspecciones de control a las siguientes compañías: INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., ECUAFONTES S.A., ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO). Las compañías mencionadas, tal como se lo señaló de manera precedente, son de pertenencia de un mismo conjunto familiar, y denotan en cuanto a su actividad operacional financiera, una gestión de gobierno similar en todas ellas, con evidentes visos de lesividad para el interés general de todos los operadores del mercado bursátil y por ende, para la ciudadanía en general en calidad de referente primigenio y ulterior de la actividad económica

empresarial. En el informe No. SCVS.INMV.DNFCDN.15.016 de fecha 29 de enero de 2015, la Dirección Nacional de Fiscalización, Consultas y Desarrollo Normativo de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores, menciona que la compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., como operaria del mercado bursátil en calidad de emisora, ha sido autorizada a generar obligaciones en los siguientes términos: “2. Mediante Resolución No. SC-IMV-DJMV-DAYR-G-11-0003312 de junio 13 de 2011, se aprobó la emisión de obligaciones de la compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., y el contenido del prospecto de oferta pública, hasta por el monto de dos millones ochocientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 2.800.000,00) CLASE E y F. Dichos valores se encuentran registrados en el catastro público del mercado de valores bajo el número No 2011-2-02-00930. 3. Mediante Resolución No. SC-IMV-DJMV-DAYR-G-12-0003628 de 10 de julio de 2012, se aprobó la emisión de obligaciones de la compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., y el contenido del prospecto de oferta pública, hasta por el monto de tres millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 3.000.000,00) CLASE G. Dichos valores se encuentran registrados en el catastro público del mercado de valores bajo el número No 2012-2-02-01058. 4. Mediante Resolución No. SC-INMV-DNAR-14-0000848 de febrero 14 de 2014, se aprobó la emisión de obligaciones de la compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., y el contenido del prospecto de oferta pública, hasta por el monto de cuatro millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 4.000.000,00) amparado con garantía general y específica, bajo las características establecidas en las escritura pública. Dichos valores se encuentran registrados en el catastro público del mercado de valores bajo el número No 2014-2-02-01278.” Es decir que, el emisor, compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., fue autorizado a generar deuda su contra y a favor de terceros, captando capital fresco de inversionistas; por lo que, como es lógico pensar, las concepciones e inherencias propias de la obligación y su cumplimiento, en este caso en particular, son el acto más trascendental de la operación realizada en el mercado de valores. En el

mencionado informe de fecha 29 de enero de 2015, se concluye, entre otras cosas, lo siguiente: “5. En consecuencia, ante lo informado por la propia compañía emisora a esta Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y de los hechos determinados por la Dirección Nacional de Control en el informe No. SCVS.INMV.DNC.SECRA.15.024 de 28 de enero de 2015, y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Ley de Mercado de Valores, libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero y de lo prescrito en el primer artículo innumerado del segundo título innumerado a continuación del artículo 222 ibídem, numeral 6 en el que faculta a este Órgano de control intervenir a las entidades reguladas por la Ley de Mercado de Valores ‘con la finalidad de precautelar los intereses de los inversionistas, socios o accionistas, y terceros’ si ‘presumiera problemas o peligro de liquidez o de solvencia de los participantes’, inferimos que se ha verificado la causal prevista en el numeral 6 del artículo innumerado primero del título innumerado segundo ‘Intervención’ posterior al artículo 222 de la Ley de Mercado de Valores, libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, y en consecuencia corresponde intervenir a la compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A.”. La mención que se hace en el mentado informe No. SCVS.INMV.DNFCDN.15.016 en relación a un peligro de iliquidez o falta de solvencia de la compañía emisora de la obligación, deviene en que se infiera como procedente la medida administrativa de Intervención prevista en la causal descrita en el numeral 6 del artículo innumerado primero del título innumerado segundo posterior al artículo 222 de la Ley de Mercado de Valores, contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores. Con el basamento técnico – jurídico contenido el informe No. SCVS.INMV.DNFCDN.15.016 de fecha 29 de enero de 2015 de la Dirección Nacional de Fiscalización, Consultas y Desarrollo Normativo, el Intendente Nacional de Mercado de Valores, abogado Rafael Balda Santistevan, emite la Resolución No. SCVS.INMV.DNC.DNFCDN.15.0021 de fecha 29 de enero de 2015, en la cual se resuelve lo siguiente: ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR la

intervención de la compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., emisor privado del sector no financiero, con la finalidad de precautelar los intereses de los inversionistas, socios o accionistas, y terceros, especialmente a los inversionistas, por incurrir en la causal de intervención numeral 6 prevista en el primer artículo innumerado del segundo título innumerado a continuación del artículo 222 Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores. De conformidad con el segundo artículo innumerado del segundo título innumerado a continuación del artículo 222 Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores, esta medida solo durará el tiempo necesario para superar la situación anómala de la compañía.” La falta de liquidez o solvencia para cumplir con las obligaciones emitidas por parte de la compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., es un hecho que, sin dubitación alguna, genera incertidumbre en el mercado bursátil y afectación al interés general de la sociedad que requiere confianza inequívoca de los actores del Mercado de Valores en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones, puesto que es el capital de grandes y pequeños inversores, el que ha sido captado por parte de esta compañía, esperando que dicha confianza sea retribuida con creces en virtud del negocio pactado. No obstante, mediante comunicación ingresada con guía No. 2984 de fecha 28 de enero de 2015, el Doctor Jorge Ortega Trujillo, representante legal de la compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., informa lo siguiente: “...Por medio de la presente cúmplenos informarle que por limitaciones de liquidez provocadas por situaciones endógenas y exógenas de nuestra empresa INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., no estaremos en capacidad de cumplir con los pagos de los vencimientos de las obligaciones emitidas en años anteriores y que son exigibles a la presente fecha”. En el informe No. SCVS.INMV.DNFCDN.15.019 de fecha 30 de enero de 2015, la Dirección Nacional de Fiscalización, Consultas y Desarrollo Normativo de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores, menciona que la compañía ECUAFONTES S.A., como operaria del mercado bursátil en calidad de emisora, ha sido autorizada a generar obligaciones en los

siguientes términos: “2. Mediante Resolución No. SC-IMV-DJMV-DAYR-G-13-0001647 de marzo 15 de 2013, se aprobó la emisión de obligaciones de la compañía ECUAFONTES S.A., y el contenido del prospecto de oferta publica, hasta por el monto de dos millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 2.000.000,00). Dichos valores se encuentran registrados en el catastro público del mercado de valores bajo el número No 2013-2-02-001153 el 20 de marzo de 2013.” Una vez más, realizando un sencillo análisis conceptual del negocio bursátil, se puede decir que el emisor, compañía ECUAFONTES S.A., fue autorizado a generar obligaciones su contra y a favor de inversionistas que esperan se les retribuya su capital y el rédito convenido; por lo que, una vez más se hacen de trascendental importancia los elementos más intrínsecos de lo que representa la obligación y su cumplimiento. Consta en el referido informe de fecha 30 de enero de 2015, entre otras conclusiones, las siguientes: “8. Tales hechos, incluida las aseveraciones del propio emisor, evidencian que está atravesando por limitaciones de liquidez, lo cual pudiera ocasionar perjuicios a terceros, como los inversionistas de las emisiones de obligaciones, en razón de que la compañía ECUAFONTES S.A., no contaría con una estructura financiera adecuada que le permita hacer frente a sus obligaciones con terceros, así como también no contaría con una adecuada estructura administrativa lo que le estaría ocasionando dificultades operacionales al negocio obligándolo incluso, como indica el emisor, a concesionar servicios y suscribir convenios para que empresas vinculadas facturen los servicios del emisor, lo cual pudiera devenir en problemas de reconocimientos de los ingresos del emisor. 9.- En consecuencia, ante lo informado por la propia compañía emisora a esta Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y de los hechos determinados por la Dirección Nacional de Control en el informe No. SCVS.INMV.DNC.SECRA.15.031 de enero 30 de 2015, y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Ley de Mercado de Valores, libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero y de lo prescrito en el primer artículo innumerado del segundo título innumerado a continuación del artículo 222 ibídem, numeral 6 en el que faculta a este

Órgano de control intervenir a las entidades reguladas por la Ley de Mercado de Valores 'con la finalidad de precautelar los intereses de los inversionistas, socios o accionistas, y terceros' si 'presumiera problemas o peligro de liquidez o de solvencia de los participantes', inferimos que se ha verificado la causal prevista en el numeral 6 del artículo innumerado primero del título innumerado segundo 'Intervención' posterior al artículo 222 de la Ley de Mercado de Valores, libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, y en consecuencia corresponde intervenir a la compañía ECUAFONTES S.A." La verificación que se hace en el informe No. SCVS.INMV.DNFCDN.15.019 en cuanto a la iliquidez o falta de solvencia de la compañía emisora ECUAFONTES S.A., hace que se colija como procedente la Intervención de la compañía mencionada, medida administrativa prevista en la causal descrita en el numeral 6 del artículo innumerado primero del título innumerado segundo posterior al artículo 222 de la Ley de Mercado de Valores, contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores. Con sustento en el informe No. SCVS.INMV.DNFCDN.15.019 de fecha 30 de enero de 2015 de la Dirección Nacional de Fiscalización, Consultas y Desarrollo Normativo, el Intendente Nacional de Mercado de Valores, abogado Rafael Balda Santistevan, emite la Resolución No. SCVS.INMV.DNC.DNFCDN.15.0022 de fecha 30 de enero de 2015, en la cual se resuelve lo siguiente: ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR la intervención de la compañía ECUAFONTES S.A., emisor privado del sector no financiero, con la finalidad de precautelar los intereses de los inversionistas, socios o accionistas, y terceros, por incurrir en la causal de intervención prevista en numeral 6 del primer artículo innumerado del segundo título innumerado a continuación del artículo 222 Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores. De conformidad con el segundo artículo innumerado del segundo título innumerado a continuación del artículo 222 ibídem, esta medida solo durará el tiempo necesario para superar la situación anómala de la compañía." Las irregularidades advertidas en cuanto a la falta de disponibilidad económica

para cumplir con las obligaciones emitidas por parte de la compañía ECUAFONTES S.A., crea un clima de inseguridad a todas las personas que creyeron en la factibilidad económica de la referida compañía para honrar sus compromisos, y a su vez difunde sobre la sociedad en general inestabilidad y suspicacia sobre todos los actores del mercado del Mercado Bursátil. Sin embargo, mediante comunicación fechada 9 de enero de 2015, el ingeniero Luis Alberto Ortega Liskén, Gerente General y Representante Legal de la compañía emisora ECUAFONTES S.A., manifiesta lo siguiente: “...La compañía Ecuafontes S.A., a la presente fecha mantiene obligaciones pendientes de pago con el Servicio de Rentas Internas. Razón por la cual mi representada se vio en la imposibilidad de contar con la respectiva autorización para la emisión de facturas”. Adicionalmente, consta dentro de la documentación registrada y analizada por la Dirección Nacional de Control, el escrito remitido el día 17 de octubre de 2014 al Director Provincial del Guayas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; en el que, el Gerente General de ECUAFONTES S.A., ingeniero Luis Alberto Ortega Liskén, manifiesta lo siguiente: “Mi representada ha incurrido en mora por la obligaciones señaladas en el numeral que antecede, por razones de fuerza mayor conforme lo explico a continuación: a) Ecuafontes S.A. se ha visto afectada sus ventas los ultimo meses consecuencia de cambios en el entorno del mercado de la prestación de servicios de salud donde esta se desenvuelve. b) Esta baja en ventas ha obligado a Ecuafontes S.A. a diseñar un programa de reestructuración de pasivos...” En el informe No. SCVS.INMV.DNFCDN.15.010 de fecha 23 de enero de 2015, la Dirección Nacional de Fiscalización, Consultas y Desarrollo Normativo de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores, menciona que la Compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), en calidad de emisora del mercado bursátil, ha sido autorizada a emitir obligaciones en los siguientes términos: “2) Mediante resolución No. SC-IMV-DJMV-DAYR-G-10-0008973 de 22 de diciembre de 2010 se dispuso la inscripción de los títulos representativos de la emisión de obligaciones objeto de la oferta publica emitidos por la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ

SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), por un monto de \$5'000.000.00 CLASES G1, G2, H1, H2 y se encuentran inscritos en el Registro del Mercado de Valores (hoy Catastro Público del Mercado de Valores) como VALOR bajo el número 2010-2-02-00879. 3) Mediante resolución No. SC-IMV-DJMV-DAYR-G-12-0000419 de 25 de enero de 2012, se dispuso la inscripción de los títulos representativos de la emisión de obligaciones objeto de la oferta pública emitidos por la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), por un monto de \$4'500.000.00 CLASE I y CLASE J se encuentran inscritos en el Registro del Mercado de Valores (hoy Catastro Público del Mercado de Valores) como VALOR bajo el número 2012-2-02-01005. 4) Mediante resolución No. SC-IMV-DJMV-DAYR-G-13-0005289 de 6 de septiembre de 2013, se dispuso la inscripción de los títulos representativos de la emisión de obligaciones objeto de la oferta pública emitidos por la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), por un monto de \$5'000.000.00 SERIE UNICA CLASE K, L, M se encuentran inscritos en el Registro del mercado de Valores (hoy Catastro Público del Mercado de Valores) como VALOR bajo el número 2013-2-02-01219.” Entonces tenemos que, el emisor, Compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), fue autorizado a generar acreencias a favor de terceros inversionistas en virtud del capital entregado por éstos a la compañía, con la finalidad de obtener un rédito económico convenido; todo esto dentro del marco normativo de la Ley de Mercado de Valores, que deviene evidentemente, en el inexpugnable compromiso en cuanto al cumplimiento taxativo del negocio bursátil. Contenido en el mencionado informe No. SCVS.INMV.DNFCDN.15.010 de fecha 23 de enero de 2015, entre varias conclusiones, se mencionan las siguientes: “7.-Respecto de los índices financiero del emisor ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), esta Dirección de Fiscalización, Consultas y Desarrollo Normativo considera que el índice de liquidez de 0.58 determinado por la Dirección Nacional de Control, con corte al 30 de Noviembre de 2014, y el índice de prueba ácida (excluyendo los inventarios)

de 0.42, evidenciarían la poca capacidad de la empresa para poder hacer frente a sus obligaciones a corto plazo. De igual forma el emisor mantiene un capital de trabajo negativo por USD\$4.910.811,00 lo que demuestra que la compañía no contaba con un fondo de maniobra que permita hacer frente a sus obligaciones inmediatas o a corto plazo. Además, es importante destacar que estos índices se encuentran directamente relacionados con la producción de beneficios y por ende con la generación de flujos, parte integral de cualquier proyección financiera, por lo que si este no se diera en la medida necesaria para cumplir con las obligaciones a futuro, en el corto plazo generaría problemas de iliquidez, y a largo plazo, problemas de solvencia. Del análisis a las cifras financieras realizada por la Dirección Nacional de Control de la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), respecto de las ventas generadas por el emisor - sin auditar- a diciembre del 2014; así como de los informes de auditoría externa emitidos por la compañía auditoria PKF & Co. Ltda., -obtenidos por esta Dirección de la base de datos de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013 -se ha determinado que existe una disminución marcada trimestralmente de las ventas en el año 2014 alcanzando un disminución del 57.02% a finales del año en relación con lo generado en el tercer trimestre. Anualmente demuestra una caída significativa de los ingresos relacionados con el giro del negocio decayendo en el 2012 en comparación del 2011 del 5.96%, al 2013 del 29.27% y entre el año 2013 al 2014 del 32.64%. Por otro lado sus estados financieros auditados aunque no reflejen pérdidas hasta el 2012, en el 2013 ya sus resultados muestran el efecto de la caída de sus ventas, causando pérdidas de USD\$495.685; y de la información no auditada a noviembre de 2014 pérdidas acumuladas de USD\$1'641.000. Dichos resultados han ocasionado una erosión constante del patrimonio de la compañía, siendo que en el año 2012 se refleja un patrimonio neto de USD\$12'383.147; en el año 2013, USD\$11'879.013; y a noviembre del 2014, un patrimonio de USD\$10'236.000, lo que significa una disminución entre el 2012 al 2014 del 17.34%. Además, de los estados financieros

auditados por la firma auditoria PKF & Co. Ltda. entre los años del 2011 y 2013 muestra que los flujos generados por sus actividades de operación fueron deficientes, siendo insuficientes para mantener su operación en el 2011 en USD\$4'154.887 obteniendo financiamiento de terceros para cubrir dichas necesidades, así como la adquisición de activos fijos e inversiones; en el 2012 aun cuando el flujo de actividades de operación fue positivo en USD\$24.024 no fue suficiente para la compra de propiedades y el pago de obligaciones y dividendos para lo cual obtuvo financiamiento de terceros; en el 2013 el flujo de actividades de operación vuelve a ser insuficiente por USD\$1'271.659 para lo cual obtiene financiamiento de terceros para la adquisición de activos y el pago de obligaciones. Tales hechos evidencian un acentuado problema de liquidez y solvencia, lo cual pudiera ocasionar perjuicios a terceros, así como a los inversionistas de las emisiones de obligaciones en razón de que la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA S.A. (ANAUTO), no cuenta con una estructura financiera adecuada, así como tampoco está generando resultados económicos favorables que puedan soportar sus costos operativos y financieros y por ende la devolución de la inversión efectuada por los tenedores de las obligaciones. 8.- En consecuencia, ante lo informado por la propia compañía emisora de las ventas de la compañía se han visto profundamente afectadas por la limitación de los cupos de importación de vehículos y kits de ensamblajes, así como del establecimiento de impuesto a vehículo híbrido y de los hechos determinados por la Dirección Nacional de Control en el informe No. SCVS.INMV.DNC.SECRA.15.012 de 19 de enero de 2015 y en el informe SCVS.INMV.DNC.SECRA.15.020 del 23 de enero de 2015 , y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Ley de Mercado de Valores, libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, y de lo prescrito en el primer artículo innumerado del segundo título innumerado a continuación del artículo 222 ibídem, numeral 6 en el que faculta a este Órgano de control intervenir a las entidades reguladas por la Ley de Mercado de Valores 'con la finalidad de precautelar los intereses de los inversionistas, socios o accionistas, y terceros' si 'presumiera

problemas o peligro de liquidez o de solvencia de los participantes’, inferimos que se ha verificado la causal prevista en el numeral 6 del artículo innumerado primero del título innumerado segundo ‘Intervención’ posterior al artículo 222 ibídem, y en consecuencia corresponde intervenir a la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO),...” Mediante las inspecciones de control realizadas a la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), se determinó, conforme se desprende de la lectura del mencionado informe de fecha 23 de enero de 2015, que la falta de solvencia económica evidenciada por la compañía en cuestión, pone en serio riesgo los intereses de los inversionistas que requieren el pago de sus acreencias o dividendos, y hace que se colija como procedente, la implementación de la medida administrativa prevista en la causal descrita en el numeral 6 del artículo innumerado primero del título innumerado segundo posterior al artículo 222 de la Ley de Mercado de Valores, contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores; esto es, la Intervención de la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO). La confirmación que se hace en el informe No. SCVS.INMV.DNFCDN.15.010 en cuanto a la falta de sustentabilidad económica de la compañía emisora ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), desemboca en la Resolución No. SCVS. INMV.DNC.DNFCDN.15.0017 de fecha 23 de enero de 2015, suscrita por el Intendente Nacional de Mercado de Valores, abogado Rafael Balda Santistevan, en la cual se resuelve lo siguiente: “ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR la intervención de la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), emisor privado del sector no financiero, con la finalidad de precautelar los intereses de los inversionistas, socios o accionistas, y terceros, especialmente a los inversionistas, por incurrir en la causal de intervención numeral 6 prevista en el primer artículo innumerado del segundo título innumerado a continuación del artículo 222 Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores. De conformidad con el segundo artículo innumerado del segundo

título innumerado a continuación del artículo 222 Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores, esta medida solo durará el tiempo necesario para superar la situación anómala de la compañía.” La inconsistencia económica denotada palmariamente en la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), conlleva de manera implícita la inseguridad y el desequilibrio económico para todos aquellos acreedores que, habiendo depositado su confianza y expectativas redituables en esta sociedad mercantil, invirtieron cuantiosas sumas de dinero que hoy en día y en razón del incumplimiento acaecido, están viéndose disipadas. Lo dicho, amplifica su magnitud, tomando en consideración que la compañía ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), mantiene inscritos títulos representativos de emisión de obligaciones por un valor cercano a los quince millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD \$15´000.000). El Título II, Capítulo II, Sección 1a., específicamente en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, menciona la finalidad que tendrán las medidas cautelares de orden constitucional. Así tenemos: “Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho. Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación. O procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.” De la lectura de la referida norma, se verifica incuestionablemente que propende a evitar la propagación de un deterioro que se esté provocando dentro de la esfera de los derechos reconocidos constitucionalmente, haciendo cesar inmediata y adecuadamente el acto generador de dicho menoscabo o tomando las previsiones indispensables para que el detrimento de índole constitucional no sea mayor al ya acontecido. Es necesario recalcar que, de conformidad a la información contenida en los archivos físicos y digitales de la

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, así como de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores, las tres compañías intervenidas que se describen con amplitud en párrafos anteriores, mantienen una vinculación familiar en todos sus grados de gobierno. Así tenemos que los señores Fabián, Jorge y Luis Ortega Trujillo figuran alternativamente en las tres compañías como máximos directivos de dichas corporaciones mercantiles, por lo que es ineludible sostener que las inferencias propias de las negociaciones en el mercado bursátil realizadas e incumplidas en la actualidad, son de su entera y absoluta responsabilidad. En el caso que nos ocupa se ha verificado incuestionablemente que un mismo conglomerado empresarial, perteneciente a un mismo grupo familiar, ha captado a través de varias compañías, ingentes cantidades de dinero por medio de la emisión de obligaciones normada en la Ley de Mercado de Valores, dentro del sector societario-bursátil; incurriendo, tal como está procesal y documentadamente justificado, en una falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas con los inversionistas. En este orden de cosas debemos remitirnos a lo previsto por el artículo 27 de la mencionada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dispone: “Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho. Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación. No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos”. En virtud de las consideraciones documentadas en esta causa, resultaría un despropósito negar la inferencia de un daño grave e irreversible que se está ocasionando y que potencialmente se pudiera agravar descomunadamente, a los inversionistas que, confiando en la seriedad de las compañías pertenecientes a este grupo familiar, entregaron cuantiosas sumas de dinero a cambio de una compensación provechosa contemplada en los términos de la Ley de

Mercado de Valores y normativa afín; no obstante, es irrefutable que en este preciso momento no sólo está en riesgo el pago de los dividendos acordados de conformidad a las emisiones realizadas por las compañías en cuestión, sino que además se corre un incalculable riesgo al existir la posibilidad de que los responsables no honren sus obligaciones y desaparezcan dejando una inmensa afectación patrimonial a miles de personas. En concordancia con lo manifestado, la potencial ausencia física en el territorio nacional e inobservancia denostada respecto de sus obligaciones por parte de los representantes de las compañías INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., ECUAFONTES S.A. y ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), deviene indefectiblemente en una amenaza inminente y grave para toda la sociedad en general; ya que, no sólo los acreedores del sector bursátil se verán enormemente afectados, sino todas aquellas personas que mantengan algún tipo de relación económica con alguna de estas compañías. En este sentido se torna necesario mencionar que las compañías intervenidas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, mantienen, según se encuentra justificado a plenitud en los informes de la Dirección Nacional de Fiscalización, Consultas y Desarrollo Normativo de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores, aludidos en este escrito, una falta de solvencia económica que pone en peligro inminente a las personas que de una u otra manera, han invertido capital o cancelado sumas de dinero, esperando un provecho económico o un bien o servicio en correspondencia. Este tema resulta de trascendental importancia, puesto que como es de conocimiento público, y para poner un ejemplo práctico del daño y alarma social que se pudiere estar generando debido a la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas, la compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A. no sólo mantiene impagas las obligaciones contraídas en el mercado bursátil por alrededor de diez millones de dólares (USD \$10'000.000), sino que además, dentro del giro de su negocio, el cual se concluye como de construcción, promoción y venta de planes habitacionales a gran escala, se mantiene con un incumplimiento sostenido y recurrente en cuanto a entregar las casas a miles de personas que ya pagaron en su totalidad por ellas, y sin

embargo no han obtenido hasta la presente fecha ni la devolución de sus dinero, ni mucho menos el inmueble en sí. En lo concerniente a lo manifestado en este último párrafo, se concluye como incontrastable, que la afectación emanada del incumplimiento por parte de los representantes de las compañías intervenidas conlleva una trasgresión directa y contundente a diversos derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador. En el caso que nos ocupa, existe una irrefutable violación del derecho constitucional a una vida digna, debido a la falta de cumplimiento y responsabilidad directa por parte de los representantes de las compañías antes referidas, puesto que son miles las personas que han procedido a entregar sus ahorros a los integrantes de este grupo empresarial y familiar, esperando, como no puede ser de otra manera, que los réditos obtenidos les sirvan para desarrollar una vida digna que asegure a futuro su sustento, lo cual, sencillamente ha sido inobservado por parte de los representantes de las compañías INMOBILIARIA TERRABIENES S.A., ECUAFONTES S.A. y ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANÓNIMA (ANAUTO), perjudicando, en sus más fundamentales intereses y derechos a todas las personas que decidieron confiarles sus dineros. Adicionalmente, conforme se desprende de la documentación adjuntada y en relación al ejemplo práctico que se describió en líneas anteriores, el caso de la compañía INMOBILIARIA TERRABIENES S.A. es de particular relevancia, puesto que la actitud asumida por los representantes de la mencionada compañía, pertenecientes al mismo grupo familiar, denota incuestionablemente que no han cumplido con la entrega de las viviendas que ya han sido canceladas total o parcialmente por parte de miles de personas afectadas, con lo que se vulnera de forma ofensiva el derecho a una vivienda que, habiendo cancelado en su totalidad, no reciben aun y potencialmente pudieren no recibir jamás de no tomarse medidas emergentes al respecto. Indiscutible resulta la violación al derechos de propiedad que ha acaecido en virtud de la conducta de los representantes de las compañías en cuestión, puesto que no solo se apropiaron de millonarias sumas de dinero y no han podido cumplir con su devolución, sino que pretenden desatenderse del asunto

justificándose en “situaciones endógenas y exógenas” que en nada dilucidan la forma en que, los ingentes recursos captados, serán devueltos. La afectación patrimonial sufrida por miles de personas, ya sea por el incumplimiento en cuanto al pago de acreencias surgidas de la emisión de obligaciones de las compañías en cuestión, o bien por el incumplimiento en cuanto a la entrega de miles de soluciones habitacionales que en su gran mayoría ya han sido pagadas por parte de sus beneficiarios, deduce como inequívoca la afirmación ampliamente sustentada en este escrito de solicitud de Medidas Cautelares Constitucionales, en el sentido de que se ha producido de manera sostenida y concurrente una violación directa a los derechos de orden constitucional antes descritos, por lo que se hace plenamente unívoca y absolutamente conducente la adopción inmediata de medidas cautelares constitucionales que coadyuven a salvaguardar a miles de personas de una mayor afectación de sus derechos que pudiere devenir ante la ausencia física en el territorio nacional o denegación en la devolución de los recursos económicos captados, por parte del grupo empresarial familiar que maneja todo un conglomerado de empresas, con lo que se deduce con facilidad que el grave daño que hoy está siendo ocasionado, puede ser aún mayor. Dentro de la consulta de constitucionalidad contenida en la sentencia No. 034-13-SCN-CC (caso No. 0561-12-CN) emitida por la Corte Constitucional del Ecuador de fecha 30 de mayo de 2013, se desprende el siguiente análisis: “...El presupuesto de la amenaza, tal como se encuentra prevista en nuestra constitución en el artículo 87, se refiere a cuando un bien jurídico que, sin ser necesariamente afectado o lesionado, se encuentra en tránsito de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración suceda. Ello se relaciona también de manera directa con la inminencia el daño y justifica una urgente necesidad de actuación de los jueces constitucionales que conocen estas medidas, de lo contrario, el daño se consumaría, convirtiendo en inefectiva la medida solicitada...” En el caso que nos atañe, la gravedad de la amenaza del daño ya ha acaecido respecto de los inversionistas que han entregado valores a las compañías vinculadas del mismo grupo familiar, sin que hasta

la presente fecha puedan recuperar sus acreencias, y de los promitentes compradores que entregaron su dinero a este grupo empresarial, con la esperanza de adquirir una vivienda. La urgencia en la adopción de las medidas cautelares surge de la potencial ausencia de los representantes de las compañías relacionadas pertenecientes a un mismo perfil familiar y el presumible desvío de recursos que pudieren servir para cancelar las obligaciones incumplidas. Con basamento en los antecedentes expuestos, comparezco a solicitar la adopción urgente y eficaz de medidas cautelares de índole constitucional, que deberá recaer en contra de las siguientes personas naturales: Luis Alberto Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 0905089397, Gustavo Xavier Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 0904147410, Leonidas Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 09010112609, Jaime José Ortega Arosemena con cedula de ciudadanía 0904242179, Fabiola Ortega Trujillo de Coronel con cedula de ciudadanía 0902224211, María del Carmen Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 0907326300, Fabián José Ortega Arosemena con cedula de ciudadanía 0910798271, Andrés José Ortega Arosemena con cedula de ciudadanía 0911486124, Nicolás José Ortega Arosemena con cedula de ciudadanía 0915836035, José Federico Ortega Liskén con cedula de ciudadanía 0915451876, Luis Alberto Ortega Liskén con cedula de ciudadanía 0915451876, Luis Alberto Ortega Liskén con cedula de ciudadanía 0908989379, Juan Sebastián Ortega Liskén con cedula de ciudadanía 0908989270, Elvira María Ortega Maldonado de Arosemena con cedula de ciudadanía 0903982528, Jaime Andrés Ortega Oneto con cedula de ciudadanía 0908847676, Gustavo Vicente Ortega Illingworth con cedula de ciudadanía 0908774912, José Vicente Ortega Illingworth con cedula de ciudadanía 0913689196, Priscila María Ortega Illingworth con cedula de ciudadanía 0908774946, Roberto Xavier Ortega Illingworth con cedula de ciudadanía 0913689204, Leonidas Ortega Amador con cedula de ciudadanía 0908861750, Ghislane María Ortega Amador con cedula de ciudadanía 0908861784, Jorge Ortega Andrade con cedula de ciudadanía 600063540, Ana Maria Ortega Andrade con cedula de ciudadanía 0916535057, Maria

Helena Ortega Amador con cedula de ciudadanía 0908861784, José Ortega Andrade con cedula de ciudadanía 6000063540, Ana María Ortega Andrade con cedula de ciudadanía 0916535057, María Helena Ortega Andrade con cedula de ciudadanía 0910302066, Angel Fernando Ortega Cueva con cedula de ciudadanía 0702068628, Luis Fernando Ortega Darquea con cedula de ciudadanía 0905050597, José Fernando Ortega García con cedula de ciudadanía 0901989806, Luis Heriberto Ortega García con cedula de ciudadanía 0900107749, Sebastián Ortega Velásquez con cedula de ciudadanía 3050164106.- Las personas descritas en la lista precedente se constituyen propiamente en representantes alternativos pertenecientes a un mismo grupo familiar y económico que mantienen la regencia en diferentes grados de administración y gobierno dentro de un conglomerado empresarial estrechamente vinculado entre sí, lo cual está documentadamente corroborado con la información registrada en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros por los propios representantes legales de las compañías que a continuación detallo: ADMINISTRADORA DE CENTROS COMERCIALES ADMICENTROS S.A., AGENCIA COLOCADORA DE SEGUROS CETISEGUROS S.A., ALTOVERSA S.A., ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANONIMA (ANAUTO), ANGLOFLOTAS S.A., AORA S.A., ASTROWORLD S.A., BENCONACOR S.A., BEVISTA S.A. BEVISTASA, BOLIMEDIC S.A., BOUVETSA S.A., C.A. ESTUDIOS JURIDICO ORTEGA MOREIRA Y ORTEGA TRUJILLO, CAMPOSANTO DE GUAYAQUIL S.A. CAMPQUIL, CAMPOSANTO SANTA ANA CAMPSANA S.A., CAMPOSANTOS EL ORO CAMPORO S.A., CAMPOSANTOS LOS RIOS, CAMPIRO S.A., CASCOSAS CASA Y COSAS S.A., CASDELRIO CIA. LTDA., CEINTERMEDIARIA DE EMPRESAS Y EXPORTACIONES C. LTDA., CENTRO EDUCATIVO INTEGRAL CENEICA SA, CENTRO MEDICO DEL SUR S.A. M.E.D.I.K.A.L S.A., CETITUR S.A., CETIVEHICULOS S.A., CONSTRUCCIONES COLON S.A. CONSCOLSA, CONSTRUCTORA INMOBILIARIA CITIHOMES S.A., CONSTRUCTORA NUEVO CENTRO S.A., CONSTRUCTORA

NUEVO CENTRO SOCIEDAD ANONIMA, CONTICORP S.A., CORPORACION TURISTICA RECREACIONAL CORTURIS S.A., DATASOLUTIONS, DUIFAN S.A., ECUADORIAN WEALTH PROMOTERS EWP S.A., ECUAFONTES S.A., ESPIRITU SANTO SCHOOL OF LANGUAGES SPIRIT, EUROTEMPO S.A., FANRO CIA. LTDA, FUNDACION LEONIDAS ORTEGA, IMPORTADORA COMERCIAL LA MANO (INCOMANO) S.A., INDUSTRIAL FAORT S.A., INMOBILIARIA PLAZA DEL TRIANGULO S.A., INMOBILIARIA TERRABIENES, INMOSIETE S.A., INSTITUTO SUPERIOR TECNOLOGICO ESPIRITU SANTO, INVERACCIONES S.A., INVERSIONES ESTRELLAMAR S.A., LORIATI S.A., MACROTEMPO S.A., MANAGE REAL STATE S.A. MARESTASA, MASTILCORP S.A., MBMOTORS S.A., MEGATEMPO S.A., MONTEFREN S.A., MONTEQUIL S.A., MOTORTRACK S.A., NANDERTAL S.A., NEUTEK S.A., NURACORT S.A., OPUSQUIL S.A., PISPA S.A., PLAZACONSTI S.A., PLUIMUE S.A., PLUKON S.A., PORT COLL S.A., PREDIAL AIDSA S.A., PREDIAL JAZABA S.A. JAZABASA, PREDIAL LOS GIRALDOS C.LTDA, PREDIAL MUNDILAND S.A., PREDIAL RIO AZUL S.A., PREDIALMALT CIA. LTDA, PROMOTORA NACIONAL DE CENTROS COMERCIALES PROMONACC S.A., RAICES Y PROPIEDADES S.A. RAIPROSA, RENMIAL S.A., RIO BLANCO S.A. RIBLASA, ROBSCORP S.A., SOCIEDAD PREDIAL Y MERCANTIL MILATEX S.A., SOLUCIONES PRIME S.A. SOLPRIM, TEMPUSNORTE S.A., TERRAHOGAR S.A., URBANIZADORA DEL NORTE URNOSA S.A., URBICOR CORPORACION URBANIZADORA INMOBILIARIA DEL ECUADOR S.A., VALOSFIN S.A., VISTACORSA S.A. Tanto las 30 personas naturales, como las 82 personas jurídicas mencionadas en este libelo, son objeto de la solicitud de las siguientes medidas cautelares: Prohibición de enajenar de todos los bienes, derechos y acciones que, las 30 personas naturales y las 82 personas jurídicas descritas, mantengan registrados a su favor en el registro de la propiedad de los cantones Guayaquil, Quito; Santa

Elena, La Libertad, Salinas, Playas, Daule y Duran; para lo cual, se deberán oficiar en el sentido dispuesto a fin de que se inscriba la respectiva prohibición. Retención de todos los fondos, dineros, depósitos, inversiones y valores que, las 30 personas naturales y las 82 personas jurídicas descritas, mantengan registrados a su favor en cualquiera de las instituciones financieras sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos; para lo cual, se deberá oficiar en el sentido dispuesto a fin de que se inscriba la respectiva medida cautelar. Retención de todos los fondos, dineros, depósitos, inversiones y valores que, las 30 personas naturales y las 82 personas jurídicas descritas, mantengan registrados a su favor en cualquiera de las instituciones sujetas a vigilancia y control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; para lo cual, se deberá oficiar en el sentido dispuesto a fin de que se inscriba la respectiva medida cautelar. Prohibición de enajenar los vehículos automotores que, las 30 personas naturales y las 82 personas jurídicas descritas, mantengan registrados a su favor en la Agencia Nacional de Tránsito y Comisión de Tránsito del Ecuador; para lo cual, se deberá oficiar en el sentido dispuesto a fin de que se inscriba la respectiva prohibición. Prohibición de salida del territorio nacional de las 30 personas naturales antes descritas en este libelo; para lo cual se deberá oficiar a la Dirección Nacional de Migración y Jefatura Provincial de Migración del Guayas, para que se registre la prohibición respectiva. Prohibición de enajenar o transferir, a cualquier título o modo, las acciones, participaciones o derechos que, las 30 personas naturales y las 82 personas jurídicas descritas, mantengan en sociedades mercantiles, fidecomisos, fondos de inversión, y cualquier otra forma de inversión establecida en la ley; para lo cual, se deberá oficiar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en el sentido dispuesto a fin de que se registre la respectiva prohibición.” De conformidad con el artículo 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente y el juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición, todo cual es concordante con lo

dispuesto en el artículo 33 *ibídem* que manda que si el juez verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos de ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes, es ese orden de cosas, la causa se encuentra en estado de resolver inaudita parte en consideración a la urgencia que el presente caso amerita atento a la narración de los hechos descritos por el legitimado activo, para lo cual se considera lo siguiente: PRIMERO.- El suscrito Juzgador Constitucional, Titular de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil es competente para tramitar y resolver el presente pedido de medidas cautelares, de conformidad con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y por la urgencia que estima justificada con los documentos anexos a la petición. SEGUNDO.- Se ha observado el mandato legal del artículo 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que impone ordenar de manera inmediata y urgente en el tiempo más breve posible desde que se recibe la petición. TERCERO.- La doctrina especializada exige la existencia del denominado “*fumus boni juris*”, esto es la apariencia del buen derecho, o dicho en otras palabras, la presunción de que los hechos que narra el peticionario son ciertos y que el derecho que existe un alto grado de probabilidad de obtener una resolución favorable en el proceso principal. El otro requisito de procedibilidad es el peligro en la demora y en el caso de marras es evidente la urgencia de las medidas cautelares solicitadas, lo que es concordante con lo expuesto en el inciso segundo del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que estima el daño grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación. Se hace hincapié que la urgencia en la adopción de este tipo de medida precautelatorias, exige que el peticionario, inicialmente, esté exento de toda probanza como lo reconoce el artículo 33 de la ley que regula este tipo de acciones que indica que si se verifica por la sola descripción de los hechos, que se reúnen los requisitos previstos en esta ley el juez debe ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibe la petición. CUARTO.- Es obligación de todo juzgador, hacer una interpretación integral del texto constitucional. En ese orden de

ideas no puede escapar al análisis de este juzgador que conforme lo indica la accionante, las compañías intervenidas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros mantienen una falta de solvencia económica lo que pone en riesgo a las personas que han invertido en ellas o son sus acreedores más aún cuando el giro de negocio de una de ellas consiste en planes habitacionales y el incumplimiento de esta compañía podría afectar negativamente a miles de personas que han cancelado los valores de su vivienda.- Por las consideraciones expuestas en este auto resolutorio, el suscrito Juez Constitucional, Titular de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, RESUELVE: admitir el pedido de medidas cautelares solicitado por el Doctor XAVIER EMILIANO OQUENDO POLIT, en calidad de Procurador Judicial de la abogada Suad Raquel Manssur Villagrán, SUPERINTENDENTA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS y disponer lo siguiente: Las personas naturales y jurídicas que son: Luis Alberto Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 0903296564, Jorge Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 0904602455, Fabián Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 0905089397, Gustavo Xavier Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 0904147410, Leonidas Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 0901012609, Jaime Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 0904242179, Fabiola Ortega Trujillo de Coronel con cedula de ciudadanía 0902224211, María del Carmen Ortega Trujillo con cedula de ciudadanía 0907326300, Fabián José Ortega Arosemena con cedula de ciudadanía 0910798271, Andrés José Ortega Arosemena con cedula de ciudadanía 0911486124, Nicolás José Ortega Arosemena con cedula de ciudadanía 0915836035, Jose Federico Ortega Liskén con cedula de ciudadanía 0915451876, Luis Alberto Ortega Liskén con cedula de ciudadanía 0908989379, Juan Sebastián Ortega Liskén con cedula de ciudadanía 0908989270, Elvira María Ortega Maldonado de Arosemena con cedula de ciudadanía 09003982528, Jaime Andrés Ortega Oneto con cedula de ciudadanía 0908847676, Gustavo Vicente Ortega Illingworth con cedula de ciudadanía 0908774912, José Vicente Ortega Illingworth con cedula de ciudadanía 0913689196, Priscila María Ortega Illingworth con cedula de

ciudadanía 0908774946, Roberto Xavier Ortega Illingworth con cedula de ciudadanía 0913689204, Leonidas Ortega Amador con cedula de ciudadanía 0908861750, Ghislane María Ortega Amador con cedula de ciudadanía 0908861784, Jorge Ortega Andrade con cedula de ciudadanía 6000063540, Ana María Ortega Andrade con cedula de ciudadanía 0916535057, María Helena Ortega Andrade con cedula de ciudadanía 0910302066, Angel Fernando Ortega Cueva con cedula de ciudadanía 0702068628, Luis Fernando Ortega Darquea con cedula de ciudadanía 0905050597, José Fernando Ortega García con cedula de ciudadanía 0901989806, Luis Heriberto Ortega García con cedula de ciudadanía 0900107749, Sebastián Ortega Velásquez con cedula de ciudadanía 3050164106 y, ADMINISTRADORA DE CENTROS COMERCIALES ADMICENTROS S.A., AGENCIA COLOCADORA DE SEGUROS CETISEGUROS S.A., ALTOVERSA S.A., ANGLO AUTOMOTRIZ SOCIEDAD ANONIMA (ANAUTO), ANGLOFLOTAS S.A., AORA S.A., ASTROWORLD S.A., BENCONACOR S.A., BEVISTA S.A. BEVISTASA, BOLIMEDIC S.A., BOUVETSA S.A., C.A. ESTUDIOS JURIDICO ORTEGA MOREIRA Y ORTEGA TRUJILLO, CAMPOSANTO DE GUAYAQUIL S.A. CAMPQUIL, CAMPOSANTO SANTA ANA CAMPSANA S.A., CAMPOSANTOS EL ORO CAMPORO S.A., CAMPOSANTOS LOS RIOS, CAMPIRO S.A., CASCOSAS CASA Y COSAS S.A., CASDELRIO CIA. LTDA., CEINTERMEDIARIA DE EMPRESAS Y EXPORTACIONES C. LTDA., CENTRO EDUCATIVO INTEGRAL CENEICA SA, CENTRO MEDICO DEL SUR S.A. M.E.D.I.K.A.L S.A., CETITUR S.A., CETIVEHICULOS S.A., CONSTRUCCIONES COLON S.A. CONSCOLSA, CONSTRUCTORA INMOBILIARIA CITIHOMES S.A., CONSTRUCTORA NUEVO CENTRO S.A., CONSTRUCTORA NUEVO CENTRO SOCIEDAD ANONIMA, CONTICORP S.A., CORPORACION TURISTICA RECREACIONAL CORTURIS S.A., DATASOLUTIONS, DUIFAN S.A., ECUADORIAN WEALTH PROMOTERS EWP S.A., ECUAFONTES S.A., ESPIRITU SANTO SCHOOL OF LANGUAGES SPIRIT, EUROTEMPO S.A., FANRO CIA.

LTDA, FUNDACION LEONIDAS ORTEGA, IMPORTADORA COMERCIAL LA MANO (INCOMANO) S.A., INDUSTRIAL FAORT S.A., INMOBILIARIA PLAZA DEL TRIANGULO S.A., INMOBILIARIA TERRABIENES, INMOSIETE S.A., INSTITUTO SUPERIOR TECNOLOGICO ESPIRITU SANTO, INVERACCIONES S.A., INVERSIONES ESTRELLAMAR S.A., LORIATI S.A., MACROTEMPO S.A., MANAGE REAL STATE S.A. MARESTASA, MASTILCORP S.A., MBMOTORS S.A., MEGATEMPO S.A., MONTEFREN S.A., MONTEQUIL S.A., MOTORTRACK S.A., NANDERTAL S.A., NEUTEK S.A., NURACORT S.A., OPUSQUIL S.A., PISPA S.A., PLAZACONSTI S.A., PLUIMUE S.A., PLUKON S.A., PORT COLL S.A., PREDIAL AIDSA S.A., PREDIAL JAZABA S.A. JAZABASA, PREDIAL LOS GIRALDOS C.LTDA, PREDIAL MUNDILAND S.A., PREDIAL RIO AZUL S.A., PREDIALMALT CIA. LTDA, PROMOTORA NACIONAL DE CENTROS COMERCIALES PROMONACC S.A., RAICES Y PROPIEDADES S.A. RAIPROSA, RENMIAL S.A., RIO BLANCO S.A. RIBLASA, ROBSCORP S.A., SOCIEDAD PREDIAL Y MERCANTIL MILATEX S.A., SOLUCIONES PRIME S.A. SOLPRIM, TEMPUSNORTE S.A., TERRAHOGAR S.A., URBANIZADORA DEL NORTE URNOSA S.A., URBICOR CORPORACION URBANIZADORA INMOBILIARIA DEL ECUADOR S.A., VALOSFIN S.A., VISTACORSA S.A.; se les ordena: 1.- Prohibición de enajenar de todos los bienes, derechos y acciones que mantengan registrados a su favor en el Registro de la Propiedad de Guayaquil, Quito, Santa Elena, La Libertad, Salinas, Playas, Daule, Samborondón y Durán; para lo cual, se deberá oficiar en el sentido dispuesto a fin de que se inscriba la respectiva prohibición.; 2.- Retención de todos los fondos, dineros, depósitos, inversiones y valores que mantengan registrados a su favor en cualquiera de las instituciones financieras sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos; para lo cual, se deberá oficiar en el sentido dispuesto a fin de que se inscriba la respectiva medida cautelar; 3.- Retención de todos los fondos, dineros, depósitos, inversiones y valores que

mantengan registrados a su favor en cualquiera de las instituciones sujetas a vigilancia y control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; para lo cual, se deberá oficiar en el sentido dispuesto a fin de que se inscriba la respectiva medida cautelar; 4.- Prohibición de enajenar los vehículos automotores que mantengan registrados a su favor en la Agencia Nacional de Tránsito y Comisión de Tránsito del Ecuador; para lo cual, se deberá oficiar en el sentido dispuesto a fin de que se inscriba la respectiva prohibición.; 5.- Prohibición de salida del territorio nacional de las personas naturales antes descritas; para lo cual se deberá oficiar a la Dirección Nacional de Migración y Jefatura Provincial de Migración del Guayas, para que se registre la prohibición respectiva; 6.- Prohibición de enajenar o transferir, a cualquier título o modo, las acciones, participaciones o derechos que mantengan en sociedades mercantiles, fidecomisos, fondos de inversión, y cualquier otra forma de inversión establecida en la ley; para lo cual, se deberá oficiar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en el sentido dispuesto a fin de que se registre la respectiva prohibición. Dando cumplimiento al artículo 38 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, remítase copia debidamente certificada de la presente resolución a la Corte Constitucional. Publíquese y cúmplase.-

De lo anterior se puede determinar con claridad la falta de conocimiento en la aplicación de La ley y la confusión del juzgador, pues resuelve como medida cautelar constitucional:

- Prohibición de enajenar de todos los bienes, derechos y acciones
- Retención de todos los fondos, dineros, depósitos, inversiones y valores
- Retención de todos los fondos, dineros, depósitos, inversiones y valores
- Prohibición de enajenar los vehículos automotores
- Prohibición de salida del territorio nacional de las personas naturales

- Prohibición de enajenar o transferir, a cualquier título o modo, las acciones, participaciones o derechos.

Sin embargo resulta que el artículo 27 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su inciso final dice que “no procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias...”, y la prohibición de enajenar (Art. 900 CPC); la retención de fondos (Art. 899 CPC) y la prohibición de salir del país (Art. 912 CPC) son medidas preventivas ordinarias determinadas con claridad en el Código de Procedimiento Civil como hacemos constar.

Este caso en análisis es muy demostrativo de la forma en que los jueces aplican las disposiciones en materia de cautelares constitucionales, mezclándolas con la ordinarias incluso contra norma expresa.

UNIDAD DE ANÁLISIS

Tabla 1

Unidades de Análisis

UNIDAD DE ANÁLISIS	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTOS
Medidas Cautelares Constitucionales	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	Art. 27	Entrevista Semi - Estructurada
Diferencia con las Cautelares Ordinarias	Código de Procedimiento Civil.	Art. 897 al Art. 923	Entrevista Semi - Estructurada

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

JUEZ No. 1

El primer entrevistado considera que es mejor no dictar la medida cautelar inaudita parte (sin audiencia previa) por cuanto es mejor darle la oportunidad a la parte demandada de oponerse o alegar por el principio de contradicción. Sí aplica las reglas cautelares dictadas por la Corte Constitucional porque son obligatorias aunque no coincide con algunas de esas reglas. Tiene claro que no cabe el apremio personal pero estima que sí puede dictar medidas como prohibición de enajenar bienes o de salir del país. Estima que para revocar siempre es mejor hacer una audiencia para oír a ambas partes y evitar causar daños a los involucrados, pero cree que sólo los actores y demandados pueden pedir la revocatoria y no un tercero interesado y no distingue la diferencia entre tercero interesado y amicus curiae del artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Tiene claro que puede negar una medida solicitada en el auto de calificación pero prefiere señalar audiencia para mejor resolver a pesar de que la ley dice que debe ser excepcional, pero desconoce lo que implica una medida autosatisfactiva. Considera que las personas jurídicas no tienen derechos humanos, y por eso no tiene derecho a medidas cautelares, y por lo tanto discrepa con las sentencia de la Corte Constitucional que dicen lo contrario.

JUEZA No. 2

La segunda entrevistada considera que sí es posible ordenar medidas en el auto de calificación, pero sólo cuando es demasiado evidente la amenaza, de lo contrario prefiere no dictar la medida cautelar inaudita parte (sin audiencia previa) por cuanto es mejor darle la oportunidad a la parte demandada de oponerse o alegar por el principio de contradicción. Sí aplica las reglas cautelares dictadas por la Corte Constitucional porque son obligatorias y coincide con esas reglas. Tiene claro que no cabe el apremio personal ni dictar medidas como prohibición de enajenar bienes o de salir del país porque son ordinarias y deben ser tramitadas según el Código de Procedimiento Civil. Prefiere siempre hacer una audiencia para oír a ambas partes

antes de decidir si revoca o no y así dar la oportunidad de contradicción. Considera que tercero interesado y amicus curiae son lo mismo. Entiende que puede negar una medida solicitada en el auto de calificación y así lo hace cuando considera que no hay un derecho constitucional en riesgo sino uno de rango legal. Conoce que las personas jurídicas no tienen derechos humanos, pero sí derechos fundamentales y por eso tienen derecho a medidas cautelares.

JUEZ No. 3

El tercer entrevistado considera que siempre se debe llamar a audiencia antes de resolver sobre un pedido de medidas cautelares para así asegurar que no hay engaño de la parte peticionaria y asegurar que no se causen daños. Aplica las reglas cautelares dictadas por la Corte Constitucional porque son obligatorias y además porque coincide con las mismas y además porque le sirven de sustento para sus decisiones en caso de inconformidad de una de las partes. Conoce que no cabe el apremio personal y la prohibición de enajenar bienes, retención o arraigo y de ser esa la petición considera que debe negar in limine, es decir, en el primer auto. Siempre convoca a audiencia para oír a ambas partes antes de resolver cualquier pedido de revocatoria o reforma de lo ordenado inicialmente. Considera que tercero interesado y amicus curiae son figuras que pueden llegar a confundirse pues actualmente el amicus curiae ya no es un tercero no interesado en la decisión, sino generalmente tiene algún interés en la causa u otra similar. Conoce lo que implica una medida autosatisfactiva, pero no considera que nuestro ordenamiento jurídico da la posibilidad de concederlas, sino más bien que debe siempre haber luego un proceso principal que de no haberlo hace caducar la medida, con lo cual se asemeja a una medida cautelar ordinaria. Considera que las personas jurídicas tienen derecho a medidas cautelares por ser capaces para contraer obligaciones y derechos, y por lo tanto coincide con las sentencia de la Corte Constitucional al respecto.

JUEZA No. 4

La cuarta entrevistada considera estima que dependiendo de cómo se determine la amenaza del daño es posible y correcto dar paso a una medida inaudita parte en el primer auto, aunque reconoce que casi nunca sucede eso y por lo tanto convoca a

audiencia para evitar inconvenientes y así darle la oportunidad a la parte requerida de oponerse o alegar a su favor. Sí aplica las reglas cautelares dictadas por la Corte Constitucional porque son obligatorias y coincide con algunas de esas reglas. Tiene claro que no cabe el apremio personal ni otras medidas que se encuentren en el Código de Procedimiento Civil. Estima que para revocar o reformar una medida dictada con anterioridad es mejor hacer una audiencia para oír a ambas partes y darles la oportunidad de alegar, llevar más pruebas y evitar causar daños a terceros incluso. Considera que si hay terceros perjudicados por la medida, debe darles la oportunidad de ser oídos aunque no lo pidan las otras parte principales. Tercero interesado y amicus curiae del artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional estima son lo mismo porque de una u otra manera tienen interés en la causa. Tiene claro que puede negar una medida solicitada en el auto de calificación pero prefiere señalar audiencia para mejor resolver, y desconoce lo que implica una medida autosatisfactiva. Considera que las personas jurídicas tienen derechos y por lo tanto uno de esos derechos es a la tutela efectiva de la cual forma parte el derecho a medidas cautelares.

PROPUESTA

Objetivo General de la Propuesta

Reestructurar el artículo 27 de las medidas cautelares constitucionales contemplado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y desde sus especificaciones y con los elementos que los conforman para que no existan ambigüedades y violación de derechos.

Objetivos Específicos de la Propuesta

- Analizar los artículos 27 de las medidas cautelares constitucionales contemplado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional desde las especificaciones y con los elementos que los conforman, de esta manera se observaran las ambigüedades.

- Determinar las ambigüedades en la redacción de los artículos 27 de las medidas cautelares constitucionales contemplado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, evitando violación de los derechos.
- Demostrar con el análisis las ambigüedades en la redacción del artículo 27 de las medidas cautelares constitucionales contemplado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, evitando violación de los derechos.

Justificación de la Propuesta

Antes de exponer la propuesta es necesario explicar el ¿por qué? es decir proporcionar la justificación clara y precisa de efectuar una modificación y reestructuración el artículo 27; porque se supone que las medidas cautelares tiene la finalidad precautelar y tutelar del derecho, por medio de la acción preventiva; lamentablemente este no se cumple por la inobservación de las resoluciones provenientes de la Corte Constitucional, y esto se debe por el déficit de mecanismo de inexactitud o de reparación de las decisiones aceptadas, asumidas y adoptadas por cualquier Juez que este sea.

Esto significa que los mecanismos actuales sufren o no poseen especificidad para los procesos cautelares, como también en el reconocimiento de la amenaza de un derecho constitucional, y o tenga que recaer de nuevo las garantías falsas, irrisorias, ilusorias y distorsionadas cuyos estándares o esquemas no sean concebidos y aplicados como tal; lo que ocasionaría que no se cumplan las obligaciones internacionales las obligaciones internacionales del Estado respecto de la garantía de los derechos constitucionales que implicaban de manera directa la investigación, sanción y reparación de los daños provenientes de la vulneración de derechos constitucionales.

Todos estos errores se volvieron a repetir en el momento en que el constituyente de Montecristi, dispone plantear un nuevo sistema de garantías sumamente

complejo; porque individualiza los procesos cautelares de protección; es decir los personaliza los derechos constitucionales; cuyo objetivo primordial es el reconocimiento de un derecho y su posterior reparación, esto fue establecido en el artículo 87 a las medidas cautelares como mecanismos para evitar o cesar un daño, este podría ser que esté vinculado en un proceso de garantías jurisdiccionales o de manera autónoma, evidenciado el último como la supuesta evolución de la acción de amparo constitucional en la Constitución de 2008.

Por todas las razones expuestas se hace necesario realizar una modificación restructuración del artículo 27 de las medidas cautelares constitucionales contemplado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; de esta manera no se continúa violando derechos que pudieron evitarse si se hubiera hecho cesar la amenaza de forma cautelar.

Desarrollo de la Propuesta

Se propones efectuar mesas de trabajo – estudio para analizar cada artículo que contiene las medidas cautelares constitucionales, en donde se evidenciarán y observaran las ambigüedades de redacción y violación de derechos; así como también se realizará una revisión exhaustiva de los elementos que conforman dichos artículos; es decir que se examinará lo que a continuación se describe:

- Provisoriedad o temporalidad
- Procedibilidad
- Urgencia
- Irreparabilidad del daño
- Ineficacia de la decisión
- Interés jurídico

Una vez realizado el análisis es importante esclarecer los puntos que deben ser cambiados y para esto se tomará como guía las medidas cautelares positivas que han sido receptadas legislativamente en Francia y son aplicadas también en Italia y España; porque les permiten y les otorgan amplios poderes de decisión cautelares a

los jueces, incluso en materia de derecho administrativo; pero adaptadas a la realidad ecuatoriana.

Los cambios que deben efectuarse en los artículos que contienen las medidas cautelares constitucionales son los siguientes:

Artículo 27.- *Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.*

Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

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

Texto sugerido para reformar:

Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho reconocido por la Constitución o los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias de cualquier naturaleza; cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales; cuando se trate sobre derechos reales o deudas pecuniarias, o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.

El Estado sólo podrá interponer medidas cautelares por intermedio del defensor del pueblo cuando se trate de derechos colectivos o difusos.

La jueza o juez que admita medidas cautelares que puedan ser resueltas en vías ordinarias o administrativas será sancionada de conformidad con la ley, sin perjuicio de las acciones por daños y perjuicios causados.

CONCLUSIONES

- Al determinar lo que realmente representan en la legislación ecuatoriana, la tutela preventiva (medidas cautelares), sus alcances, sus principios y las reglas que la rigen en contraposición al derecho procesal civil, se puede evidenciar que si bien existen similitudes (peligro en la demora, humo del buen derecho), existen diferencias tales como que en materia constitucional no existen un catálogo de medidas que puede adoptar el juez, sino que tiene un amplio campo de acción para poder hacer cesar la amenaza.
- Las diferencias que se establecen es que en las medidas cautelares constitucionales son por ejemplo, que en materia constitucional es el juez y no la ley la que determina qué medida cautelar se adopta para hacer cesar la amenaza, en materia civil (vía ordinaria) es la ley la que determina eso, tales como arraigo, prohibición de enajenar, retención de fondos, etc... y son taxativas, es decir, sólo esas medidas preventivas puede adoptar el juez ordinario y no otras.
- Cuando se planteó el marco metodológico en este estudio investigativo se diseñó que sería de tipo descriptivo, explicativo, de campo y bibliográfico – documental; a lo que respecta a la modalidad es cualitativa, aplicando el método deductivo, de análisis y de síntesis; cuyo instrumento de colección de información fue la entrevista semi – estructurada y la examinación de un caso que especificaba los errores de los derechos de amparo y violación de derechos.
- Al efectuar el análisis exhaustivo dentro de la propuesta de los artículos que refieren las medidas cautelares de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, se evidenció la gran necesidad de hacerlo porque se debe garantizar que los mecanismos actuales no sufran y posean especificidad para los procesos de amparo, como también en el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y por último mecanismos de reparación que podrían ser aceptados y adoptados para que exista real cumplimiento de los preceptos constitucionales, y o tenga que recaer de nuevo las garantías falsas, irrisorias, ilusorias y

distorsionadas cuyos estándares o esquemas no sean concebidos y aplicados como tal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CC.S.J.N., Fallos 320 , Caso Camacho Acosta. M. c/ Grafi Graf SRL. *Resuelto por la Excma Corte Suprema de Justicia de la Nación 07 de julio de 1997.*

Arazi, R. (1997). *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Astrea.

Arazi, R. (1999). *Anteproyecto de código general del proceso* . Edición de los autores.

Belsito, C. (2005). *Tutela Judicial Efectiva*. Rosario, Argentina: Editorial Jurídica Nova Tesis Primera Edición.

Berizonce, R. (1996- IV- 741). Tutela anticipada y definitiva. *REVISTA www.saij.jus.gov.ar.*

Bomfim, V. (1997). *Aspectos Polémicos da Antecipacao de Tutela, XXIII, Antecipacao da Tutela e Tutela Cautelar.*

Bosch, J. (26 de 08 de 1996). Acerca de la suspensión de los efectos del acto administrativo. *Diario La Ley* , pág. 25.

Bustamante, R. (2001). *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: ARA.

Calamandrei, P. (1994). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Edit. El Foro.

Calamandrei, P. (1997). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Edit. El Foro.

Cavani, R. (2014). *Procesos Análisis Jurídicos. ¿Qué es la tutela inhibitoria?. Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos*. Lima, Universidad de Río Grande.

Comadira, J. R. (1994 - C). Las medidas cautelares en el proceso administrativo. *La Ley. Sec. Doctrina*, 780.

Conf. CNCiv. Sala H. (1998). G.M. c/Municipalidad de Campana. *Diario La ley*, (pág. 15).

De La Rocha García, E. (1999). *Procesos y medidas cautelares en los Procedimientos Civiles, Penales, Mercantiles, Laborales Administrativos Económicos-Administrativos y Contenciosos-Administrativos*. Granada.

De los Santos, M. (2000). Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia. *FUNDES*. Escuela Judicial, Procesos urgentes.

Díaz, G. (2005). *La entrevista cualitativa*. Oaxaca, México: Universidad Mesoamericana.

Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo*. Editorial de Ciencia y Cultura. Décima Edición.

Registro Oficial del Ecuador (27 de 12 de 2013). Gaceta Constitucional No. 005. *Sentencia 102-13- Sep- CC*. Quito, Pichincha, Ecuador.

Frignani, A. (1989). *Inibitoria (azione) Diritto comparado e Straniere*, Págs. 559-560. Roma: Enciclopedia Gujiriga Treccani. Instituto del la Enciclopedia Italiana. Tomo XVII.

Frydman, P. (28 de 06 de 2000). Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el régimen jurídico francés. *Diario El Derecho.*, pág. 15.

García De Enterría, E. (1989). *Hacia una nueva justicia Administrativa* . Madrid: Edit. Civitas, 2da. Ed. Ampliado. Cap. II. .

Marinoni, L. G. (2008). *Tutela Específica de los Derechos. Necesidades del Derecho material, Tutela de los Derechos y técnicas procesales*. Lima: Palestra.

Morello, A. M., Eisner, & Kaminker. (1996). *Anticipación de la Tutela*. La Plata: Platense.

Pérez Ragone, Á. (2012. No. 26). Introducción al estudio de la tutela anticipatoria. *Jurisprudencia Santafesina*.

Pérez Serrano, G. (20 de 06 de 2012). *www2.uiah.fi/projec*. Obtenido de Estudios de Casos.

Peyrano, J. W. (1998-A-968). *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas*. La Ley.

Peyrano, J. W. (1999). *Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas en Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*. Montevideo: Editorial Fundación de cultura universitaria.

Peyrano, J. W. (2002). ¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada, es Argentina? *Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario*, 21.

Peyrano, M. L. (30 de 03 de 1999). La sentencia anticipatoria y su aplicación inmediata para satisfacer las demandas de los damnificados por cortes de luz. *Diario La Ley*.

Rapisarda, C. (2001). Profili della Tutela Civile Inibitoria. Padova. *Cedam, 1987 en Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima. No. V. .*

Rivas, A. A. (1995). *La Jurisdicción Anticipatoria*. . Santa Fé - Argentina: Ponencia al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

Rubinzal, C. (2014). *Medidas Autosatisfactivas*. 2da. edición ampliada y actualizada.

Vallelín, C. A. (2010). *Protección Cautelar Frente al Estado*. Madrid: 3ª edición,. Civitas,.

Vargas, A. L. (1996 - A). *Teoría general de los procesos urgentes* . Parte I), La Ley.

Zela, A. (2008). *Tutela preventiva de los Derechos*. Lima : Palestra.

APENDICE A

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

I. ENTREVISTA SEMI – ESTRUCTURADA PARA LOS(AS) JUECES – JUEZAS

TEMA DE ESTUDIO:

Las Medidas Cautelares Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico y sus
Diferencias con las Cautelares Ordinarias

.

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA SEMI - ESTRUCTURADA:

Determinar sobre lo que realmente representan en la legislación ecuatoriana, la tutela preventiva (medidas cautelares), sus alcances, sus principios y las reglas que la rigen en contraposición al derecho procesal civil.

Establecer la diferencia conceptual y doctrinaria entre las medidas cautelares constitucionales (tutela preventiva) y las medidas cautelares ordinarias - civiles (reales y personales) y su aplicación al derecho procesal constitucional.

INSTRUCCIONES:

1. La información obtenida se la aplicará para realizar la propuesta de este tema de investigación.

2. Por favor lea cuidadosamente cada interrogante y los factores que le conforman y tomar la decisión que más se identifique con sus expectativas y necesidades.
3. Por favor sus respuestas deberán ser lo más honesta y sincera posible; esto permitirá que los datos recopilados sean confiables y efectivos.
4. No dejar ninguna interrogante sin responder, marcando una (X) en el recuadro correspondiente.

Las Medidas Cautelares Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico y sus Diferencias con las Cautelares Ordinarias

Nombres – Apellidos Completos: _____

Fecha: _____ Lugar de Trabajo: _____

1. Sexo

Femenino Masculino

2. Edades

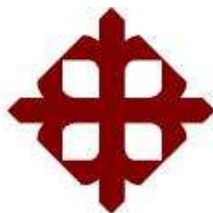
35 - 39	
40 - 44	
45 - 49	
50 - 54	

3. ¿Cuándo Ud., recibe un pedido de medidas cautelares constitucionales aplica las reglas cautelares dictadas por la Corte Constitucional?
4. ¿Cuándo Ud., recibe un pedido de medidas cautelares constitucionales convoca a audiencia?

5. ¿Cuándo Ud., recibe un pedido de medidas cautelares constitucionales exige la presentación de pruebas?
6. ¿Cuándo Ud., recibe un pedido de medidas cautelares constitucionales notifica a la Procuraduría General del Estado?
7. ¿Cuándo Ud., recibe un pedido de medidas cautelares constitucionales notifica aplica las reglas cautelares dictadas por la Corte Constitucional?
8. ¿Cuándo a Ud., el legitimado pasivo le pide revocatoria convoca a audiencia?
9. ¿Cuándo a Ud., un tercero interesado le pide revocatoria convoca a audiencia?
10. ¿Cuándo a Ud., le piden la revocatoria exige primero las garantías de cumplimiento de ley?
11. ¿Si como medida cautelar constitucional le solicitan la retención de fondos, Ud., la ordena?
12. ¿Si como medida cautelar constitucional le solicitan que suspensión definitiva de un acto administrativo, Ud., la otorga?
13. ¿Conoce Ud., lo que es una medida cautelar autosatisfactiva?
14. ¿Sabe Ud., qué es el humo del buen derecho?
15. ¿Sabe Ud., qué es el pericullum in mora?
16. ¿Puede Ud., dictar apremios personales como medida cautelar constitucional?
17. ¿Puede Ud., dictar como medida cautelar constitucional embargados o secuestros preventivos?
18. ¿Puede Ud., dictar como otras medidas distintas a las que le solicitan como medida cautelar constitucional?
19. ¿Pueden las personas jurídicas solicitar medidas cautelares constitucional?
20. ¿Requieren las medidas autosatisfactivas de un proceso principal posterior?

21. ¿Es obligatorio convocar a audiencia cuando se pide la reforma de una medida cautelar constitucional dictada con anterioridad?

22. ¿Puede un juez o jueza negar in limine una medida cautelar constitucional?



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR

Nombre:

Cédula N°:

Profesión:

Dirección:

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción					
Objetivos					
Pertenecia					
Secuencia					
Premisa					
Profundidad					
Coherencia					
Comprensión					
Creatividad					
Beneficiarios					
Consistencia lógica					
Cánones doctrinales jerarquizados					
Objetividad					
Universalidad					
Moralidad social					

Fuente (Obando, 2015)

Comentario:

.....

Fecha:

Firma _____ CI

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Cueva García Julio César, con C.C: # 0908915176 autor del trabajo de titulación: *Las Medidas Cautelares Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico y sus diferencias con las Cautelares Ordinarias*. 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, 25 de Abril del 2017

f. _____
Dr. Julio César Cueva García
C.C: 0908915176



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Las Medidas Cautelares Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico y sus diferencias con las Cautelares Ordinarias		
AUTOR(ES)	Cueva García, Julio César		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dr. Francisco Obando Freire; Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	25 de Abril del 2017	No. DE PÁGINAS:	97
ÁREAS TEMÁTICAS:	Procesal Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Medidas Cautelares Constitucionales, Medidas Cautelares Ordinarias, Derecho de Amparo y Derechos Constitucionales.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):	<p>El presente proyecto de investigación expone una serie de situaciones jurídicas que se presentan en el sistema judicial ecuatoriano; el mismo que contrastan con los postulados doctrinarios e incluso jurisprudenciales de derecho comparado en materia de medidas cautelares y sus diferencias con las medidas cautelares ordinarias en vía civil. Busco determinar aquellas diferencias y ponerlas de relieve a fin de que los operadores de justicia puedan distinguir entre las medidas cautelares constitucionales y ordinarias. El objetivo general fue: Determinar sobre lo que realmente representan en la legislación ecuatoriana, la tutela preventiva (medidas cautelares), sus alcances, sus principios y las reglas que la rigen en contraposición al derecho procesal civil; entre los objetivos específicos se encuentran: Establecer la diferencia conceptual doctrinaria entre las medidas cautelares constitucionales (tutela preventiva) y las medidas cautelares ordinarias – civiles (reales y personales) y su aplicación al derecho procesal constitucional, plantear el marco metodológico del estudio investigativo y reformar el capítulo que se refiere a las medidas cautelares de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. En cuanto a la metodología se aplicó el método deductivo, de análisis, de síntesis, de modalidad cualitativa, de tipo descriptiva, explicativa, de campo y bibliográfica – documental. La muestra fue seleccionada por criterios de selección. Entre los resultados obtenidos y relevantes fueron que existen vacíos gramaticales y legales en los artículos en donde se especifica las medidas cautelares; es decir que se violan los derechos constitucionales pro los mecanismos poco efectivos, reales e ilusorios; por lo tanto estos deben ser modificados y reestructurados.</p>		
ADJUNTO PDF:	SI	NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0999610279	E-mail: juliocesar_cueva@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Obando Ochoa Andrés Isaac		
	Teléfono: 0982466656		
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			