
Arbitrariedades de las Medidas Cautelares frente a las Garantías de los Derechos Constitucionales

Arbitrariness of Preliminary Measures versus Guarantees of Constitutional Rights

Arbitrariedade das Medidas Preliminares versus Garantias dos Direitos Constitucionais

Eimy Eliana Espinoza-Guamán

E-mail: eespinozag@institutojubones.edu.ec

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5716-1735>

Erika Pamela Peralta-Mogrovejo

E-mail: erika.peraltam12@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-7651-8276>

Instituto Superior Tecnológico Jubones. Pasaje, Ecuador

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Espinoza-Guamán, E. El., & Peralta-Mogrovejo, E. P. (2025). Arbitrariedades de las Medidas Cautelares frente a las Garantías de los Derechos Constitucionales. *Revista Ciencia & Sociedad*, 5(1), 127-141.

RESUMEN

En el contexto jurídico de la ciudad de Machala aún se cometen irregularidades a la hora de aplicar las medidas cautelares. El propósito de este estudio es aportar conocimientos actualizados sobre las garantías jurisdiccionales, con énfasis en las arbitrariedades que se cometen en la implementación de las medidas cautelares. Se realizó un estudio descriptivo de tipo revisión bibliográfica, sistematizado a través de la revisión documental, revisión bibliográfica, exegética y la técnica de análisis de contenido. Entre los principales hallazgos se significan que la medida cautelar tiene por naturaleza un ámbito de protección común con la acción de protección, ambas actúan antes y durante la amenaza o violación de un derecho, su diferencia radica en que la acción de protección también actúa en la reparación del daño causado. Entre las arbitrariedades más frecuentes relativas a las medidas cautelares están: la solicitud o decreto de éstas cuando la amenaza o violación del derecho está agotada; dictar medidas cautelares constitucionales cuando ya están vigentes medidas cautelares ordinarias o administrativas, pérdida del carácter fungible, vulneración del principio de defensa y la presunción de inocencia, ordenar privación de libertad, subjetividad en su adopción, pérdida del carácter instrumental, uso indiscriminado y restricción de garantías.

Palabras clave: arbitrariedad, medida cautelar, acción de protección, garantía jurisdiccional, derechos constitucionales

ABSTRACT

In the legal context of the city of Machala, irregularities are still committed when applying precautionary measures. The purpose of this study is to provide updated knowledge on jurisdictional guarantees, with emphasis on the arbitrary actions that are committed in the implementation of precautionary measures. A descriptive study of the bibliographical review type was carried out, systematized through documentary review, bibliographic review, exegetics and the content analysis technique. Among the main findings, it is noted that the precautionary measure has by nature a common scope of protection with the protection action, both act before and during the threat or violation of a right, their difference lies in that the protection action also acts in the repair of the damage caused. Among the most frequent arbitrary actions related to precautionary measures are: the request or decree of these when the threat or violation of the right is exhausted; dictate constitutional precautionary measures when ordinary or administrative precautionary measures are already in force, loss of fungible character, violation of the principle of defense and the presumption of innocence, order deprivation of liberty, subjectivity in its adoption, loss of instrumental character, indiscriminate use and restriction of guarantees.

Keywords: arbitrariness, precautionary measure, protective action, jurisdictional guarantee, constitutional rights

RESUMO

No contexto jurídico da cidade de Machala, continuam sendo cometidas irregularidades na aplicação de medidas cautelares. O objetivo deste estudo é fornecer conhecimento atualizado sobre garantias jurisdicionais, com ênfase nas arbitrariedades cometidas na implementação de medidas cautelares. Foi realizado um estudo descritivo do tipo revisão bibliográfica, sistematizado por meio de revisão documental, revisão bibliográfica, revisão exegética e técnica de análise de conteúdo. Dentre as principais conclusões, destaca-se que a medida cautelar tem por natureza um escopo de proteção comum com a ação de tutela, ambas atuam antes e durante a ameaça ou violação de um direito, sua diferença reside em que a ação de tutela também atua no reparação dos danos causados. Entre as arbitrariedades mais frequentes relativas às medidas cautelares estão: a solicitação ou decretação destas quando se tiver esgotado a ameaça ou violação do direito; ditar medidas cautelares constitucionais quando já estiverem em vigor medidas cautelares ordinárias ou administrativas, perda do caráter fungível, violação do princípio da defesa e da presunção de inocência, ordenar pena privativa de liberdade, subjetividade na sua adoção, perda do caráter instrumental, utilização indiscriminada e restrição de garantias.

Palavras-chave: arbitrariedade, medida cautelar, ação protetiva, garantia jurisdicional, direitos constitucionais

===== O =====

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008 representó un hito en la consolidación de un Estado de derechos y justicia. Este nuevo ordenamiento jurídico introdujo un conjunto de garantías jurisdiccionales, como la acción de protección, el hábeas corpus y el hábeas data, con el objetivo de fortalecer la tutela judicial efectiva y garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales (Peñañiel et al., 2018). Sin embargo, a pesar de este avance normativo, la implementación efectiva de estas garantías en la práctica ha enfrentado diversos desafíos. La coexistencia de normas antiguas con las nuevas disposiciones constitucionales, la falta de capacitación de los operadores jurídicos y la

resistencia de ciertos sectores a los cambios introducidos han generado una brecha entre la teoría y la práctica, dificultando el acceso a la justicia y la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Si bien la Constitución de 2008 representó un avance significativo en la protección de los derechos fundamentales al establecer una amplia gama de garantías jurisdiccionales, su efectividad depende en gran medida de la difusión y el conocimiento de estas herramientas jurídicas por parte de la ciudadanía y los operadores de justicia (Ronquillo, 2022). Es necesario que tanto los ciudadanos como los jueces, fiscales y abogados estén familiarizados con los alcances y limitaciones de cada una de estas garantías, a fin de evitar su utilización indebida. La falta de conocimiento puede conducir a la distorsión de estas acciones, desviándolas de su propósito original y generando una sobrecarga en el sistema judicial. Un ejemplo claro de esta problemática es la tendencia a utilizar la acción de protección para resolver conflictos de naturaleza patrimonial, lo que desnaturaliza esta garantía y la convierte en un sustituto de los procesos ordinarios.

La existencia de un amplio catálogo de garantías jurisdiccionales no garantiza por sí sola la protección efectiva de los derechos fundamentales. Es fundamental que estas garantías se apliquen de manera correcta y coherente con su finalidad. Sin embargo, la falta de conocimiento y la mala interpretación de estas normas pueden conducir a su utilización indebida, lo que a su vez genera una serie de problemas (Ávila, 2010). Por un lado, la utilización de las garantías jurisdiccionales para resolver conflictos que no son de su competencia genera una sobrecarga en el sistema judicial y retrasa la resolución de los casos que verdaderamente requieren de una tutela constitucional. Por otro lado, la distorsión de estas garantías puede llevar a su desprestigio y a una pérdida de confianza en el sistema de justicia.

En este sentido, la eficacia de las garantías jurisdiccionales depende en gran medida de la capacitación de los operadores jurídicos. Es fundamental que jueces, fiscales y abogados reciban una formación especializada en materia de derechos fundamentales y garantías constitucionales (Orellana y Pinos, 2021). Esta formación debe permitirles identificar los casos en los que resulta procedente la interposición de cada una de estas acciones y aplicarlas de manera correcta. Asimismo, es necesario contar con mecanismos de control y evaluación que permitan identificar y corregir las prácticas inadecuadas y garantizar la uniformidad en la aplicación de las normas.

Las garantías jurisdiccionales consagradas en la Constitución de 2008 fueron diseñadas con un propósito específico: la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales. Estas acciones constitucionales no están concebidas para sustituir a los procesos ordinarios, sino para complementar y garantizar la tutela de aquellos derechos que, por su naturaleza o por la urgencia que revisten, requieren de una protección especial. Al pretender extender el ámbito de aplicación de estas garantías a conflictos de naturaleza patrimonial o civil, se desvirtúa su esencia y se genera una sobrecarga en el sistema judicial. Como señala Maldonado (2016), la utilización indebida de estas acciones no solo resta efectividad a su función principal, sino que también puede generar inseguridad jurídica y debilitar la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia.

La problemática en torno a la aplicación de medidas cautelares y acciones de protección en Machala trasciende los límites de una mera ineficiencia. La persistencia de prácticas arraigadas, el desconocimiento de las normas y la falta de compromiso de ciertos actores judiciales han generado un círculo vicioso de vulneración de derechos fundamentales (Zambrano, 2019). Esta situación no solo afecta a las personas individualmente, sino que también erosiona la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia, socavando su legitimidad y eficacia. Las consecuencias son múltiples: desde la impunidad de quienes

vulneran los derechos, hasta la perpetuación de injusticias y la generación de un clima de inseguridad jurídica. Para revertir esta situación, es imperativo implementar medidas urgentes como la capacitación continua de jueces y operadores jurídicos, la difusión de protocolos claros y estandarizados para la aplicación de medidas cautelares, así como la creación de mecanismos de control y evaluación que permitan identificar y sancionar las irregularidades. Asimismo, resulta fundamental fortalecer la participación ciudadana en los procesos judiciales y garantizar el acceso a la justicia de manera efectiva y oportuna.

METODOLOGÍA

El proceso metodológico se inició con la construcción de un marco conceptual sólido. Para ello, se llevó a cabo una definición exhaustiva y rigurosa de los términos clave, mediante la consulta de diversas fuentes doctrinales y jurisprudenciales. Esta etapa resultó fundamental para establecer un lenguaje común y evitar malentendidos a lo largo de la investigación. Las definiciones establecidas no solo delimitaron el objeto de estudio, sino que también permitieron identificar las principales corrientes teóricas y los debates existentes en torno a las garantías jurisdiccionales, la acción de protección y las medidas cautelares.

Siguiendo la rigurosa metodología propuesta por Espinoza (2020), la búsqueda de información se llevó a cabo de manera sistemática. Esto implicó el empleo de bases de datos especializadas en derecho como Westlaw, LexisNexis y SciELO, así como de motores de búsqueda académicos como Google Scholar (Espinoza et al., 2018). Mediante esta estrategia, se garantizó la identificación y selección de un corpus documental amplio y relevante, compuesto por artículos científicos, libros, tesis y otros documentos pertinentes.

También fue necesario establecer criterios de inclusión y exclusión rigurosos para garantizar la pertinencia de los documentos seleccionados. Se consideraron aspectos como la relevancia directa de los contenidos con las preguntas de investigación, la actualidad de la información, la calidad metodológica de los estudios y la solidez de los argumentos presentados. Estos criterios permitieron descartar aquellos documentos que, a pesar de ser relevantes para el tema general, no aportaban elementos significativos para responder a las preguntas específicas de la investigación.

Mediante un riguroso análisis crítico, se identificaron las principales teorías, enfoques y debates que han configurado el campo de las garantías jurisdiccionales, la acción de protección y las medidas cautelares. Se compararon las diferentes perspectivas teóricas, se evaluaron las evidencias empíricas y se identificaron las lagunas existentes en la investigación. Este proceso permitió construir una visión panorámica del estado de la cuestión y sentar las bases para la formulación de propuestas originales.

Con esta información y con el empleo del programa EndNote se confeccionó una base de datos integrada por 93 referencias, las que fueron clasificadas y agrupadas según las siguientes categorías: derechos constitucionales, garantías jurisdiccionales, medida cautelar y acción de protección, de las cuales por su actualidad y valor científico se seleccionaron 36 para la confección de este artículo. La lógica indagatoria seguida en el estudio se direccionó a la búsqueda de información sobre los siguientes aspectos:

Garantías jurisdiccionales.

Acción de protección, alcance.

Medida cautelar, características y requisitos.

Similitudes y diferencias entre la acción de protección y la medida cautelar.

Arbitrariedades que se cometen en la aplicación de las medidas cautelares frente a la garantía de los derechos constitucionales.

DESARROLLO

Desde el 2008 con la entrada en vigor de la nueva Constitución ecuatoriana un tema recurrente pero nunca suficientemente estudiado es el relativo a las garantías jurisdiccionales, así se evidencia en los estudios realizados por Cordero-Heredia y Yépez-Pulles (2015), Arias-Morejón (2016), Granda-Polanco (2017) y Philco-Reyes (2018), quienes desde diversas perspectivas y metodologías han avizorado que la vulneración de los derechos fundamentales consagrados en la constitución y en los tratados internacionales de los cuales Ecuador es suscriptor requiere de las garantías jurisdiccionales como respuesta, para con el auxilio de sus procedimientos neutralizar las infracciones mediante la defensa y restauración de estos derechos, de ahí la importancia de no desnaturalizar dichas garantías y de la obligación del Estado de establecer normativas que permitan proteger su integridad y plena implementación para tutelar completamente los derechos fundamentales.

Al respecto Philco-Reyes (2018) enfatiza que la norma para que realmente sea eficaz en el logro del fin propuesto precisa de un correcto diseño, encaminado a evitar un inadecuado ejercicio hermenéutico por parte de los que tienen la responsabilidad de impartir justicia y con ello la distorsión de su esencia y las consecuentes arbitrariedades que se cometen en nombre de la ley.

Aproximación epistémica en torno a las categorías garantías jurisdiccionales, acción de protección y medida cautelar

Antes de cualquier reflexión sobre el asunto que nos convoca es necesaria la aproximación epistémica a las categorías: garantías jurisdiccionales, acción de protección y medida cautelar, como referentes teóricos en los cuales sustentar el análisis; de esta forma el trabajo se estructura en dos acápite, el primero dedicado a la noción conceptual de estas categorías y el segundo al estudio de las arbitrariedades que se cometen en la aplicación de la medida cautelar frente a la garantía de los derechos constitucionales.

Garantías jurisdiccionales

El término garantía es utilizado en el marco normativo constitucional y jurídico: pero ¿cuál es su significado?

El concepto de garantía ha evolucionado en el tiempo como resultado de los derechos humanos alcanzados, que surgen de las nuevas relaciones sociales e institucionales. Para Espinoza (2022a), desde esta óptica las garantías forman un conjunto sistémico, holístico y complejo de los mecanismos y recursos de protección y salvaguarda de los derechos constitucionales. Es sistémico, holístico y complejo pues está conformado por técnicas, procedimientos, normativas, regulaciones, principios e instituciones que se integran como un único sistema concebido para la defensa y efectividad de esos derechos.

Luego, el término garantía en el contexto jurídico está ligado a la protección de los derechos ciudadanos; pero adquiere diferente significado según el ámbito de actuación; para Espinoza (2022b) desde la perspectiva del derecho civil, la noción de garantía se relaciona con las técnicas que se emplean como recursos garantes de la salvaguarda, cumplimiento de las obligaciones y tutela de los derechos patrimoniales, mientras que en el ámbito procesal se habla por ejemplo de las garantías del debido proceso, que no son más que las normas y condiciones que deben ser observadas para asegurar y cumplir con la debida defensa a que toda persona tiene derecho. Quiere esto decir que su significado está en correspondencia con el contexto jurídico en el cual se utiliza, aspecto que ha de ser tenido en cuenta a la hora de establecer la jurisdicción de estas garantías.

Para exigir el cumplimiento de estas garantías y que no sean vulneradas existe la figura del juez como institución jurídica, quien cuenta con la suficiente autoridad para poner en marcha

este conjunto de mecanismos jurídicos, al que hicimos referencia, con el propósito de eliminar la omisión, arbitrariedad o abuso del poder del Estado o sus representantes, quienes quebrantan así el cumplimiento de la ley y derechos constitucionales. Asimismo, es importante la participación democrática de los ciudadanos en el diseño de las garantías constitucionales, lo que trae consigo el conocimiento de éstas para la defensa y protección de sus derechos.

Taxonomía de las garantías de los derechos constitucionales

Partiendo de la clasificación de las garantías según su alcance, dada por Ferrajoli (2000), encontramos las llamadas garantías primarias y secundarias de los derechos fundamentales:

- Garantías primarias, son relativas a las obligaciones o prohibiciones de los derechos constitucionales; establecen las prestaciones en función de la salvaguarda efectiva de los derechos y la eliminación de las conductas dañosas del Estado y particulares. Estas garantías obligan al Legislativo y al Ejecutivo a asumir o desestimar determinadas actuaciones a tenor del respeto y protección de los derechos constitucionales.

En este sentido es interesante observar como en el ámbito de los derechos sociales las garantías primarias tienen prioridad sobre las jurisdiccionales; lo que sirve de contención al tratamiento reduccionista de remitir las exigencias de los derechos sociales al ámbito de la justicia (Pisarello, 2007); para ello es indispensable contar con instituciones, órganos de control y organismos legislativos y administrativos con plena autoridad para brindar protección a los derechos sociales de los ciudadanos, como son por ejemplo los tribunales de cuentas y las defensorías del pueblo.

- Garantías secundarias, son las obligaciones de los órganos sancionadores de los actos violatorios de los derechos constitucionales opuestos a las garantías primarias; donde las funciones de la figura del juez intervienen cuando estas garantías primarias resultan violentadas u omitidas o no son eficaces, activando instituciones como la acción de protección o la acción de inconstitucionalidad.

Dentro de las garantías secundarias por su naturaleza se encuentran las garantías jurisdiccionales, que son fiadas a jueces y tribunales independientes de los órganos políticos; los que cuentan con capacidad de sanción. Estas garantías secundarias se clasifican en ordinarias y constitucionales.

Las garantías ordinarias, corresponden como su nombre indica a los asuntos concernientes a la justicia ordinaria, mientras que las garantías constitucionales son las relativas a las técnicas normativas de la justicia constitucional, estas pueden ser no solo de carácter normativo, además pueden ser propias de las políticas públicas, de los servicios públicos y de la participación ciudadana. Estas son consideradas mecanismos de protección de los derechos instituidos en la Constitución de una nación, son normas a través de las cuales se busca cautelar la inminencia de una amenaza o vulneración de esos derechos (Granda-Polanco, 2017; Maldonado, 2016).

La Constitución de la República del Ecuador consagra estas garantías normativas al proclamar que:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2011, art. 84).

Quedando así establecido que todas las normativas de cualquier instancia quedan supeditadas a los derechos constitucionales y a los tratados internacionales, garantizando así desde el ordenamiento normativo la salvaguarda de la efectividad de esos derechos. Asimismo, se regula y aúna la acción normativa de los diversos órganos en dirección al respeto y desarrollo de los derechos humanos; siendo significativo en este sentido la inclusión también de las posibles reformas de la propia Constitución.

Por otro lado, las garantías propias de las políticas públicas, los servicios públicos y de la participación ciudadana como mecanismo de garantía de la efectividad de los derechos constitucionales quedan establecidas como ley en el artículo 86 de la Carta Magna al estipular que:

“La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.
3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2011, art. 85).

De esta forma al amparo de los artículos 84 y 85 de la Ley Suprema se establece que las garantías constitucionales alcanzan no solo a la justicia constitucional, también incluyen las políticas públicas, los servicios públicos y la participación ciudadana.

En particular, mediante el artículo 85 se otorga un carácter democrático a las garantías constitucionales, convirtiendo así la participación ciudadana en herramienta de control y exigencia al Estado, a los jueces y a todas las autoridades públicas y particulares del respeto a los derechos constitucionales; de esta forma se limita el poder del Estado, al estar condicionado al servicio de los derechos fundamentales del ciudadano.

En consecuencia, está previsto en la Ley que, como parte de las garantías jurisdiccionales cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución para hacer efectivos sus derechos, responsabilizando al juez del lugar donde se origina el hecho para proceder en consecuencia y hacer cumplir la resolución o sentencia (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2011, art. 86). Entre estas acciones para la protección a los derechos constitucionales se encuentran la acción de protección y la medida cautelar.

Acción de Protección

Como ya apuntamos anteriormente una de las garantías jurisdiccionales instituidas en la actual Constitución de la República del Ecuador para la protección de los derechos humanos es la acción de protección. Esta novedosa acción es considerada por la Corte Constitucional del Ecuador como la garantía jurisdiccional idónea y eficaz para el tratamiento jurídico de las

transgresiones a los derechos constitucionales originados como consecuencia de actos u omisiones por parte de la autoridad pública o de particulares (Ruizet al., 2016; Espinoza, 2021); la que es consagrada en el artículo 88 de la Carta Magna, donde se expresa que:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2011, art. 88).

En esta norma constitucional queda establecido el objeto de la acción de protección como el amparo inmediato y eficaz de los derechos constitucionales de todos los ecuatorianos frente a vulneración resultante de los actos u omisiones de las autoridades o políticas públicas y de personas particulares, de esta forma queda instituida como una garantía jurisdiccional.

La que es sistematizada en el articulado del Capítulo III de la LOGJCC. Los artículos del 39 al 42 versan sobre las particularidades de la acción de protección (objeto, requisitos, procedencia y legitimación pasiva e improcedencia de la acción). En el artículo 39 se especifica que el objeto de la acción de protección además del amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución incluye aquellos estipulados en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales Ecuador es signatario, enfatizando que “no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009, art. 39).

También, a través del artículo 41 de la citada ley se sistematiza lo estipulado en la Constitución sobre la procedencia y legitimación pasiva de la acción de protección al normalizar que se procede contra: todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial, la política pública nacional o local, todo acto u omisión del prestador de servicio público, que vulnere de alguna forma los derechos y garantías, y todo acto de discriminación realizado por cualquier persona; así como toda omisión o acto cometido por persona natural o jurídica del sector privado cuando preste servicios públicos impropios, por delegación o concesión, provoque daño grave o el afectado este subordinado o indefenso frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009, art. 41).

Esta nueva acción como parte de las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales viene a sustituir la acción de amparo constitucional de la anterior Carta Magna de 1998. Esta institución va más allá de la acción cautelar para suspender las consecuencias de cualquier acto que quebrante o dañe los derechos constitucionales del individuo; su concepción como auténtica garantía jurisdiccional alcanza además el conocimiento, defensa, protección y reparación de estos derechos; enfrentando los desafueros, arbitrariedades, abusos e injusticias cometidas desde posiciones de poder (Centeno-Salcedo, 2015).

En este contexto de actuación el juez está en la obligación de comprobar las posibles infracciones a los derechos constitucionales cometidas durante el proceso de protección jurisdiccional, como la transgresión de los derechos constitucionales, la acción u omisión de autoridad pública o de particulares y la ausencia de cualquier otro mecanismo adecuado de defensa judicial y probada eficacia para la protección del derecho violentado (Asamblea

Nacional de la República del Ecuador, 2009) y de existir irregularidades le corresponde declararlas y reparar las secuelas que pueden haber ocasionado, a través de la aplicación de medidas materiales e inmateriales direccionadas a resarcir los daños causados, convirtiendo así la acción de protección en un pertinente y eficaz mecanismo constitucional para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Medidas cautelares

Como podemos apreciar a través del articulado de la Constitución es un deber fundamental y una obligación del Estado la protección efectiva de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, para lo cual se han creado recursos que permitan amparar a las personas de actos u omisiones que pongan en riesgo sus derechos mediante amenazas o violaciones.

En consonancia con este deber y obligación se ha incorporado a las garantías jurisdiccionales las medidas cautelares; las que en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano son reconocidas como un instrumento de protección de los derechos humanos fundamentales y en los tratados internacionales, evitando su transgresión o haciendo cesar las amenazas que sobre estos gravitan (Cordero-Heredia & Yépez-Pulles, 2015).

Sobre este aspecto Vaca (2017) distingue las medidas cautelares constitucionales de las ordinarias; esta diferencia radica en que las primeras son relativas a los derechos reconocidos en la Constitución o en los tratados e instrumentos internacionales de los Derechos Humanos de los cuales Ecuador es firmante, con el propósito de frenar o imposibilitar que se produzcan acciones contrarias a los derechos humanos u omisión dolosa.

La finalidad de las medidas cautelares es “prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009, art. 6). Estas pueden ser entendidas como un medio de coerción para que la autoridad pública o particular no vulnere o cese la vulneración de un derecho fundamental (Arias-Morejón, 2016).

Esta voluntad garantista del Estado ecuatoriano se pone en evidencia en la Constitución de la República al disponer que “se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2011, art. 87).

Para lo cual es potestad a los jueces para ejercer acciones preventivas, entre ellas la suspensión temporal o definitiva de actos administrativos que atenten contra los derechos constitucionales y de los propios administrativos, la promulgación de medidas de protección personal, etc. siempre en correspondencia con el derecho vulnerado o amenazado; en tal sentido López-Díaz (2016) enfatiza “que la adecuación de las medidas cautelares deben ser idónea y proporcional al derecho que va a proteger” (p.12).

Aspecto previsto en la LOGJCC cuando establece en su articulado que:

“... Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009, art. 26).

Es importante destacar que la ley señala las medidas cautelares que pueden ser implementadas en correspondencia con el grado de transgresión al derecho y precisa que el juez o jueza no podrá ordenar la privación de libertad como medida cautelar, toda vez que la medida como tal no puede ser contraria los propios derechos que ampara, ya que toda persona tiene derecho al debido proceso, y la privación de libertad sería negarle ese derecho.

En tal sentido en la Carta Magna se norma que los jueces aplicarán medidas cautelares contempladas en la ley como alternativas a la privación de libertad: estas sanciones serán aplicadas según las características del caso, los plazos, las condiciones y los requisitos establecidos.

Pero, ¿cuáles son los requisitos que ha de tener presente el juez o jueza para dictar medidas cautelares?

Los requerimientos establecidos para decretar una medida cautelar son la inminencia de la omisión o quebrantamiento de un derecho constitucional y la gravedad del daño que esto pueda causar. Es necesario enfatizar que el requisito de inminencia está previsto para evitar el posible perjuicio, por lo que cuando ya existen efectos como consecuencia de los abusos cometidos este no es pertinente, pues no es necesario demostrar la inminencia si la violación y el daño ya se consumaron; de ahí la importancia de demostrar razonable y oportunamente las secuelas que a futuro se pueden generar (Cordero-Heredia & Yépez-Pulles, 2015; Vaca, 2017).

La otra condición para fallar a favor de la implementación de una medida cautelar es la gravedad del daño, la que está dada por su carácter irreversible, por la intensidad y por su frecuencia (Asamblea Nacional, 2009, art. 27). En el caso de este requisito la Constitución y el ordenamiento jurídico ecuatoriano son más abarcadores que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al no solo contemplar como daño irreversible los referidos a los derechos a la vida y a la integridad personal; en este caso se establece como daño irreversible el grado de afectación severo de cualquier perjuicio a un derecho humano que no pueda ser revertido después de un proceso judicial

Características de las medidas cautelares

Asimismo, las medidas cautelares deben caracterizarse por su inmediatez, lo que significa que deben ser ordenadas por los jueces en el lapso más breve posible y ejecutadas de forma rápida y urgente de manera tal que el acto violatorio no tenga tiempo de causar daño (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009, art. 29).

Otra de las particularidades de las medidas cautelares es que nunca podrán ser indefinidas, esto significa que son temporales, válidas mientras exista la vulneración o amenaza al derecho, una vez que estas acaben no se justifica la necesidad modificar o mantener una medida cautelar para proteger a la persona afectada.

Además, las medidas cautelares se singularizan por ser sumarias, instrumentales, funcionales y fungibles. Es sumaria pues el conocimiento judicial antes de su dictamen es limitado y fragmentado, con el propósito de garantizar su eficacia, la sumariedad persigue sustraer un fallo adverso (Guzmán-Chávez, 2019).

La instrumentalidad, está dada en que en sí no son un fin, su función es tributar y asegurar el resultado eficaz de la causa principal; lo que no quiere decir que no pueda ser de carácter autónomo en relación con el proceso principal. Su funcionalidad se expresa en su adaptabilidad a la acción que se pretende cautelar y es fungible por cuanto puede ser remplazada por otra medida según la mayor o menor intensidad requerida en la acción tutelar (Gallegos, 2002; Marcheco-Acuña, 2017).

Similitudes y diferencias entre la acción de protección y la medida cautelar

Del análisis realizado hasta aquí se advierte que tanto la medida cautelar como la acción de protección son instituciones que tienen una naturaleza común, ya que ambas tienen un mismo propósito la protección de los derechos constitucionales, por lo que comparte un mismo ámbito de actuación; pueden interponerse por la amenaza o violación actual de

derechos constitucionales; lo que ocasiona que no pocas veces son utilizadas inadecuadamente por los encargados de administrar justicia.

La diferencia entre ellas está dada en que las medidas cautelares son provisionales, estas actúan mientras el daño no se ha consumado, antes y durante la violación del derecho, mientras que la acción de protección además de estos momentos procede cuando la violación del derecho ya se consumó e implica una decisión definitiva sobre el fondo del asunto, donde se declara o reconoce la violación del derecho y se establecen las medidas para reparar integralmente el daño. Como se aprecia el ámbito de protección como punto de contacto está dado en el momento antes y durante la violación del derecho. Por lo que las medidas cautelares resultan ineficientes y no pertinentes ante una violación de derechos que causó daños permanentes e irreversibles los que no pueden interrumpirse.

En síntesis, las medidas cautelares buscan evitar la violación de los derechos fundamentales amenazados o hacer cesar la transgresión actual del derecho ultrajado y así evitar el daño que esto puede producir; esta institución no procede cuando la violación del derecho es agotada, en este caso lo que corresponde es la acción de protección si el derecho afectado incumbe a esta garantía jurisdiccional.

Después de haber reflexionado sobre las similitudes y diferencias entre la acción de protección y las medidas cautelares, cabe cuestionarse si ¿las medidas cautelares son necesarias si ya existe la institución de acción de protección?, ¿las funciones de las medidas cautelares no podrían ser suplantadas por las de la acción de protección, que es más abarcadora?, asunto que bien amerita un próximo estudio de mayor alcance.

Una vez realizado el acercamiento epistémico en torno a las instituciones de garantía jurisdiccional, acción de protección y medida cautelar estamos en condiciones de proceder a analizar algunas de las arbitrariedades más frecuentes presentes en las medidas cautelares.

Arbitrariedades en las medidas cautelares

Aunque la medida cautelar no procede cuando la vulneración del derecho es agotada, paradójicamente una de las irregularidades más común relativa a esta institución es la solicitud o decreto de la medida cuando ya no existe la amenaza o el derecho ha sido violentado causando daño; una vez que esto ocurre carece de sentido la medida cautelar, pues como ya se explicó la solicitud de la medida debe hacerse antes o durante la violación del derecho (Vaca, 2017). Corresponde entonces la solicitud de la acción de protección para la reparación del daño al derecho vulnerado.

De igual forma se cometen otras arbitrariedades o vulneraciones de las disposiciones relativas a las medidas cautelares; entre estas las que analizaremos a continuación:

1. Dictar medidas cautelares constitucionales cuando ya están vigentes medidas cautelares ordinarias o administrativas, violando así la ley que establece que las medidas cautelares no tendrán validez cuando existan las anteriores o se pretendan interponer en un recurso extraordinario de protección de derecho o se trate de ejecución de órdenes judiciales (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009, art. 37).

Además, como ya describimos anteriormente, en el artículo 37 de la Constitución se establece la prohibición de interponer una medida cautelar contra otra medida cautelar por el mismo hecho; por lo cual tampoco procede la apelación; la única alternativa es la solicitud de revocatoria argumentada de manera fáctica, que de no ser aprobada puede apelarse ante la Corte Provincial de Justicia, en un plazo de tres días.

2. La incorrecta interpretación de este artículo 37, en ocasiones también ha dado pie a la arbitrariedad de no permitir la introducción de modificaciones o remplazo de una medida

cautelar por otra a solicitud del legitimado activo, sin tener presente que esta medida de protección es fungible (Gallegos, 2002; Marcheco-Acuña, 2017).

3. Vulneración del principio de defensa. Mucho tiene que ver con esta irregularidad la inmediatez de las medidas cautelares, lo que se puede convertir en un factor en contra; así observamos que aunque en el artículo 36 de la LOGJCC se prevé la posibilidad de manera excepcional de una audiencia previa al otorgamiento de una medida cautelar, esta pocas veces se lleva a cabo; por otro lado al no exigirse prueba ni la presencia del legitimado pasivo la misma se resuelve solo sobre la base de la descripción de los hechos que reúna los requisitos previstos en la ley por parte del legitimado activo, sin contradicción alguna, al amparo del artículo 33 de dicha ley, quedando vulnerado de esta forma el principio de defensa que permite controvertir los fundamentos de la acción; también se viola la presunción de inocencia.

No es correcto escudarse en el carácter de inmediatez de la medida cautelar con el propósito de ahorrar tiempo o simplificar trámites judiciales; esta institución no debe confundirse con un procedimiento expedito para la resolución de conflictos judiciales o administrativos.

4. Subjetividad en la adopción de las medidas cautelares. Es importante señalar que, si bien las medidas cautelares deben ser declaradas de manera urgente, esto no debe ser causa de arbitrariedades donde prime el criterio personal y subjetivo del juez (Cadena-Heras, 2016).

5. Ordenar privación de libertad como una medida cautelar. Esta arbitrariedad contradice lo estipulado por la LOGJCC en su artículo 26, donde deja asentado que en ningún caso la medida cautelar será la privación de libertad.

6. Pérdida del carácter instrumental de la medida cautelar. La ley establece que la medida cautelar puede ser propuesta independientemente del proceso principal, de esta forma pierde el carácter instrumental y se equipara con la acción de protección.

7. Uso indiscriminado de las medidas cautelares. La interposición de las medidas cautelares no está restringida por la Constitución y la ley, por lo que son utilizadas indiscriminadamente por parte de los administradores de justicia, quienes solicitan y ordenan medidas cautelares sobre asuntos ajenos a este tipo de garantía jurisdiccional.

La medida cautelar fue expedida con el fin de brindar amparo inmediato y eficaz a los derechos constitucionales amenazados o que están siendo ultrajados, por lo que es una arbitrariedad extenderlos con otros propósitos o a espacios del ordenamiento jurídico (Maldonado, 2016).

8. Restricción de garantías. Ya en su momento analizamos los requisitos estipulados por la LOGJCC en su artículo 27 para que una medida cautelar proceda, en dicho artículo se determina el carácter de gravedad de la amenaza o violación de un derecho, lo que sin lugar a dudas restringe el derecho y la garantía, dado que a la luz del texto constitucional se está cometiendo una acción inconstitucional por cuanto "ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales" (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009, art. 11 numeral 4), desconociendo así que cualquier violación de derechos fundamentales debe ser considerado grave.

9. Inadecuado ejercicio hermenéutico de la letra constitucional y de las normas del ordenamiento jurídico. Una mala interpretación de las normas constitucionales y de las leyes del ordenamiento jurídico puede traer consigo arbitrariedades en la práctica e implementación de las medidas cautelares; lo cual entre otras falencias se manifiesta en el criterio de residualidad. Al referirse a este asunto Crespo-Molina (2015, p.2) señala que, en la actualidad a pesar de las nuevas disposiciones sobre las garantías jurisdiccionales, la medida cautelar se caracteriza por su aplicación residual, lo que pone en riesgo el marco de

protección efectiva a los derechos constitucionales en Ecuador. Criterio compartido con Cordero-Heredia y Yépez-Pulles (2015), quienes consideran que la residualidad conlleva a la imposibilidad de presentar la acción, toda vez que la víctima de una violación tendría que acudir a la vía ordinaria antes de presentar una acción de protección.

Todas estas arbitrariedades demuestran que contar con las nuevas instituciones de acción jurisdiccional como la medida cautelar y la acción de protección no es suficiente para garantizar su efectividad, se requiere de conocimientos, voluntad política y control que conduzcan a la buena práctica jurídica.

Antes de finalizar es oportuno señalar que la incorrecta interpretación del texto constitucional y de las normas de la LOGJCC, en algunos casos, es ocasionada y reforzada por imprecisiones en los textos que propician las dudas y dan margen a arbitrariedades en la aplicación de las garantías jurisdiccionales; a modo de ejemplo tenemos que entre los requisitos para que una medida cautelar proceda se precisa en el artículo 27 de la LOGJCC que el juez ha de tener presente la gravedad de la violación del derecho, lo mismo ocurre en el artículo constitucional 88, dejando entrever que pueden existir transgresiones de los derechos fundamentales que no sean considerados grave; lo que debe ser tenido en cuenta en el perfeccionamiento de las normas.

También, la forma en que están redactadas las instituciones de medida cautelar y acción de protección en la Constitución y en LOGJCC dejan margen a la confusión y con ellos la posibilidad de irregularidades en su empleo.

CONCLUSIONES

La revisión bibliográfica y documental permite significar los siguientes hallazgos:

Las garantías en el ordenamiento jurídico están ligadas a la protección de los derechos ciudadanos y adquieren diferentes significados según el ámbito de actuación, aspecto que ha de ser tenido en cuenta a la hora de establecer su jurisdicción.

Las garantías por su alcance pueden ser ordinarias o secundarias, dentro de estas últimas están las garantías jurisdiccionales, que pueden ser ordinarias o constitucionales; las que son fiadas a jueces y tribunales independientes de los órganos políticos, que cuentan con capacidad de sanción.

Las garantías constitucionales son mecanismos de protección de los derechos instituidos en la Constitución de una nación, son normas a través de las cuales se busca cautelar la inminencia de una amenaza o vulneración de esos derechos.

El Ecuador cuenta desde la promulgación de la Constitución del 2008 con novedosas garantías jurisdiccionales para la protección y defensa de los derechos constitucionales, entre ellas la medida cautelar y la acción de protección.

La medida cautelar tiene carácter provisional, cesa cuando desaparece la amenaza o la transgresión del derecho; estas deben corresponderse con la violación que se previene o quiere hacerse cesar, pero nunca contempla la supresión de libertad personal. Son medidas sumarias que no tiene un análisis de fondo del asunto, para su dictamen solo se requiere de la descripción del hecho que reúna los requisitos previstos en la ley por parte del legitimado activo.

La acción de protección reemplaza la acción de amparo con un nuevo alcance, el conocimiento, defensa, protección y reparación de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

La acción de protección tiene por su naturaleza un ámbito de protección común con la medida cautelar pues ambas actúan antes y durante la amenaza o violación de un derecho; pero las acciones de protección tienen un mayor alcance pues además buscan la reparación del daño causado al derecho vulnerado.

Entre las arbitrariedades más frecuentes relativas a la medida cautelar están: la solicitud o decreto de la medida cuando ya no existe la amenaza o el daño ya ha sido causado; dictar medidas cautelares constitucionales cuando ya están vigentes medidas cautelares ordinarias o administrativas, pérdida del carácter fungible, vulneración del principio de defensa y la presunción de inocencia, ordenar privación de libertad, subjetividad en la adopción de las medidas cautelares, pérdida del carácter instrumental, uso indiscriminado de las medidas cautelares en virtud a la no restricción de la interposición de las medidas cautelares por la Constitución y la ley y la restricción de garantías.

El texto constitucional y la LOGJCC cuentan con imprecisiones que pueden causar la incorrecta interpretación de las normas, lo que en algunos casos ocasiona dudas y dan margen a arbitrariedades en la aplicación de las garantías jurisdiccionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arias-Morejón, A. (2016). *La vulneración del principio de contradicción en las medidas cautelares constitucionales* (Proyecto de investigación previo a la obtención del título de abogada de los tribunales del Ecuador). Universidad Regional Autónoma de los Andes. Uniandes Babahoyo
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (13 de julio de 2011). *Constitución de la República del Ecuador* 2008. Registro Oficial 449 (Modificaciones) Quito: CEP.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (22 de octubre de 2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento 52. Quito: CEP.
- Ávila-Santamaría, R. (2010). Las Garantías Constitucionales: Perspectiva Andina. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, (25), 77-93.
- Cadena-Heras, R. (2016). *La apelación de las medidas cautelares y el principio de doble instancia*. (Tesis de Maestría). Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES.
- Centeno-Salcedo, F. (2015). *La acción de protección como garantía jurisdiccional en el Ecuador, su no residualidad y aplicación indiscriminada en la práctica jurídica ecuatoriana*. (Tesis de Maestría). Universidad Católica de Santiago Guayaquil.
- Cordero-Heredia, D. & Yépez-Pulles, N. (2015). *Manual (crítico) de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. INREDH
- Crespo-Molina, G. R. (2015). *La Acción de Protección como garantía eficaz de protección de los derechos, análisis del concepto de residualidad*. Universidad de Cuenca. Ecuador.
- Espinoza-Freire, E. E. (2020). El problema, el objetivo, la hipótesis y las variables de la investigación. *Portal de la Ciencia*, 1(2), 1-71.
- Espinoza-Guamán, E. E. (2021). El principio de proporcionalidad en la normativa ecuatoriana. *Portal de la Ciencia*, 2(1), 55-65.
- Espinoza-Guamán, E. E. (2022a). La prisión preventiva como medida cautelar y el respeto del principio de presunción de inocencia. *Sociedad & Tecnología*, 5(2), 351-364.

- Espinoza-Guamán, E. E. (2022b). La patria potestad en la legislación ecuatoriana. *Revista Ciencia & Sociedad*, 2(2), 152-162.
- Espinoza-Guamán, E. E. (2023). La vida, bien jurídico protegido Vs violencia intrafamiliar. *Revista Mexicana de Investigación e Intervención Educativa*, 2(2), 11-19.
- Espinoza-Guamán, E. E., Cruz-Yaguachi, L. N., & Espinoza-Freire, E. E. (2018). Las redes sociales y rendimiento académico. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 1(3), 38-44.
- Ferrajoli, L. (2000). Garantías constitucionales. *Revista Argentina de Derechos Constitucionales* 1(2).
- Gallegos, F. (2002). *Las medidas cautelares contra la Administración pública*. (Segunda edición). Buenos Aires: Ábaco.
- Granda-Polanco, R. (2017). *La acción de protección frente a las garantías jurisdiccionales, del derecho al trabajador*. Universidad Técnica de Machala. UTMACH.
- Guzmán-Chávez, M. (2019). El principio constitucional de la tutela judicial efectiva vulnerado por la acción de nulidad de sentencias. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(7), 135-145. doi:<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v4i7.366>
- López-Díaz, M. (2016). *El uso indebido de la acción constitucional de medidas cautelares*. (Proyecto de investigación previo a la obtención del título de: abogado). Universidad Central del Ecuador.
- Maldonado, G. L. (2016). *La acción de protección como mecanismo que garantiza el derecho al trabajo de los empleados municipales del cantón el Guabo*. Universidad Técnica de Machala. UTMACH.
- Marcheco-Acuña, B. (2017). La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador. *Revista de Derecho*, 30(1), 263-285.
- Orellana-Crespo, G. C., & Pinos-Jaén, C. E. (2021). Las garantías constitucionales durante el estado de excepción en el contexto de la pandemia COVID-19, en Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 6(1), 1133-1159.
- Peñafiel-Espinosa, Á., Ordeñana-Romero, A., & Zeballos-Zambrano, R. (2018). La garantía constitucional de la seguridad jurídica y su relación con los derechos fundamentales en la república del Ecuador. *Espiraes Revista Multidisciplinaria de investigación*, 2(22).
- Philco-Reyes, P. (2018). *Acción de protección como garantía jurisdiccional para el control del poder público*. Universidad Técnica de Machala. UTMACH.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid, Editorial Trotta.
- Proaño-Añazco, J. (2013). *Las medidas cautelares constitucionales autónomas en el Ecuador*. (Tesis de Licenciado en Ciencias Jurídicas). PUCE. Quito
- Ronquillo-Riera, O. I., Borbor-Palacios, F. A., & Montúfar-Álvarez, C. A. (2022). Los derechos y garantías constitucionales en Ecuador. *CIENCIAMATRIA*, 8(2), 4-16.
- Ruiz-Guzmán, A., Aguirre-Castro, P. y Ávila-Benavidez, D. (2016). *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional. Corte Constitucional del Ecuador*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Vaca, R. O. (2017). Medidas Cautelares Constitucionales. *Revista de Derecho Ecuador*.
- Zambrano Solorzano, W. (2019). Garantías constitucionales y principios del proceso penal en la República de Ecuador. *Cuestiones Políticas*, 36(63).