



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA:

Urgencia, Necesidad, Idoneidad y Proporcionalidad en las Medidas Cautelares en el Sistema Constitucional Ecuatoriano: Análisis de la Sentencia N 034-13-SCN-CC”

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en Derecho Constitucional. Modalidad: Estudio de Caso / Derecho Constitucional

Autor:

Abg. Santiago David Yáñez Sánchez

Tutor:

Abg. Francisco Villacís Mogrovejo Mg.

QUITO-ECUADOR

2025

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TÍTULACIÓN

Yo, Santiago David Yáñez Sánchez, declaro ser autor del Trabajo de Investigación con el nombre: **“Urgencia, Necesidad, Idoneidad y Proporcionalidad en las Medidas Cautelares en el Sistema Constitucional Ecuatoriano: Análisis de la Sentencia N 034-13-SCN-CC”**, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito a los 11 días del mes de mayo de 2026, firmo conforme:

Autor: Santiago David Yáñez Sánchez

Firma:

Número de Cédula: 18042787-8

Dirección: Provincia, ciudad, Parroquia, Barrio. Pichincha, Quito, San Fernando

Teléfono: 0996404838

Correo Electrónico: santydd@hotmail.com

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “URGENCIA, NECESIDAD, IDONEIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N 034-13-SCN-CC”, presentado por **Santiago David Yáñez Sánchez**, para optar por el Título: Magister en Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Ciudad, Ambato 07 de mayo del 2026

.....

Abg. Francisco David Villacís Mogrovejo Mg.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Ciudad, Quito 11 de mayo de 2026

Santiago David Yáñez Sánchez

CI. 1804278768

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de Titulación ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: Urgencia, Necesidad, Idoneidad Y Proporcionalidad en las Medidas Cautelares En El Sistema Constitucional Ecuatoriano: Análisis De La Sentencia N 034-13-Scn-Cc”, previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, 11 de mayo de 2026

.....

Nombres completos: Stefanie Carolina Aumala Viscarra

.....

Nombres completos: Christian Israel Rodríguez Barroso

.....

Nombres completos: Francisco David Villacís Mogrovejo

DEDICATORIA

Dedico la presente tesis, en primer lugar, a Dios, por concederme la vida, la fortaleza, la sabiduría y la perseverancia necesarias para culminar esta etapa académica. Su guía constante ha sido fundamental para superar los desafíos presentados a lo largo de este proceso, iluminando cada decisión y fortaleciendo mi vocación de superación.

De manera especial, dedico este trabajo a mi familia, pilar esencial de mi formación personal y profesional. Gracias por su amor incondicional, apoyo permanente, paciencia y confianza, que me han acompañado en cada paso de este camino. Su sacrificio, comprensión y palabras de aliento fueron determinantes para alcanzar este logro, incluso en los momentos de mayor dificultad. Este esfuerzo es también el reflejo de sus enseñanzas, valores y ejemplo, que han marcado profundamente mi vida. A ustedes, mi gratitud eterna y este logro que compartimos.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi sincero agradecimiento a Dios por brindarme la fortaleza, sabiduría y constancia necesarias para culminar este trabajo de investigación y alcanzar una meta significativa en mi formación académica y personal.

Agradezco de manera especial a mi familia, por su apoyo incondicional, comprensión y acompañamiento permanente a lo largo de este proceso. Su confianza, sacrificio y palabras de aliento fueron fundamentales para superar los desafíos presentados durante el desarrollo de esta tesis.

Asimismo, extiendo mi gratitud a mi director(a) de tesis, por su orientación académica, acompañamiento constante y valiosos aportes, que contribuyeron al rigor y calidad del presente trabajo. De igual manera, agradezco a los docentes y autoridades de la institución, por los conocimientos impartidos y el compromiso con la formación profesional, los cuales han sido determinantes en mi trayectoria académica.

Finalmente, agradezco a todas las personas que, de manera directa o indirecta, contribuyeron a la culminación de este trabajo.

INDICE DE CONTENIDOS

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TÍTULACIÓN.....	ii
APROBACIÓN DEL TUTOR.....	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	iv
APROBACIÓN TRIBUNAL.....	v
DEDICATORIA	vi
AGRADECIMIENTO	vii
RESUMEN EJECUTIVO	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	8
MARCO TEÓRICO.....	8
1.1 Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Constitucional Ecuatoriano	8
1.2 El Control Constitucional en Ecuador: La Consulta de Norma como Mecanismo de Control Concreto	9
1.3 Naturaleza jurídica y fundamento constitucional de las medidas cautelares	11
1.4 La tutela cautelar como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva	14
1.5 Presupuestos procesales de las medidas cautelares: peligro en la demora y verosimilitud del derecho	15
1.6 El periculum in mora en el contexto de los derechos fundamentales	18
1.7 Principios rectores en la concesión de medidas cautelares:	

urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad	19
1.8 El principio de proporcionalidad como eje central del análisis cautelar	22
1.9 Características esenciales de las medidas cautelares: instrumentalidad, provisionalidad y mutabilidad	23
1.10 Tipos de medidas cautelares en el sistema constitucional ecuatoriano	26
1.11 El test de proporcionalidad como herramienta de control en medidas cautelares	29
1.12 El control judicial de las medidas cautelares y los mecanismos de impugnación.....	32
CAPÍTULO II	34
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N 034-13-SCN-CC.....	34
2.1 Temática a bordada	34
2.2 Antecedentes del caso concreto	35
2.3 Decisiones de juzgado de primera instancia	35
2.4 Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador	36
2.5 Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional	36
2.6 Argumentos centrales de la Corte Constitucional.....	37
2.7 Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional	38
2.8 Hallazgos relevantes	44
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	48
Conclusiones	48
Recomendaciones	50
BIBLIOGRAFÍA	52

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

THEME: URGENCIA, NECESIDAD, IDONEIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N 034-13-SCN-CC.

Autor: Santiago David Yáñez Sánchez

Tutor: Francisco Villacís

RESUMEN EJECUTIVO

Este estudio analiza la deficiente aplicación de las medidas cautelares en materia constitucional en Ecuador, planteando como objetivo general determinar parámetros constitucionales para su otorgamiento bajo la LOGJCC; en consecuencia, mediante un método deductivo y el análisis de la sentencia No. 034-13-SCN-CC, la metodología examina la naturaleza preventiva de estas garantías, determinando que su finalidad es impedir o interrumpir la violación de derechos, fundamentándose en dos criterios: el peligro en la demora y la verosimilitud de la pretensión, donde basta la probabilidad razonable del daño sin requerir certeza plena. Como principal porte, la investigación concluye que la efectividad de estas medidas depende del cumplimiento estricto de los principios de proporcionalidad, necesidad y urgencia. La medida debe ser adecuada al fin, necesaria por inexistencia de mecanismos menos gravosos y urgente ante la amenaza inminente. El carácter preventivo y temporal de estas garantías exige que sean dictadas con celeridad, permitiendo su revocatoria o modificación si las circunstancias varían. Así, se ratifica que la medida cautelar no es un fin en sí mismo, sino un instrumento esencial de tutela inmediata para evitar daños irreparables en el sistema jurídico ecuatoriano

DESCRIPTORES:

Urgencia, Necesidad, Idoneidad y Proporcionalidad, Corte Constitucionalidad.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TITLE: URGENCY, NECESSITY, SUITABILITY, AND PROPORTIONALITY IN PRECAUTIONARY MEASURES WITHIN THE ECUADORIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM: ANALYSIS OF SENTENCE NO. 034-13-SCN-CC

Autor: Santiago David Yáñez Sánchez

Tutor: Francisco Villacís

ABSTRACT

This study analyzes the inadequate application of precautionary measures in constitutional matters in Ecuador. Its primary objective is to establish constitutional parameters for their granting under the LOGJCC. Consequently, through a deductive method and analysis of Sentence No. 034-13-SCN-CC, the methodology examines the preventive nature of these guarantees, determining that their purpose is to prevent or interrupt the violation of rights. This is based on two criteria: the risk of delay and the plausibility of the claim, where a reasonable probability of harm suffices without requiring full certainty. As a main contribution, the research concludes that the effectiveness of these measures depends on the strict adherence to the principles of proportionality, necessity, and urgency. The measure must be suitable for its purpose, necessary due to the absence of less burdensome mechanisms, and urgent in the face of an imminent threat. The preventive and temporary character of these guarantees requires that they be issued swiftly, allowing for revocation or modification if circumstances change. Thus, it is reaffirmed that the precautionary measure is not an end in itself but an essential instrument of immediate protection to prevent irreparable harm within the Ecuadorian legal system.

KEYWORDS: constitutional court, necessity, proportionality, suitability, urgency.

INTRODUCCIÓN

El estudio analiza los fundamentos técnico-jurídicos de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en relación con el régimen de medidas cautelares dentro del sistema constitucional ecuatoriano mediante un análisis doctrinal de la Sentencia N.º 034-13-SCN-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Es un tema de naturaleza eminentemente técnica, que involucra el dominio de categorías procesales y constitucionales asociadas con la teoría general de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

El artículo 87 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) menciona que las medidas cautelares son un mecanismo autónomo que tiende a “cesar, evitar la comisión o remediar de forma inmediata las consecuencias de una violación de derechos constitucionales”. En este sentido, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC, 2009) determina en su artículo 26 la regulación de los requisitos de procedibilidad, donde constan la verificación de la amenaza inminente o la violación flagrante, la idoneidad de la medida que se solicita para cesar o evitar la vulneración, y la inexistencia de un mecanismo positivo para la protección del derecho. Freire (2016) explica que, a estos condicionamientos, la doctrina y la jurisprudencia constitucional han incluido los análisis de los subprincipios de la proporcionalidad de forma estructural; así se ha constituido un espacio analítico de un cuádruple orden: urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Teóricamente, el estudio de estas categorías se inscribe en el constitucionalismo garantista latinoamericano; para Bernal Pulido (2007), el principio de proporcionalidad se estructura en tres partes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y dicha estructura ha sido ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional de Ecuador. Alexy (1993) sostiene que la ponderación de derechos es un método de resolución de tensión entre principios de apertura constitucional; por su parte, la Corte Constitucional de Ecuador, ha ido incorporando este método de manera progresiva en su jurisprudencia sobre derechos de acción.

En el Ecuador, por el lado de la doctrina, Grijalva (2012) y Ávila Santamaría (2008) han estudiado el sistema de garantías constitucionales desde una óptica garantista, evidenciando que las medidas cautelares constitucionales son fundamentalmente diferentes a las medidas cautelares en el proceso civil, pues la finalidad de las constitucionales no es la de asegurar la eficacia de una eventual sentencia, sino la de proteger de manera inmediata un derecho fundamental que se encuentra en peligro. La autonomía de este proceso plantea interrogantes técnicas sobre el tipo de criterios que el juez constitucional debe abordar a la hora de otorgar o no la tutela cautelar

La Sentencia N.º 034-13-SCN-CC es un componente relevante del fenómeno macro jurisprudencial, es la primera vez que la Corte Constitucional analiza exhaustivamente cada uno de los criterios que determinan la posible adopción de medidas cautelares en el contexto de una consulta de norma y, al mismo tiempo, judicializa varios parámetros que serán de utilidad en los futuros fallos. Estudiosos han tratado de responder la pregunta sobre cómo la Corte concede los conceptos de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, y de qué modo la Corte impone la carga de fundamentación jurídico a la autoridad judicial.

Otros han abordado cuestiones más concretas sobre la factibilidad de los postulados. Por ejemplo, la falta de parámetros técnicos unificados sobre la evaluación de la urgencia y la necesidad es un problema que Castaneda (2015) vincula con la falta de predictibilidad en el sistema de garantías. Vivi Bustamante (2015) estudia la relación de la independencia de la medida cautelar con los requisitos de procedibilidad, y enfatiza que la verosimilitud del derecho, concepto vinculado al *fumus boni iuris*, no debe confundirse con la cuestión de fondo del problema. Desde la obra de Freire (2016), la proporcionalidad se estudia como límite del activismo cautelar, y destaca que el derecho debe ser protegido, no de manera que se impongan desproporcionadas cargas a terceros o a la colectividad.

Dentro del derecho comparado, la influencia del modelo alemán de proporcionalidad recibido por el Tribunal Constitucional Federal y sistematizado por Alexy (1993) y Bernal Pulido (2007) es visible en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Además, la doctrina interamericana, especialmente los

desarrollos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con las medidas provisionales (Artículo 63.2 de la Convención Americana), contribuye con criterios técnicos adicionales sobre la urgencia y gravedad del daño como requisito previo (Trujillo y Àvila, 2020).

El principal problema de esta investigación radica en la falta de un cuerpo dogmático consolidado respecto a los presupuestos técnicos de las medidas cautelares constitucionales en Ecuador. Aunque la LOGJCC establece requisitos generales, la determinación específica de cuándo una situación es "urgente", cuándo una medida es "idónea" o cuándo excede los límites de la proporcionalidad queda a los criterios interpretativos del juez, quien tiene amplia libertad discrecional. Esta indeterminación genera incertidumbre jurídica y puede llevar a la arbitrariedad en la concesión y denegación de la protección cautelar. La Sentencia N.º 034-13-SCN-CC ofrece un caso privilegiado de análisis para identificar los estándares que la máxima corte constitucional de Ecuador ha construido para enfrentar este desafío técnico.

El objetivo general de la investigación es estudiar los presupuestos técnico-jurídicos de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en el sistema de medidas cautelares constitucionales en Ecuador, mediante el análisis dogmático de la Sentencia N.º 034-13-SCN-CC de la Corte Constitucional.

Los objetivos específicos son: (i) investigar el contexto normativo y constitucional que rige la cobertura en el sistema de garantías jurisdiccionales ecuatoriano, en especial lo que mencionan los artículos 87 de la Constitución y 26 de la LOGJCC; (ii) determinar el enfoque técnico de los supuestos de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, a partir de la dogmática constitucional de ámbito nacional e internacional; y (iii) establecer los parámetros argumentativos y criterios de la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia N.º 034-13-SCN-CC, en relación con los supuestos cautelares.

La hipótesis principal de esta investigación sostiene que la Sentencia N.º 034-13-SCN-CC analiza los criterios técnicos de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas cautelares constitucionales, y que, al ser consistente con la dogmática del principio de proporcionalidad, crea un estándar argumentativo

que es exigible al operador judicial, aportando así una mayor racionalidad y predictibilidad al sistema de garantías judiciales en Ecuador. Las hipótesis derivadas son: (1) los filtros de urgencia y necesidad sirven a un rol de procesamiento que evita que la protección cautelar constitucional se trivialice, pero esto no implica un análisis sustantivo del derecho invocado; y (2) el juicio de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, tal como lo aplica la Corte Constitucional, es de una estructura tripartita del principio de proporcionalidad de la tradición alemana, y se aplica en el contexto del constitucionalismo garantista latinoamericano.

La investigación se justifica desde los enfoques técnico-jurídico, académico y práctico, desde el enfoque técnico-jurídico, el estudio de los presupuestos de las medidas cautelares constitucionales obedece a una necesidad dogmática de primer orden. El dogma de los principios de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, determina la legitimidad de la actuación de un juez constitucional, así como la funcionalidad de un sistema de garantías. La falta de estudios sobre la Sentencia N.º 034-13-SCN-CC, deja un vacío analítico en la formación de los operadores jurídicos y en la jurisprudencia constitucional.

Desde el enfoque académico, la investigación en el posneoconstitucionalismo ecuatoriano, se suma, a la doctrina de las garantías jurisdiccionales y del derecho procesal constitucional, con el enfoque en el desarrollo de la sistematización de la doctrina en la región. La sistematización de los criterios jurisprudenciales sobre medidas cautelares, con la dogmática nacional, a partir del análisis de derecho y la doctrina interamericana, se puede cerrar el espacio de la dogmática.

Los resultados de la investigación ofrecen orientación técnica a los jueces, defensores públicos, abogados en libre ejercicio, litigantes, y los que trabajan con litigios en derechos constitucionales. La fijación de estándares que sean claros para los jueces sobre cómo deben evaluar los presupuestos cautelares contribuye a la seguridad jurídica y a la protección efectiva de los derechos fundamentales. Adicionalmente, este estudio puede sustentar la elaboración de propuestas de reforma a la LOGJCC o a los protocolos de actuación judicial en materia cautelar constitucional.

Palabras clave y conceptos nucleares

Medidas cautelares constitucionales, Urgente cautelar, Necesidad procesal, Idoneidad de la medida, Principio de proporcionalidad, Garantías jurisdiccionales, Corte Constitucional, Ponderación de derechos.

Normativa jurídica

El marco normativo relevante para esta investigación incluye, entre otros:

Norma jurídica	Año	Artículo	Relevancia técnica
Constitución de la República del Ecuador	2008	Art. 87	Los derechos cautelares constituyen una garantía jurisdiccional autónoma que se orienta a cesar o a prevenir las violaciones a derechos fundamentales.
Constitución de la República del Ecuador	2008	Art. 11, num. 3	Principio de aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales; fundamento normativo de la tutela cautelar.
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)	2009	Arts. 26–37	Determina los requisitos de procedencia, trámite, contenido y efectos de las medidas cautelares constitucionales.
Sentencia N.º 034-13-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador	2013	—	Otorga criterios técnicos sobre los presupuestos de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad dentro del régimen cautelar constitucional.
Código Orgánico General de Procesos (COGEP)	2015	Arts. 124–137	Ordena las medidas cautelares del proceso civil ordinario; como referencia comparativa, delimita la especificidad de la cautelar constitucional.
Convención Americana sobre Derechos Humanos	1969	Art. 63.2	Faculta a la Corte IDH a adoptar medidas provisionales; ofrece criterios interamericanos en cuanto a la urgencia y la gravedad del daño.
Reglamento de la Corte Constitucional del	2019	—	Define los plazos y la gestión, dentro del procedimiento

Ecuador	administrativo, que son aplicables a las medidas cautelares ante la Corte Constitucional.
---------	---

Descripción del caso objeto de estudio

El estudio se describe como la entrega de un análisis técnico dogmático de la sentencia N.º 034-13-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador. Esta sentencia corresponde a la consulta de norma hecha por un juez ordinario que pidió un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una norma legal que se aplica al caso sub júdice. Durante el proceso, la Corte tuvo que pronunciarse sobre la existencia de medidas cautelares relacionadas con la aplicación de la norma que se cuestionaba su constitucionalidad.

El interés técnico que presenta esta sentencia, la Corte Constitucional proceduralmente sin que se ceñiera al caso, elaboró de manera sistemática, con vocación de doctrina vinculante, los criterios acerca de la evaluación de los presupuestos judiciales, especialmente en la corte se pronunció sobre: (i) la urgencia como un concepto del juicio, distinto del presupuesto de periculum in mora del proceso civil; (ii) el estándar de necesidad como la coexistencia de la ausencia de otro mecanismo de tutela que fuere igualmente eficaz; (iii) el juicio de la medida de idoneidad solicitada en relación con la naturaleza del derecho que se encuentra amenazado; (iv) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, como la tutela del derecho y las consecuencias de la medida para terceros y los intereses generales de la sociedad.

El caso implicará el análisis de la sentencia, la identificación de los criterios jurídicos empleados por la Corte, el choque de esos criterios con la doctrina tanto nacional como internacional, y la valoración de la coherencia interna del razonamiento judicial. Esta metodología permite comprobar la consistencia de los criterios establecidos por la Corte en el año 2013 con la evolución posterior de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana y de la dogmática comparada.

Metodología a ser empleada

Este estudio tomará el enfoque jurisprudencial-dogmático y cualitativo en relación del derecho constitucional y sus procedimientos. La metodología está estructurada en torno a los siguientes componentes:

Primero, se llevará a cabo un análisis exegético y sistemático de algunas de las fuentes normativas relevantes, la Constitución, la Ley orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y los Reglamentos de la Corte Constitucional, con el fin de localizar el derecho positivo aplicable en medidas cautelares. Así como se desarrolla un estudio dogmático para comprensión del problema y objetivo planteado, este análisis tomará en consideración los criterios de interpretación constitucional planteados por la propia Corte Constitucional (principios interpretativos, unidad constitucional, pro homine, etc.).

En segundo lugar, se realizará un estudio jurisprudencial en profundidad de la Sentencia N.º 034-13-SCN-CC, utilizando las técnicas de análisis del discurso jurídico e identificación de la ratio decidendi y obiter dicta. Se comparará el argumento de la Corte con los estándares dogmáticos del principio de proporcionalidad elaborados por Alexy (1993), Bernal Pulido (2007) y la doctrina del proceso constitucional ecuatoriano.

Finalmente, se realizará la integración de los resultados que consistirá en una síntesis analítica que evalúe la coherencia, consistencia y suficiencia de los criterios técnicos dispuestos por la Corte Constitucional en la sentencia objeto de estudio, con la posibilidad de formular conclusiones que aporten al tema propuesto.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Constitucional Ecuatoriano

El sistema de garantías jurisdiccionales es uno de los pilares del sistema constitucional de derechos y justicia que establece la Constitución de la República del Ecuador de 2008. A grandes rasgos, Ferrajoli (2001) señala que en este contexto, las garantías se entienden como los salvaguardias legales que protegen la efectividad de los derechos legalmente definidos, distinguiendo entre las garantías primarias y secundarias. Mientras que las garantías secundarias son los mecanismos judiciales que permiten reparar o sancionar la violación de esas garantías. En el constitucionalismo ecuatoriano, es esta segunda dimensión a la que pertenecen las garantías jurisdiccionales. Son instrumentos procesales constitucionales diseñados para proteger efectivamente los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) señala los principios comunes a todas las garantías jurisdiccionales: competencia de cualquier jueza o juez del país, impulso de oficio, celeridad, sencillez y eficacia. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC, 2009) las regula de forma sistemática en su Título I, dividiéndolas en garantías de conocimiento —acción de protección, hábeas corpus, acción de acceso a la información pública, hábeas data, acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección— y las medidas cautelares, que se caracterizan por su autonomía procesal y su finalidad preventiva.

El artículo 88 de la Constitución menciona el accionar de protección que se establece como la más amplia jurisdiccionalmente porque se puede impugnar actos u omisiones que lesionan y/o amenazan derechos constitucionales que no se encuentran cubiertos por garantías específicas. Ávila Santamaría (2008) destaca que a diferencia de otros amparos constitucionales en la región, la protección en la Constitución ecuatoriana no requiere el agotamiento de recursos ordinarios, lo que da fuerza a esta acción como una garantía de aplicación inmediata. Esta particularidad es clave para entender el régimen de medidas cautelares, que opera

bajo la misma lógica de protección urgente y/o inmediata, pero con una finalidad puramente preventiva o de cese, y sin entrar a considerar el fondo del asunto.

Según Grijalva (2012), el sistema de garantías jurisdiccionales de Ecuador ha introducido lo que podría considerarse dogmáticamente una idea novedosa: la autonomía de las medidas provisionales constitucionales de las garantías de acceso a los tribunales. En el modelo anterior — Ley de Control Constitucional de 1997 — las medidas provisionales eran accesorias a la protección constitucional. La Constitución de 2008 y la LOGJCC les otorgan la facultad de ser impugnadas de manera independiente, es decir, sin tener que presentar simultáneamente una acción principal. Esta autonomía capta el ámbito circunstancial en el que se origina el fallo No. 034-13-SCN-CC: un juez considera una solicitud de medida provisional independiente presentada por Exportadora Bananera Noboa S.A. contra una orden de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

Recuperando el enfoque del proceso constitucional en el caso de Zagrebelsky (2011), el autor señala que las garantías jurisdiccionales deben concebirse como instrumentos flexibles y elásticos que se pueden adaptar a las diversas circunstancias en las que los derechos pueden estar en riesgo. Esta flexibilidad, sin embargo, no implica una indeterminación: el operador judicial se sujeta a los presupuestos de procedibilidad que se contienen en la LOGJCC, siendo los criterios de urgencia, necesidad e idoneidad, filtros racionales que permiten no desnaturalizar el sistema de protección. En la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador que se analiza en este estudio, la Corte Constitucional alertó acerca del riesgo de la desnaturalización, cuando los jueces otorgan medidas cautelares sin comprobar los presupuestos en forma rigurosa.

1.2 El Control Constitucional en Ecuador: La Consulta de Norma como Mecanismo de Control Concreto

La función del control constitucional consiste en el verificador de la adecuación de las normas de rango legal y de los actos de los poderes públicos con la Constitución y verifica el principio de supremacía constitucional del artículo 424 de la Norma Fundamental. En la constitución ecuatoriana, el control constitucional puede ser abstracto —realizado por la Corte Constitucional sin relación a un caso en

concreto- o puede ser concreto -activado en el ámbito de un caso judicial determinado-. La Sentencia N.º 034-13-SCN-CC está inserta en esta última modalidad, a través de la herramienta de la consulta de norma.

Las consultas sobre una consulta legal se establecen en el artículo 428 de la Constitución y en los artículos 141 a 145 de la LOGJCC. Funciona para un juez por su propia iniciativa o a solicitud de una parte, que considera que hay una disposición normativa legal aplicable al caso sub judice que es contraria a la Constitución o al derecho internacional de los derechos humanos. En este caso, el juez está obligado a suspender el caso y presentar una consulta a la Corte Constitucional, que tiene el poder de emitir un dictamen vinculante respecto a la constitucionalidad de la norma infringida. Este mecanismo ilustra un modelo de control concentrado y concreto, donde la intervención de la Corte se circunscribe a la existencia de un caso judicial pendiente y la relevancia decisiva del caso para la resolución de la disposición legal impugnada tal como señala Ferrer Mac-Gregor et. Al. (2021).

Nogueira Alcalá (2009) divide los sistemas de control constitucional de América Latina entre modelos difusos (donde cualquier juez puede desestimar la aplicación de normas inconstitucionales), modelos concentrados (donde solo el tribunal constitucional tiene este poder) y modelos mixtos (que combinan ambos). Ecuador tiene un modelo mixto, ya que los jueces ordinarios pueden aplicar la Constitución y desestimar en el caso concreto una norma que le sea contraria (Art. 428, último párrafo), pero deben someter la cuestión al Tribunal Constitucional cuando la norma cuestionada sea legal o regulatoria, para obtener una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales y vinculantes.

En el caso que originó el Fallo No. 034-13-SCN-CC, el Cuarto Juez Laboral de Guayas presentó una consulta respecto a los artículos 27 y 42, numeral 6, de la LOGJCC, reglas que establecen los requisitos para el procedimiento de medidas cautelares y los casos de no procedencia, respectivamente. La consulta se planteó en el contexto del caso de medidas cautelares autónomas No. 855-2012. Esta convergencia entre una garantía jurisdiccional (medida cautelar autónoma) y un mecanismo de control constitucional (consulta de la norma) da al caso una particular complejidad procesal y dogmática que justifica el tratamiento diferenciado de las

dos instituciones dentro del marco teórico.

Al resolver la consulta, la Corte Constitucional no se limitó únicamente a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas consultadas (que declaró ajustadas a la Constitución). Utilizó la consulta para dar un desarrollo, un ejercicio de su función de crear jurisprudencia vinculante (art. 436, numeral 6 de la Constitución), sobre algunos presupuestos de las medidas cautelares constitucionales. Esta suerte de ampliación del pronunciamiento de la Corte, más allá del objeto estricto de la consulta, ha sido objeto de análisis crítico en la propia jurisprudencia de la Corte posterior a la consulta, en particular en la Sentencia N. 446-19-EP/24, en la que precisa los límites de la creación de precedentes en el ámbito de consulta de normas.

Esta sentencia permite, en lo fundamental, evidenciar la articulación entre garantías jurisdiccionales y control constitucional que constituye un rasgo estructural del constitucionalismo ecuatoriano y que se traduce en que los mecanismos de tutela de derechos y los instrumentos de control normativo no funcionan como compartimentos estancos, sino que se entrelazan en la práctica judicial cotidiana. Comprender esta interrelación es fundamental para poder establecer con precisión los alcances y límites que los criterios técnicos sobre urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad significan, en la Corte, y que se establecieron en la sentencia que se analiza.

1.3 Naturaleza jurídica y fundamento constitucional de las medidas cautelares

Las medidas cautelares son de vital importancia en el sistema legal actual, pues permiten de un modo garantizar la efectividad en el cumplimiento de las resoluciones de un juez y la custodia de la protección de los derechos fundamentales. En el ámbito del derecho constitucional, en Ecuador, estas medidas son de gran importancia, ya que sirven como herramientas para la inmediata protección de derechos, los cuales se encuentran consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Para la Corte Constitucional de Ecuador (2020), en el presente, las medidas cautelares son un componente esencial en el sistema de garantías jurisdiccionales, y se ocupan de la prevención,

judicialización y eliminación de la vulneración de los derechos constitucionales de manera oportuna y efectiva.

La legislación y los estudios doctrinales han estudiado la esencia legal de las medidas de protección y la evolución de las medidas jurisprudenciales en las últimas décadas. Desde un punto de vista conceptual, una medida de protección se define como pragmáticamente instrumental, temporalmente provisional, y de prevención de un fallo por defecto, y con el propósito de garantizar que el resultado final de una disputa no se vuelva ineficaz debido al transcurso del tiempo, o al comportamiento de las partes involucradas. En términos legales, Ferrer MacGregor et. Al. (2021) argumentan que, en el ámbito constitucional, las medidas de protección van más allá de la función primaria de aseguramiento del proceso ordinario. Las medidas de protección son mecanismos de aseguramiento activos de derechos fundamentales, los cuales, por su naturaleza, no pueden ser retrasados, no sea que impactemos o vulneremos derechos que son difíciles o imposibles de reparar.

En lo que respecta a la construcción normativa de los sistemas jurídicos ecuatorianos, la construcción constitutiva de las cautelares se sostiene principalmente en el artículo 87 de la Constitución de la República, el cual, dentro de las atribuciones que tiene la judicatura, describe la adopción de medidas urgentes que tengan como finalidad la cesación, el evitamiento y el remediar las consecuencias de un acto u omisión ilícito, de una o varias autoridades públicas. Este mandato se complementa con los artículos 26 a 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), que de manera específica abordan los supuestos, requisitos y etapas de tales medidas. Así, Grijalva Jiménez (2019) sostiene que el impacto en la construcción jurídica de las cautelares, en el sistema ecuatoriano, se inscribe en un sistema de protección reforzada de los derechos fundamentales, y lo característico del sistema, como garantista, se inscribe en el sistema ecuatoriano a partir de la Constitución y, en especial, la constitución del 2008.

Un sistema de garantía de jurisdicción debe aplicar los principios del derecho procesal constitucional. En este sentido, la tutela judicial efectiva, la defensa de la

supremacía constitucional, los obstáculos pro homine, la aplicación inmediata de los derechos, la interpretación progresiva de los derechos, la celeridad procesal, son principios que, en conjunto, deben orientarse a la defensa de los derechos de la constitución. En la línea de Ávila Santamaría (2022), los derechos que amparan las decisiones cautelares poseen garantía e impacto en la medida en que los principios que operan son tan abundantes como las acciones de los operadores del derecho. Los operadores del derecho no deben esperar ante la defesabilidad de los derechos constitucionales y la violación de estos derechos.

El estudio de la doctrina comparada acerca de las medidas cautelares constitucionales en el caso ecuatoriano ha sido productivo. De especial importancia es la doctrina que afirma que pueden existir medidas cautelares positivas y negativas en función de la cesación de un acto lesivo u omisivo. Esta diferenciación ha sido sea ampliamente acogida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y desde el 2019 la Corte Constitucional del Ecuador la ha incorporado en un número significativo de sentencias, lo que ha aportado en la comprensión de los alcances y limitaciones de la tutela cautelar en sede constitucional (Salgado Pesantes, 2020).

La justificación teórica para establecer medidas de protección está estrechamente vinculada con la teoría general del proceso y particularmente con los conceptos de proceso judicial efectivo y justo. Para Tobar (2019), las medidas de protección no son un otorgamiento caprichoso a priori de un orden jurídico, sino más bien, una reclamación de protección judicial de un derecho fundamental, una reclamación que se fundamenta en tratados internacionales y la Constitución de Ecuador. Este derecho incluye, aparte del acceso a un sistema judicial y una decisión motivada, la garantía de que la protección será efectiva, lo que solo se puede lograr tomando las medidas necesarias para que no haya cambios en el estado de hecho que harían que la protección judicial fuera ilusoria.

Las medidas cautelares han cobrado mayor protagonismo en el derecho procesal afirmado en el constitucionalismo contemporáneo, en lo que se refiere a los denominados derechos de prestación, cuya efectividad se encuentra supeditada a la adopción de medidas de carácter urgente que impliquen el aseguramiento de su

satisfacción. Al respecto, Pisarello (2021) sostiene que, en lo que concierne a los derechos a la salud, la vivienda, la alimentación y la educación, el alcance de la justiciabilidad de estos derechos se logra a través de la acción de los tribunales, en este sentido, se tiende a dar respuesta a la objeción que, históricamente, ha caracterizado a estos derechos como programáticos y dependientes de la disponibilidad de recursos del Estado. Esta dimensión prestacional de las medidas cautelares plantea importantes desafíos en cuanto a su implementación y seguimiento, lo que requiere de un activismo judicial maduro que, en definitiva, busque un equilibrio entre la protección de los derechos y el ejercicio de las competencias de las entidades políticas.

La constitución da a las medidas cautelares un sentido relacionado al principio de la efectividad de los derechos, donde los derechos no son solo propuestas, sino son normas que se pueden aplicar y exigir. Zagrebelsky (2020) señala que el proceso de transformación del Estado de derecho al Estado constitucional implica otorgar a los derechos fundamentales una fuerza que respalda a todos los poderes del Estado, incluyendo al poder judicial, y que los obliga a tomar medidas para hacerlos efectivamente. En este sentido, las medidas cautelares son herramientas necesarias para convertir la proclamación de los derechos en una protección efectiva, en los casos en donde la urgencia puede hacer que la espera cause un daño irreversible al ejercicio del derecho.

1.4 La tutela cautelar como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva en su artículo 75, de la Constitución de Ecuador, y en otros tratados internacionales que la defensa de los derechos humanos ampara, es la base fundamental para el uso de medidas cautelares. Este derecho no solo comprende el acceso a la administración de justicia y la obtención de una respuesta motivada. También comprende la oportunidad y la utilidad de la respuesta, y que esta se pueda ejecutar. Para Chamorro Bernal (2019), en la tutela judicial efectiva, debe haber una protección jurisdiccional cuando esta se necesite, de modo que las dilaciones del proceso no impidan el acceso a la justicia. Las medidas cautelares son los instrumentos que materializan esta dimensión de la tutela

judicial efectiva.

El enfoque de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la tutela judicial efectiva y medidas cautelares ha sido bastante desarrollado. A este respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana ha manifestado que la tutela cautelar es un componente de la tutela judicial efectiva. A partir de esta construcción, la Corte Constitucional ecuatoriana ha defendido que la negativa, de forma arbitraria o de forma no razonable, de la obtención de medidas cautelares, que son necesarias para no frustrar el ejercicio del derecho, constituye un atentado de la tutela judicial efectiva. Como expresa Ortells Ramos (2022) el derecho de demanda judicial que la parte interesada tiene en cuanto a la medida cautelar, de forma amplia, ha provocado un cambio en la percepción de la tutela judicial efectiva. Este derecho de demanda, que no es absolutamente y no está incondicionado, en la mayoría de situaciones, propicia la necesidad de mayor justificación a los jueces, en el caso que opten por no conceder las medidas solicitadas.

El sistema interamericano de derechos humanos considera el sistema de protección de medidas cautelares como parte integral de los derechos de acceso a la justicia consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana ha sido enfática en señalar que los Estados están en la obligación de procurar que las vías de hecho sean, no solo de manera formal, pero también de hecho. Esto implica que expidan mecanismos cautelares que paren la ocurrencia de/ la no consumación de actos de violación que no pueden ser revertidos en el transcurso de la justicia. Tal y como lo indica García Ramírez (2023), la Corte ha podido, en algunas ocasiones, otorgar medidas cautelares debido a la justicia y la gravedad de los actos, lo que ha permitido a la Corte Interamericana ejercer un control de primera línea sobre la protección de derechos.

1.5 Presupuestos procesales de las medidas cautelares: peligro en la demora y verosimilitud del derecho

La procedencia de las medidas cautelares en el sistema procesal constitucional ecuatoriano se encuentra bajo los dos principios básicos que han sido suficientemente desarrollados en la jurisprudencia doctrinal y constitucional:

periculum in mora (el peligro en la demora) y fumus boni iuris (la apariencia de buena fe de la ley o la credibilidad de la ley invocada). Estos dos principios, que han sido recogidos en la legislación en el Artículo 26 de la LOGJCC, permanecen como los dos pilares fundamentales para el razonamiento judicial al analizar y determinar la presencia o ausencia de una medida cautelar solicitada en el ámbito de las acciones constitucionales. En opinión de Storini y Navas Alvear (2019), la justificación de la existencia de estos pilares fundamentales ha sido equilibrar la inmediatez para la protección de la reclamación de derechos y los principios del debido proceso y la seguridad jurídica, con el fin de prevenir intervenciones judiciales arbitrarias y no meritorias.

El periculum in mora comienza cuando existe algún derecho que podría verse amenazado con un daño grave que es irreparable o muy difícil de reparar debido al tiempo que lleva gestionar y resolver el procedimiento principal. Esto, a su vez, requiere una cierta consideración por parte del juez constitucional respecto a la existencia de un riesgo real y actual para los derechos fundamentales que, en ausencia de los mecanismos de protección ordinarios, corren el riesgo de perderse, y debido a que hay tanto tiempo hasta la sentencia definitiva, el derecho fundamental del demandante quedará sin protección. De acuerdo con la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional en el caso No. 034-13-SCN-CC, el peligro en la demora debe ser visto con razón y debe aplicarse el principio de proporcionalidad, tanto en lo que respecta al derecho amenazado como a las circunstancias fácticas del caso en cuestión (Benavides Ordóñez & Escudero Soliz, 2020).

El término fumus boni iuris se relaciona con aspecto jurídico y se traduce como “la existencia probable de cierto derecho”. Esto hace referencia a la existencia de un derecho que el demandante dice haber sido vulnerado y que se le está amenazando. Esto no obliga a la parte demandante a probar, de forma categórica y definitiva, la vulneración y omisión de un derecho, ya que eso se relaciona con el fallo de un caso. Es de hacerse una prueba que sea, al menos, con base razonable, a partir de elementos que sean objetivos y comprobables, y solo así la demanda podrá tener el derecho a la protección de una acción legal y tenga sustentos de hecho. Jurisprudencia especializada ha mencionado que no se debe ser tan riguroso cuando

se trata de probar la verosimilitud del derecho y el motivo de esto es que la protección del derecho se realiza con carácter de urgencia, ya que no se puede contar con un debate completo (Oyarte Martínez, 2021).

La conexión entre los dos presupuestos ha visto importantes avances jurisprudenciales en el derecho comparado latinoamericano. Varios tribunales constitucionales en la región han adoptado lo que la doctrina denomina el principio de 'proporcionalidad inversa' o 'ponderación móvil'. Cuanto más intensa y visible sea la amenaza del retraso, menor será la necesidad de probar la veracidad de la reclamación y viceversa. Este criterio interpretativo, aunque no aceptado explícitamente por la Corte Constitucional ecuatoriana, se refleja en algunas decisiones judiciales que han relajado los requisitos para la imposición de medidas cautelares cuando existían derechos de particular trascendencia constitucional o cuando la amenaza era particularmente o inminentemente severa (Nash Rojas & Núñez Donald, 2022).

Una de las vertientes más interesantes de la implementación de estos presupuestos procesales es que el juez constitucional, a fin de ordenar el procedimiento con alguna de las partes, deberá, primero, realizar una argumentación contextual de las circunstancias de la causa y, en particular, la vulnerabilidad de las personas o grupos involucrados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado, con cierta recurrencia, que en los casos en que aparecen personas en situación de vulnerabilidad, como es el caso de niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, personas de la tercera edad, mujeres en situación de violencia, pueblos indígenas, personas privadas de libertad, deben realizar el análisis del *periculum in mora* con mayor rigor, dado que estos grupos presentan riesgos de carácter diferenciado y agravado (Medina Quiroga & Nash Rojas, 2019).

El riesgo derivado de la espera implica que el juez tiene que hacer algún tipo de pronóstico, de los efectos que el transcurso del tiempo puede provocar sobre el derecho que se invoca. Este tipo de pronósticos, si la espera no es exorbitante, se pueden fundamentar en elementos que son objetivos y de fácil razonamiento. De aquí que en esta clase de análisis no se puede incurrir en lo puramente especulativo, así como tampoco se puede pretender algún tipo de certeza que es desmesurada y

que desnaturalizada la esencia de la cautela. Como lo explica Calamandrei (2020), el peligro en la demora no es lo mismo que el simple paso del tiempo, es más, es un riesgo y es un riesgo que hay que calificar, y que, con el transcurso del tiempo, se puede producir un daño que es irreparable o de muy difícil reparación a un derecho fundamental. Esta aclaración es fundamental para que la simple existencia del proceso no se considere automáticamente como un motivo para la procedencia de las medidas cautelares.

En relación con el *fumus boni iuris*, la jurisprudencia constitucional ha establecido diversos estándares de prueba dependiendo de la naturaleza de la ley invocada y los detalles del caso. La existencia de un derecho legal parece ser válida, a prima facie, con la evidencia provista por el solicitante y para el dicho derecho y, se necesita un análisis sustantivo detallado para confirmar la violación del derecho. Por lo tanto, en caso de derechos fundamentales urgentes, es decir, el derecho a la vida, la salud o la integridad personal, algunos tribunales han relajado el requisito, afirmando que es suficiente que no haya una falta obvia de mérito legal en la reclamación (Peyrano, 2021).

1.6 El *periculum in mora* en el contexto de los derechos fundamentales

El estudio del *periculum in mora* adaptado de lo civil al constitucional, posee particularidades que lo distinguen de lo que es usual. En lo civil, el peligro de la mora se vincula casi siempre al temor de que el deudor no pague o que se pierda el objeto del litigio. En el caso de las jurisdicciones, el peligro se vincula con la inminencia de la causación de un daño que se torna irreversible o que se minusvalora un derecho fundamental, de los muchos de rango constitucional que se encuentran dentro de la litigación. Esta diferencia conceptual establece que el *periculum in mora*, en el ámbito constitucional, debe ser analizado en virtud de la naturaleza y rango de los derechos de los que se trate y los efectos que dicha afectación puede generar en la dignidad humana y en el ejercicio de otros derechos, cualquiera que estos sean (Rodríguez-Arana, 2019).

La jurisprudencia constitucional ha interpretado ampliamente el concepto de irreparabilidad del daño, considerado como uno de los componentes del *periculum in mora*. Se sostiene que un daño es irreparable no solo cuando es completamente

imposible volver las cosas a su estado anterior a la violación, sino también en situaciones donde la reparación, aunque posible, no afecte el daño en su totalidad, o cuando, debido al transcurso que se ha dado, el derecho queda protegido de una manera tan inútil que el sentido de la protección se pierde. Gozáini (2023) afirma que la irreparabilidad, en su sentido más amplio, es muy significativa en cuestiones de derechos personalísimos, como el derecho a la intimidad, y el derecho al honor y a la propia imagen, en los cuales la afectación, en términos de daño inmaterial, es muy difícil de reparar, seguramente, a través de los mecanismos de reparación que el ordenamiento jurídico contemple.

El carácter inminente del daño es también un elemento del *periculum in mora* que debe ser probado por la persona que solicita la medida cautelar. La inminencia implica que hay que valorar la tasa de la consumación del daño. En este sentido, el daño no es simplemente hipotético o eventual sino que hay que tomar medidas urgentes para evitar que el daño se materialice. La inminencia de los daños es un aspecto que debe ser atendido por el juez de manera particular y por lo tanto debe realizar un caso por caso, y para eso debe analizar la rapidez con la que la situación que causa el daño se desarrolla, porque el daño no ha sido nada más que un acto preparatorio que pure la consumación de un daño, y en caso de que no se actúe de manera judicial, se espera la existencia del daño en un breve lapso de tiempo (Hitters, 2020).

1.7 Principios rectores en la concesión de medidas cautelares: urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad

El reconocimiento de principios cautelares que orientan la actuación y delimitan la concesión de medidas cautelares en el ámbito constitucional, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, se consideran principios rectores, o en su caso, principios estructurantes; el objetivo es que, dentro de la finalidad de la protección de derechos, se preservar el equilibrio de la afectación de otros derechos o intereses que se encuentren en juego, y que la afectación no sea desproporcionada o carente de razonabilidad. En este sentido, y en virtud de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional de Ecuador ha determinado de manera unánime y de forma orientadora cuatro principios que deben

primar en la concesión de medidas cautelares: 1) urgencia; 2) necesidad; 3) idoneidad; y 4) proporcionalidad. Para Porras Velasco (2022), la aplicación de estos cuatro principios ha de considerarse en la evaluación de la constitucionalidad de las decisiones judiciales, en el ámbito de las medidas cautelares, en su carácter de parámetro o directriz.

La economía procesal se relaciona con el presupuesto del *periculum in mora* porque se tienen que adoptar las medidas de forma inmediata, sin retrasos, ante la comprobación de una amenaza a los derechos. Este principio le impone al juez una obligación de actuar en el menor tiempo posible, que a la mayor brevedad se adole de las formalidades que no sean estrictas del expediente, y se anteponga la efectividad a la protección. La urgencia, aquí, no se relaciona exclusivamente al tiempo a que se dispense la medida, sino a la inmediatez de la actividad a la que debe desplegar. Es decir, podría decirse que la actividad de un juez adquiere relevancia por el solo hecho de que la medida cautelar se puede tornar ineficaz, cuando el juez no la adopta a tiempo y el daño se ha consumado. Trujillo Vásquez y Avila Linzán (2020) el principio de urgencia impone una carga a los jueces constitucionales de priorizar el estudio y resolución de las medidas cautelares, aun cuando eso implique una postergación en el conocimiento de otras materias que no son urgentes.

Por principio de necesidad, una medida es necesaria solo cuando no existe otro medio legal, cuyo uso produzca menos gravámenes y restricción y logre el mismo estándar de protección. Este principio tiene una relación directa con el subprincipio de necesidad del test de proporcionalidad, y obliga al juez a pensar en un conjunto de alternativas de protección y seleccionar la que, en mayor medida, cause menos invasión y restricción a otros derechos o intereses legítimos y que, a la par, siga siendo igual de efectiva. Montaña Pinto (2021) indica que en el caso de medidas cautelares constitucionales, el test de necesidad impone al juez una búsqueda activa de medidas alternativas, en contraposición a la mera consideración de la utilidad de la medida solicitada, en comparación con la ausencia de una medida alternativa que sea igual de adecuada y menos restrictiva.

El principio de idoneidad, también conocido como el principio de

adecuación, establece que a medida cautelar en atención a sus características particulares debe estar destinada a conseguir los objetivos de orden constitucional que, en el caso, debe versar sobre la efectiva protección de los derechos, el cuál se encuentra amenazado o vulnerado. Una medida cautelar podrá ser considerada como idónea siempre que exista una relación de causalidad entre el contenido de la medida cautelar en el caso concreto y el objetivo de evitar o hacer cesar la afectación que se encuentra en el ejercicio de la pretensión, de modo que la medida a ser decretada suponga una efectiva y real protección a la vulneración.

Principios como la idoneidad y la razonabilidad que desde el ejercicio de la función jurisdiccional se debe promover, impone a quien deba adoptarla, una evaluación o razonamiento hacia el futuro sobre los cambios que la medida cautelar propuesta podrá generar o introducirá en el estado de cosas, de modo que se deberá desvirtuar también, por la sola existencia de la medida, el estado de vulnerabilidad como existe. Como se destaca en Cueva Carrión (2019), dentro de la razonabilidad de una medida cautelar, se debe considerar efectivamente la ejecutabilidad de la medida, de tal modo que una medida cautelar que resulta inejecutable no satisface el principio de Idoneidad, por más que la medida cautelar pueda a simple vista ajustarse a derecho, no pueda lograrse.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a que debe de existir un equilibrio entre los beneficios que la medida cautelar otorga para la protección del derecho en riesgo, y los costos y/o afectaciones que dicha medida puede producir sobre otros derechos, bienes, o intereses que sean constitucionalmente tutelados. Esto implica que el juez debe realizar un ejercicio de ponderación cuyo equilibrio se centra en la gravedad de la afectación al derecho que se busca resguardar, y la magnitud de las restricciones que la medida cautelar pudiera generar a otras personas o al interés colectivo. Una medida cautelar es proporcional en el beneficio que otorga en la protección de derechos fundamentales en comparación a los costos que se afectaron o, en su defecto, que sean similares, pero se deba a la especial importancia del derecho que se protege. García Falconí (2023) considera que el test de proporcionalidad debe aplicarse con mayor rigor en el caso que las medidas cautelares puedan suponer restricciones a derechos de terceros de buena fe o que se lesionen los intereses fundamentales en la seguridad

jurídica y el interés público.

La aplicación combinada y armoniosa de estos cuatro principios es un presupuesto ineludible para garantizar la legitimidad constitucional de las medidas de protección. La Corte Constitucional ecuatoriana ha enfatizado que el incumplimiento de cualquiera de estos principios sesga la decisión judicial que concede la medida de protección, haciéndola susceptible de ser revocada o modificada. Además, ha indicado que corresponde a la parte solicitante aportar suficientes elementos fácticos y legales para que el juez evalúe estos principios, sin que esto implique que está trasladando la carga de la prueba que correspondería a un juicio ordinario (Vintimilla Saldaña & Erazo Bustamante, 2022).

La complejidad adicional de la aplicación de los principios rectores en el caso de las medidas cautelares se centra, en especial, en su reducción en el tiempo y, en particular, en la proporcionalidad. Si las medidas cautelares son, en principio, provisionales y son modificables o revocables, su análisis de proporcionalidad debe ser flexible y dinámico, de acuerdo con el cambio de las circunstancias que justifiquen la medida cautelar. Como explica Marinoni (2024), esta particularidad o dimensión temporal, implica que la función de los jueces de control de los recursos tiene que ser activa en cuanto a la medida cautelar que se discute, en el sentido de que tiene que hacer un control que revise la necesidad, la idoneidad, y la proporcionalidad, y el control de las circunstancias que justifican el mantenimiento o la modificación o eliminación de la medida.

1.8 El principio de proporcionalidad como eje central del análisis cautelar

El principio de proporcionalidad ocupa una posición central en el sistema de control de medidas preventivas, sirviendo como una herramienta metodológica para resolver las tensiones que surgen cuando la protección urgente de un derecho fundamental constituye una violación a otros derechos o intereses legalmente protegidos. La estructura tripartita de la prueba de proporcionalidad (a menudo denominada sub-pruebas de proporcionalidad) tiene tres componentes: estos son, adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta. La teoría constitucional contemporánea ha construido sobre estas estructuras tripartitas y pruebas de proporcionalidad, y estas han sido, en el derecho comparado, recibidas en la

jurisprudencia de varios tribunales constitucionales. Como señala Alexy (2021), la prueba de proporcionalidad es la estructura racional del principio de proporcionalidad y asegura que el ejercicio, orden y control del análisis de constitucionalidad de las medidas que restringen derechos se realicen de manera clara y controlada.

La primera parte del juicio de proporcionalidad es idoneidad, este juicio busca ver si las medidas son capaces de alcanzar el objetivo constitucional. Las medidas cautelares son medidas que tratan de proteger un derecho que ya está siendo amenazado o que ha sido violentado. La idoneidad de las medidas cautelares debe evidenciar que, dentro de un contexto, la medida tomada sirve para evitar una acción que está causando un daño. La idoneidad no tiene que ver que la medida deba de garantizar una protección de forma absoluta. Silva Sánchez dice que la idoneidad del caso de las medidas cautelares debe ser menos estricta que en el caso de las medidas definitivas, ya que la urgencia no permite crear diseños de soluciones perfectas.

El análisis de la necesidad, la segunda etapa del test, el juez debe determinar si hay alguna otra medida que, siendo de la misma eficacia, resulte menos gravosa o que restrinja menos otros derechos e intereses. Este análisis comparativo es parte de las exigencias del test de proporcionalidad que resulta más complejo, dado que le exige al juez un esfuerzo de imaginación institucional, que le permita identificar otras medidas que, tal vez, las partes no propusieron de manera expresa. En el caso de las medidas cautelares, el juicio de necesidad cobra especial importancia, dado que la medida que se solicita puede implicar restricción de derechos de terceros o del interés general. En estos casos, el juez debe buscar activamente si hay medidas que no sean tan invasivas y que logren un mismo grado de protección (Bernal Pulido, 2023).

1.9 Características esenciales de las medidas cautelares: instrumentalidad, provisionalidad y mutabilidad

En el sistema constitucional ecuatoriano, las medidas a tomar contienen conjuntos que tienen características especiales que las diferencian tanto de las decisiones sobre el fondo, como de otros instrumentos procesales de protección de

derechos. Estas características, que la doctrina del proceso constitucional ha tratado extensamente y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido, se relacionan con la naturaleza particular de la orden de protección y dictan el régimen jurídico particular que le es aplicable. Entre las más destacadas de estas características se encuentran el instrumentalismo, la provisionalidad y la mutabilidad, que, aparte de estar relacionadas entre sí, definen el alcance y los límites de la acción judicial de la corte sobre las medidas de protección. Según Zavala Egas (2020), entender estas características es fundamental para evitar la inaplicación de las medidas de protección que puede traducirse en un activismo judicial excesivo o en una protección insuficiente de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional explica que la “instrumentalidad” es que las medidas cautelares se vinculan a un proceso que la justifica y que deben estar subordinadas a su existencia. Este rasgo muestra que las medidas cautelares, desde un punto de vista jurisdiccional, carecen de total autonomía y que su existencia depende de la continuidad del proceso. También, la Corte, con relación a la restricción que la medida cautelar posee en su legalidad, dice que, desde el punto de vista de la “instrumentalidad” de las medidas cautelares, se deben vincular con la finalidad que tiene el objeto del proceso principal, de modo que la medida cautelar, en su contenido y alcance, esté orientada a que se haga realidad la sentencia que el proceso principal le depara. Este principio, como bien señala Andrade Ubidia (2021), en la relación que tiene la medida cautelar con el proceso principal, no se trata de una subordinación de forma, sino que se trata de una relación de subordinación de la medida cautelar, como un instrumento, en función de la tutela judicial efectiva.

La provisionalidad se capta en su vigencia temporal y transitoria. Esto quiere decir que las medidas cautelares se dictan por el tiempo estrictamente necesario para la tutela del riesgo que motivó su adopción. La vigencia de las medidas cautelares, a partir de la temporalidad presentada, es limitada, dentro de los siguientes eventos: 1. se dicte una sentencia definitiva del proceso principal; 2. hubo un cambio de condición de hecho que motivó su adopción; 3. se verificó que son innecesarias, inapropiadas o desproporcionadas. Doctrinalmente, se ha afirmado que la provisionalidad no debe confundirse con la precariedad, porque mientras una

medida sea provisional, es válida y debe hacerse cumplir con la misma rigidez que cualquier otra decisión judicial, con las advertencias y las sanciones que la ley prevé para la desobediencia (Loos, 2019).

La mutabilidad permite cambiar, aumentar, disminuir o revocar las medidas cautelares, dependiendo de los factores que motivaron su adopción. Esta característica busca la reducción de la protección, ajustándole a las exigencias del caso, sin que haya cosa juzgada con relación a las decisiones que se tomen en función de las medidas cautelares. La LOGJCC en su artículo 29, dentro de los rasgos de la mutabilidad, establece que las medidas cautelares podrán ser modificadas o revocadas en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, cuando el juzgador percibe que los fundamentos a los que se ha hecho referencia ya no existen o han cambiado. Para Chiriboga Zambrano (2024), la mutabilidad de las medidas cautelares es, en efecto, la conjunción entre la naturaleza de las medidas cautelares como tutela efectiva en la virtud, puesto que la protección que se otorga se mantiene siempre vigente en adecuación a la realidad del caso, por lo que la actuación del juez siempre será oportuna.

Los jueces constitucionales deben analizar las características señaladas al resolver las solicitudes cautelares. También las partes deben analizar dichas características al formular o contestar las impugnaciones. En este contexto, la solicitud debe ser instrumental, ya que la fundamentación debe referirse al objeto del proceso, es decir, al derecho sobre el cual versa la controversia, y no puede formularse de manera genérica ni desvinculada de la pretensión constitucional. En el mismo sentido, la provisionalidad, como característica de las medidas, implica que los jueces deben revisar las medidas en función de las causales que las justificaran, desde que las decidan, y no debe haber un olvido de la medida cautelar, al menos hasta la sentencia. Finalmente, la mutabilidad de las medidas permite a las partes solicitar su modificación o revocatoria, a pesar de que no debe tratarse de un abuso de derecho ni de un aclamo a la administración de justicia, es una situación que las partes deben poder alegar (Morales Tobar, 2023).

La relación entre la naturaleza instrumental y autónoma de las medidas cautelares ha suscitado una considerable discusión doctrinal. Es cierto que las

medidas dependen de un procedimiento principal, pero eso no significa que sean procesalmente no autónomas. De hecho, el artículo 27 de la LOGJCC faculta a los jueces para ordenar medidas cautelares antes de que se presente formalmente la acción constitucional correspondiente, en situaciones de especial urgencia en las que la demora en el procesamiento de la acción podría hacer que cualquier protección posterior fuera inútil. Este escenario, que se conoce como medida cautelar previa o autónoma, muestra que no todas las instancias negativas son incondicionales ni que en casos excepcionales, las medidas cautelares pueden tener un cierto grado de autonomía temporal en relación con el procedimiento principal (Serra Domínguez, 2020).

La provisionalidad de las medidas cautelares debe relacionarse con el concepto de precaución procesal y el riesgo de que, en el caso de que la tutela cautelar se convierta en una decisión de fondo, se dé una decisión de fondo entre otras. Esta tensión se aprecia con claridad en las llamadas medidas cautelares anticipatorias, en las que se anticipa la ejecución total o parcial de la sentencia final. Aquí, la provisionalidad cuenta como límite, de forma que la medida cautelar no se convierta en una decisión de fondo sin que previamente se haya dado la oportunidad de debatir e impulsar un análisis de fondo en el asunto. Como señala Taruffo (2021), la provisionalidad implica que siempre existirán medidas cautelares que, por estar en una condición que admite la reversibilidad, la consolidación de situaciones de hecho que puedan prejuzgar el resultado del proceso principal.

1.10 Tipos de medidas cautelares en el sistema constitucional ecuatoriano

La legislación ecuatoriana establece un sistema de medidas cautelares en su forma más abierta y flexible. Por esa razón, cada juez tiene más libertad para adoptar decisiones que estime necesarias y más convenientes para asegurar la tutela de los derechos que se encuentren amenazados o vulnerados. De los distintos sistemas legales que existen, nuestra legislación es la única que se caracteriza por la alta discrecionalidad que le asigna al juez constitucional para decidir sobre las medidas cautelares, siempre que las mismas se vinculen a los derechos de las personas y se ajusten a los principios de razón y constitucionalidad que han sido analizados anteriormente. El artículo 27 de la LOGJCC da ejemplos de la diversidad de medidas

cautelares que se pueden adoptar, así como de medidas que son positivas, negativas, conservativas o anticipatorias. Salgado Pesantes (2021) menciona que esta libertad en la estructura de las medidas cautelares es una de las fortalezas del sistema ecuatoriano debido a que el poder judicial tiene la posibilidad de adaptarse a las particularidades de cada caso y no caer en una rigidez que obstaculice la efectividad del sistema.

Las medidas cautelares positivas son aquellas que presuponen la ejecución de una actividad por parte de un demandado, sea un ente público o un particular, que consista en la realización de un acto que permita la defensa o restablecimiento de un derecho. Este tipo de medidas se adoptan en virtud de una omisión o un actuar que se encuentra injustificadamente en un estado de inactividad en el sujeto que, por su obligación, debe accionar. Se puede mencionar, como eje de esta medida, la negativa de un ordenamiento que prohíba el ejercicio de la salud de un individuo, la de matricular a un alumno que ha sido injustamente sacado de la cláusula de la educación, o la de restablecer servicios que son, de por sí, elementos básicos de la salud. Para Ávila Santamaría (2019), estas cautelares positivas son medidas que, en su cumplimiento, presentan un particular tipo de dificultad, ya que por lo general se necesita de un complejo gasto de bienes de la administración pública o de un acto que, de orden complejo, no se pueda realizar de manera inmediata.

En análisis, las medidas cautelares negativas son órdenes de abstención que buscan evitar que la autoridad o un particular realice o consuma alguna acción que dañe los derechos fundamentales. Esto se define por un individuo que ejerce su derecho a abstenerse o tratar de evitar consecuencias negativas para sí mismo al prohibir o retrasar ciertas acciones. En esta categoría encontramos la suspensión provisional de actos administrativos considerados ilegales; cesación de violencia o acoso; prohibición de desalojo que ya está sujeta a procedimientos judiciales; y suspensión temporal de actividades de construcción que puedan causar daños irreversibles al medio ambiente. La Constitución ecuatoriana, a través de su jurisprudencia, ha manifestado que las medidas cautelares negativas son especialmente procedentes en los casos en los que se nota que si la conducta lesiva se sigue produciendo, se van a agravar los prejuicios, en orden a dificultar la reparación del derecho que se ha lesionado o que, en su defecto, se vuelva imposible

la reparación del derecho que se ha lesionado (Zambrano Álvarez, 2022).

Las medidas cautelares conservativas se centran en el mantenimiento del estado de cosas existente al momento de su adopción y la restricción de la modificación de las situaciones fácticas o jurídicas que podrían frustrar la efectividad de la sentencia definitiva. Estas medidas no son siempre ordenar hacer o dejar de hacer algo, sino evitar que se alteren las circunstancias relevantes al proceso. Entre las medidas conservativas se encuentran la prohibición de la enajenación o de la gravación de los bienes que son el objeto de la disputa, la orden de retención de la persona en el ejercicio de su cargo o de la función mientras se resuelve la controversia, y la disposición sobre la conservación de documentos o de prueba que se podrían destruir. Como señala Oyarte Martínez (2020), en las medidas conservativas, la sumatoria del tiempo y la acción de las partes en algunos casos se convierten en un hecho, lo que podría llegar a hacer irrelevante la decisión de fondo.

Finalmente, las medidas anticipatorias, o medidas de satisfacción de carácter anticipado, reflejan los efectos del fallo definitivo, total o parcialmente, que pueden o no emitirse en el proceso principal. Estas medidas proporcionan al solicitante, de antemano, total o parcialmente, la misma protección provisional que puede o no obtener con el fallo definitivo, cuando las circunstancias del caso lo justifican. No obstante que las medidas anticipatorias sean excepcionales, solo se pueden adoptar cuando los requisitos de *periculum in mora* y *fumus boni iuris* son bastante extremos y en casos en que es evidente que, de dictarse una sentencia definitiva, el titular del derecho va a sufrir un daño gravísimo e irreversible. La Corte Constitucional Ecuatoriana ha dicho que, de los casos analizados, establece los criterios más rigurosos para las medidas anticipatorias, señalando que debe existir una probabilidad alta de que las demandas del proveedor triunfen en el fallo y que el derecho en controversia tenga un substrato constitucional (Narváez Bonnet, 2024).

La tipología reflexiva de las medidas cautelares mencionadas anteriormente no debe entenderse como un sistema de categorías estrictas y no superpuestas. En cambio, representan una tipología de medidas interrelacionadas que pueden aplicarse en un solo caso. De hecho, una medida cautelar puede ser simultáneamente de naturaleza positiva y conservatoria, o puede combinar elementos de prohibición

con elementos de mando. Hacer formal una medida no es el aspecto relevante, sino más bien el diseño de las medidas y las particularidades del caso y de la medida constitucional que se pretende servir. Como señala acertadamente Grijalva Jiménez (2023), la creatividad judicial en el diseño de medidas cautelares ad hoc es una clara manifestación del papel proactivo que deben desempeñar los jueces constitucionales en la protección de los derechos fundamentales, y el caso no puede describirse como un ejercicio arbitrario del poder siempre que las medidas se mantengan dentro de los límites de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

La relación entre las medidas cautelares y las medidas de protección que pueden ser adoptadas en otros procedimientos particulares, como los procesos de violencia intrafamiliar, y los procedimientos de protección de la niñez y la adolescencia, es algo que llama la atención. Si bien estas medidas de protección y las medidas cautelares de carácter constitucional persiguen brindar una tutela de carácter urgente a derechos que se encuentran en una situación de amenaza, debido a los diferentes sistemas de procedencia, régimen jurídico y los mecanismos de control que se encuentran en cada una de ellas, las diferencias son evidentes. La coexistencia de sistemas de protección urgente, como los describe Llanos Escobar (2022), genera desafíos en la coordinación y articulación que deben ser abordados, en atención al incremento de la protección de los derechos, evitando en lo posible los cruces de tutela y los vacíos de tutela.

1.11 El test de proporcionalidad como herramienta de control en medidas cautelares

El test de proporcionalidad es una de las herramientas metodológicas más importantes desarrolladas por la teoría constitucional contemporánea para ayudar a resolver conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos y otros bienes o intereses protegidos constitucionalmente. En el ámbito de las medidas de protección constitucional, este test es particularmente relevante, ya que examina si la intervención judicial ordenada está constitucionalmente justificada en función de los derechos y los intereses en juego. La estructura clásica del test de proporcionalidad, tal como se ha desarrollado hasta este punto por la jurisprudencia constitucional comparada y adoptada por la Corte Constitucional de Ecuador, tiene tres sub-

principios o criterios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Cada uno de estos sub-principios es explicado por Bernal Pulido (2023) como teniendo un papel distinto en el análisis de la constitucionalidad de las medidas de restricción de derechos, que, argumenta, operan *sui generis*, secuencialmente y de manera acumulativa.

El juicio de idoneidad se conoce como test de adecuación o test de aptitud y opera la verifica la idoneidad de la medida cautelar que se hubiese adoptado respecto de la posibilidad de alcanzar la finalidad de la protección constitucional del derecho que se encuentra amenazado o vulnerado. Una medida es idónea si existe una relación de causalidad empírica entre la medida y el logro del objetivo que se quiere proteger, es decir, que la medida cautelar sirve para evitar, cesar o remediar una afectación sobre el derecho fundamental. La idoneidad no requiere que la medida sea la más extrema o la que proteja el derecho de manera más absoluta, sino, que en el peor de los casos, contribuya a proteger el derecho. Considera que, tal como lo indica Lopera Mesa (2021), el juicio de idoneidad es un primer control de constitucionalidad que permite la exclusión de medidas que, en el mejor de los casos, son inútiles o que se pueden oponer de manera irracional a los intereses que se quieren proteger, por lo que, en consecuencia, no se dejen de lado la protección de otros derechos o intereses.

El juicio de necesidad conlleva un estudio en función de la comparativa que pueda existir entre la medida cautelar adoptada y otras medidas que, en principio, podrían resultar idóneas para la protección del derecho en cuestión, a los efectos de determinar la existencia de alguna opción de comparativo menor que, de igual manera, garantice el mismo nivel de protección. Hacer un juicio de esta naturaleza, significa que, en cierta medida, no debería existir el impacto de la medida aduanera, que, de igual manera, debiera resultar efectiva, y que, por el contrario, debiera ser o resultar menos invasiva en la medida de la afectación de los derechos o de los intereses en los derechos que son de rango constitucional y que también son de carácter fundamental. Este tipo de construcciones, en la mayor parte de los casos, requieren de una metodología que, en términos sencillos, signifique, por un lado, la búsqueda de otras alternativas que no sean de tanta afectación, y por el contrario, de una justificación mayor a la singularidad del uso de la medida. Como bien lo analiza

Clérico (2019), el juicio de necesidad, en cuanto test de razonabilidad, es una aplicación del principio de menor intervención en los derechos fundamentales.

Para algunos expertos el concepto de juicio de la proporcionalidad en sentido estricto, o ponderación, se refiere a la pregunta de si el objetivo que se pretende alcanzar con la medida cautelar se justifica con el alcance de la restricción que la medida causa a otros derechos o intereses constitucionales. En este momento, el juez realiza un balance entre los beneficios que la medida tiene para la protección del derecho amenazado y los costos en los que se pueda incurrir en relación a otros derechos o bienes jurídicos. Una medida, en términos de estricto sentido, será proporcionada cuando el valor del objetivo supere el valor del derecho o el interés que se sacrifica, o cuando, incluso cuando, haya razones constitucionales para justificar un balance a favor de proteger el derecho a través de la medida. Como explica Alexy (2021), esta es, de hecho, la parte más importante de la evaluación de la proporcionalidad, y el juez debe presentar las razones por las cuales considera que el beneficio es mayor que el costo o lo contrario.

Lo primero que hay que tener en cuenta sobre las medidas cautelares constitucionales es que, debido a que son urgentes, el juez debe hacer el análisis de proporcionalidad en función de la información que tiene en el momento que toma la decisión, y no se puede esperar que el juez haga un análisis más profundo que, en principio, podría retardar la protección del derecho de forma irrazonable. Segundo, dado que se trata de medidas cautelares y mutables, el análisis de proporcionalidad debe revisarse a la luz de cambios en las circunstancias fácticas o legales del caso, y la medida puede ser modificada o revocada si no supera alguna de las etapas del test. Por último, en los casos que involucran los derechos de grupos particularmente vulnerables o derechos de valor constitucional urgente, el test de proporcionalidad debe aplicarse de manera más indulgente, de forma protectora, a favor del principio pro homine (Contesse Singh, 2022).

La ponderación de derechos en conflicto en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, exige de forma precisa, que el juez identifique qué derechos e intereses se encuentran en conflicto en el caso concreto. No se trata de enunciar en abstracto que la medida de protección de la construcción en conflicto, resulta siendo

una protección de un derecho fundamental. Es necesario precisar qué parte del derecho en cuestión se encuentra en peligro y a qué nivel se encuentra en riesgo. También, en el caso que la medida de protección implique restricciones o en otros derechos de la construcción en conflicto, se debe atender a cuáles derechos específicos se encuentran afectados y a qué nivel se ven impactados. Como señala Martínez Zorrilla (2020), esta tarea de identificación y especificación de los derechos en conflicto es un paso previo necesario para poder realizar la ponderación, porque solo cuando se sabe con precisión qué está en juego se puede evaluar si el sacrificio de un derecho está justificado a la luz de la protección de otro.

1.12 El control judicial de las medidas cautelares y los mecanismos de impugnación

El sistema judicial ecuatoriano que controla las medidas cautelares también cuenta con mecanismos que permiten el control de la Admisión y el descontrol de la medida dentro de un marco temporal. Este sistema de control busca evitar que las medidas cautelares judiciales, además de cumplir su objetivo de protección de derechos, se conviertan en un mecanismo de abuso y/o judicial y/o en un mecanismo de arbitrariedad. La ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y el Contencioso Administrativo (LOGJCC) en su Art. 29, establece que las medidas cautelares judiciales pueden ser objeto de modificación o revocatoria, por disposición propia o a solicitud de alguna de las partes, y esto ocurrirá cuando las circunstancias que motivaron la concesión de las medidas varíen o dejen de existir. Andrade Ubidia (2022) menciona que este sistema de control es permanente por su naturaleza, lo que resulta ser una garantía para la parte que solicita la protección cautelar y también para la parte contraria. Esto se encuentra estructurado de tal manera que la protección se mantenga a los cambios de las circunstancias fácticas y legales.

El recurso es el medio ordinario de impugnar decisiones que conceden, deniegan o modifican medidas cautelares. Estos recursos deben presentarse dentro de los tres días de la notificación de la medida cautelar y son decididos por el superior del juez que dictó la medida. Los recursos de medidas cautelares tienen efecto devolutivo, pero no suspensivo, lo que quiere decir que la medida provisional debe cumplirse de forma inmediata, incluso si se recurre, salvo que el tribunal de

apelación disponga expresamente la suspensión provisional. Para Zavala Egas (2021), esta limitación se encuentra justificada en el interés de que no se dilate el efecto de la medida protectora, es decir, el recurso no debe ser utilizado como un mecanismo dilatorio que socave el objetivo de la medida.

El uso de medidas inseguras es uno de los recursos que gestiona un tribunal que habilita. Además, si esas medidas son insuficientemente justificadas, en su caso, no se aplicaron medidas de orden constitucional. El abuso en la aplicación de dichas medidas puede, en caso de error, en la forma y en el fondo, la aplicación de principios de razonabilidad, en la afectación de una o varias garantías, la Corte Constitucional ha recibido en reiteradas ocasiones casos donde se entrecruzan la razonabilidad de los fallos y las medidas cautelares, sobre todo en su uso abusivo y en su función paratextual. El derecho a la defensa y el uso abusivo de la acción extraordinaria de protección ahondan en el control de la constitucionalidad de las medidas cautelares y la integración de la doctrina sobre los principios de la Urgencia, la Necesidad, la Idoneidad y la Proporcionalidad.

La supervisión de las medidas cautelares como control de oficio, es un mandato para el juez constitucional que contraviene el principio dispositivo que rige en casi todos los procesos. Esto es, que el juez no se limita a una única consideración por la que deba desestimar una cautela y, por el contrario, se da a la tarea de revisar en intervalos ciertos, o de manera continua, si las medidas cautelares impuestas siguen siendo necesarias, adecuadas y/o proporcionadas o si las circunstancias han variado en razón de su modificación o, en su caso, revocación. La doctrina procesal ha señalado que el control oficioso resulta de suma importancia cuando la medida cautelar produce efectos de restricción de derechos de terceros, o en la afectación al interés público, pues en tal caso, la responsabilidad de esperar que las partes actúen, resulta insubsanable, y, en consecuencia, se allana al juez para el ejercicio de la acción, a fin de que la tutela cautelar se ubique en el ámbito de lo constitucionalmente tolerable (Peyrano, 2024).

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N 034-13-SCN-CC.

2.1 Temática a bordada

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 034-13-SCN-CC, del caso No. 0561-12-CN, incluye el caso en el que el Juez Cuarto de Trabajo del Guayas, pide una consulta de constitucionalidad de los artículos 42, numeral 6, y 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Antecedente inmediato de esta consulta es la acción de medida cautelar constitucional autónoma, presentada por María Delia Aguirre Medina, apoderada de la Exportadora Bananera Noboa S.A., en la que solicita la cesación de los efectos del auto dictado por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, que negó la casación de la empresa y dejaba vigente el cobro de una deuda tributaria de unos 50 millones de dólares, por el ejercicio fiscal 2005. La accionante mencionó que esta resolución afectaba el derecho contrarrestante de la persona y afectaba la economía y la defensa, y que su ejecución causaría un daño económico y social de forma grave e irreversible a la empresa y a sus trabajadores, invocando el derecho a la resistencia contemplado en el artículo 98 de la Constitución de la República.

En el proceso de medidas de emergencia, el juez consultante emitió una providencia en la que, antes de formalizar la consulta, el juez resolvió parcialmente la pretensión de la actora y luego envió el caso para consulta a la Corte. La Corte examinó si la consulta cumplía con los requisitos constitucionales y legales para ser considerada válida, enfatizando que las normas relevantes deben ser claras y tener un efecto sustantivo para la resolución del caso. Además, la Corte afirmó que, de conformidad con el artículo 428 de la Constitución, el poder de control constitucional de un juez respecto a disposiciones debe ejercerse con duda razonable y debidamente motivada, y en este caso, el juez no sustentó suficientemente la supuesta antinomia.

La Corte subrayó que la consulta fue improcedente, dado que el juez se salió del camino legal al desestimar, de forma ilegal, una norma, así como el supuesto de su competencia, omitiendo la suspensión de la tramitación, si existieran dudas

razonables. Finalmente, la Corte negó la constitucionalidad de la consulta, recordándole que, en el ejercicio de su función, los magistrados deben observar los lineamientos para el respeto ante la Constitución y el debido proceso en la justicia constitucional, reiterando que las decisiones deben estar motivadas en normas.

2.2 Antecedentes del caso concreto

El Juez Cuarto de Trabajo del Guayas ha hecho una consulta ante la Corte Constitucional sobre la posible inconstitucionalidad de los Arts. 42, numeral 6 y 27, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esta consulta se dio en el marco de un proceso de medidas cautelares autónomas interpuestas por Exportadora Bananera Noboa S. A.

El juez consultante se ubica en la necesidad de esclarecer el mecanismo para hacer efectivo el derecho de resistencia, el cual fue invocado por la parte actora en relación a los fallos de los jueces.

2.3 Decisiones de juzgado de primera instancia

Esta consulta regulatoria tiene como antecedente la acción de medidas cautelares presentada por María Delia Aguirre Medina en defensa de sus derechos como presidenta de Exportadora Bananera Noboa S. A. contra la resolución de la Sala de Controversias Tributarias de la Corte Nacional de Justicia de fecha 3 de febrero de 2012, 16h25, ratificada en los expedientes del 23 de febrero de 2011, 27 de abril de 2012 08h30, 20 de julio de 2012 14h30 y 30 de julio de 2012, en el expediente de casación número 608-2010, que niega el recurso de hecho y de casación interpuesto por la parte demandante y, como consecuencia, confirma la resolución de la Segunda Sala del Tribunal Distrital de Justicia Fiscal N° 2, que ordenó archivar la impugnación presentada por Exportadora Bananera Noboa S. A. contra la deuda tributaria establecida por el director regional del Servicio de Rentas Internas Sur Litera durante el ejercicio fiscal 2005.

Para la demandante, en la acción de la medida cautelar, la decisión emitida por la Corte Nacional de Justicia, que implica el cobro de una deuda tributaria de 50 millones de dólares del ejercicio fiscal 2005, viola el derecho de la demandante al debido proceso, la seguridad jurídica y el derecho a la defensa, causando, casi con certeza, consecuencias sociales y económicas extremadamente graves e irreparables

no solo a la empresa, sino a sus empleados y familias. Así, en vista de la gravedad del daño irreparable, la demandante está intentando invocar el derecho a resistir, tal como se contempla en el artículo 98 de la Constitución de la República, ya que se trata de una acción del poder público que, en este caso, está infringiendo derechos constitucionales, y presenta una solicitud de medida cautelar.

Con relación a la acción presentada, el cuarto juez laboral de Guayas, por resolución del 21 de agosto de 2012, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, concedió “parcialmente” la acción de medidas cautelares y ordenó al Servicio de Rentas Internas, SRI, no ejecutar la acción de cobro del glost por el ejercicio fiscal 2005, hasta que la Corte Constitucional se pronuncie sobre el caso del “recurso de protección extraordinaria” interpuesto por el demandante, Exportadora Bananera Noboa S. A.

Asimismo, el juez manifestó en la parte resolutive de su resolución que con respecto al derecho de resistencia en relación a la resolución de la Corte Nacional de Justicia invocada por el demandante, se encuentra impedido de pronunciarse en virtud de lo establecido en el artículo 42, numeral 6, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, razón por la cual presenta la consulta que subyace a la presente sentencia.

El 24 de agosto de 2012, se desestimó la solicitud de cancelación de la petición de revocación de las medidas cautelares, entre otros motivos, porque el proceso había sido presentado para consulta a la Corte Constitucional.

2.4 Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

El señor juez cuarto de Trabajo del Guayas en virtud de lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República, en su resolución dictada el 21 de agosto de 2012, realiza la consulta a la Corte Constitucional. La doctora Wendy Molina Andrade, como jueza constitucional sustanciadora avocó conocimiento de la causa el 18 de febrero de 2013.

2.5 Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

El juez del Tribunal Laboral del 4º Guayas, en base a lo establecido en el

artículo 428 de la Constitución de la República, respondió el 21 de agosto de 2012 y hace una consulta al Tribunal Constitucional. La doctora Wendy Molina Andrade, como jueza, asumió la presidencia del caso el 18 de febrero de 2013. Cuestiones legales planteadas por el Tribunal Constitucional

La consulta normativa planteada por el 4º Juez de los Tribunales de Trabajo del Guayas se encuentra dentro de los parámetros de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y las normas interpretativas establecidas por el Tribunal Constitucional en el marco del control concreto de constitucionalidad.

¿El 4º Juez de los Tribunales Laborales del Guayas incumplió con la obligación de suspender el caso y remitir el expediente en consulta una vez que consideró que las normas eran contrarias a la Constitución?

2.6 Argumentos centrales de la Corte Constitucional

Los argumentos centrales de la Corte Constitucional para negar la consulta de constitucionalidad y emitir su sentencia se basan en los siguientes puntos:

1. Incumplimiento de los requisitos para la Consulta de Norma (Control Concreto de Constitucionalidad):

- Falta de motivación adecuada: La consulta no contenía una explicación coherente y exhaustiva de las razones por las que el juez consideraba que los artículos 42, numeral 6, y 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) eran contrarios al derecho a la resistencia (artículo 98 de la Constitución). El juez se limitó a remitir la consulta basándose en la alegación de la parte accionante, sin satisfacer el requisito de una duda razonable y motivada.

- Irrelevancia procesal: La consulta de norma debe tener como finalidad que el pronunciamiento de la Corte sea aplicado por el juez consultante en la causa. Sin embargo, el juez resolvió la causa (otorgó parcialmente las medidas cautelares) antes de formular y remitir la consulta a la Corte Constitucional. Esto desnaturalizó la figura de la consulta de norma, volviéndola irrelevante desde un punto de vista procesal, ya que el juez ya había dictado una decisión.

2. Transgresión de la obligación de suspender la causa y prohibición de inaplicar normas (Artículo 428 de la Constitución):

- Incumplimiento del mandato constitucional: El juez consultante transgredió el artículo 428 de la Constitución, que obliga a los jueces a suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional cuando consideren que una norma es contraria a la Carta Magna.

- Actuación contraria a las competencias judiciales: El juez resolvió la causa (concedió las medidas cautelares parcialmente) y, al hacerlo, actuó fuera de sus competencias y facultades al inaplicar el artículo 27 de la LOGJCC (que prohíbe las medidas cautelares cuando se trata de ejecución de órdenes judiciales) bajo la consideración de que presentaba vicios de inconstitucionalidad en relación al derecho a la resistencia.

- Vedado el control difuso: A diferencia de la Constitución de 1998, la Constitución vigente (2008) prohíbe a los jueces inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa, una circunstancia que ocurrió en este caso. La inaplicación del precepto y la omisión de suspender la causa constituye una actuación contraria a la Constitución y un incumplimiento de los criterios emitidos por la Corte Constitucional.

3. Advertencia y Establecimiento de Jurisprudencia Vinculante:

- La Corte negó la consulta y determinó que el juez consultante actuó de manera contraria a su obligación constitucional. En aplicación de su atribución para expedir jurisprudencia vinculante, la Corte advierte que el incumplimiento de la obligación de suspender la tramitación de la causa y remitirla en consulta configura un incumplimiento de precedentes constitucionales, sancionado conforme a la ley.

- Además, dada la confusión generalizada en la aplicación de las medidas cautelares, la Corte emitió reglas específicas para su observancia por parte de los operadores de justicia.

Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional.

2.7 Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ante su decisión, no consideró medidas de

reparación en el sentido más tradicional (como indemnizaciones, o reparaciones), pues el proceso planteado era una consulta de norma, y no una acción de protección de derechos, o una acción extraordinaria de protección.

Las medidas de la Corte, están orientadas a corregir la actuación del juez consultante y a crear un precedente.

2.7.1 Puntualizaciones metodológicas

El presente análisis se centra en un enfoque cualitativo sobre jurisprudencia y doctrina, en donde se privilegia el estudio del juicio constitucional que la Corte expone en la resolución. La metodología utilizada se compone de:

- Estudiar el problema jurídico central que la Corte construye, en relación a los límites que establece la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y las directrices de criterio de la Corte Constitucional en el marco de un control constitucional de casación.
- Hacer una exposición crítica sobre el razonamiento constitucional sobre el caso y la conducta del juez que, al decidir suspender la causa y enviar el expediente en consulta, lo hizo por entender que las normas estaban en colisión con la Constitución.

2.7.2 Análisis del problema jurídico principal sobre los parámetros establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y las reglas interpretativas dictadas por la Corte Constitucional dentro del control concreto de Constitucionalidad en la sentencia N 034-13-SCN-CC.

La Corte Constitucional, por medio de la consulta y el análisis del presente caso, recalca el cumplimiento de la rigurosidad de los procedimientos alineados a la normativa constitucional y legal, para así asegurar la legitimidad y efectividad del control constitucional, en especial a la figura de la consulta previa en la materia de control de constitucionalidad de la normatividad. La Corte ha sido enfática que, en virtud de los artículos 428 de la Constitución y 142 de la Ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional, la consulta de norma en el ámbito del control concreto de constitucionalidad es una herramienta que debe ser utilizada con exactitud y por razones que sean consistentes, coherentes y motivadas, para que produzca efectos y atenga a la exigencia.

Uno de los aspectos que la Corte destaca es que la consulta no es un acto discrecional que se use de manera improvisada o meramente formal, sino que, para efectos de la consulta, hay que cumplir con requisitos tales como: la identificación exacta de la norma con enunciado regulativo cuya oportunidad se discute; una motivación que explique las razones que el juez tiene y que, en su caso, considere que la norma se opondría a la Constitución y/o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y la explicación que la norma reviste a los hechos y circunstancias del caso. En esta línea, la Corte dice que la consulta debe tener como fundamento “una duda razonable y motivada”, entendiendo que la motivación debe provenir de un examen suficientemente juicioso a efectos de acreditar la conveniencia de la remisión de la norma a la Corte para su pronunciamiento, como un acto de mecanismo de la Corte, no como una atribución que le corresponde a un juez, que a los efectos de lo que se considere, de un acto que debe ser, en la más estricta opinión, considerable.

La Corte subraya que a la consulta no se le puede dar un fin vinculante en el sentido que pueda resolver conflictos de orden subjetivo o de carácter opinático, la consulta lo que procura es eludir la aplicación de disposiciones, en un caso determinado, que pudieran establecer un conflicto de constitucionalidad, lo que asegura la debida armonía del sistema jurídico y la disposición que se considera menoscaba el ámbito de protección de los derechos fundamentales de la Constitución. En la Corte se indica la jurisprudencia que destaca que la consulta debiera estar fundamentada en una argumentación de carácter sólido y razonado donde se describan con claridad las situaciones que hacen que la norma en análisis pueda ser de carácter inconstitucional y que guardan relación, en orden a la decisión que se pretende adoptar en relación con el caso.

Por parte de la Corte, se entiende que, en lo que se refiere a la consulta, la falta de alguno de los requisitos, como la motivación o fundamentación, debe

considerarse como la falta de validez jurídica, de la que la referencia no genera eficacia vinculante ni suspensiva en el proceso judicial. La consulta que no tiene fundamento o que está formulada de forma inconsistentemente no puede ser esgrimida como un argumento para la dilación de los trámites ni para el supuesto "decir" que alguna normativa le conceda la razón a la posición planteada, a nivel de la norma constitucional y la jurisprudencia.

La Corte también aclara que los jueces que van acompañados de la consulta tienen la obligación de cumplir la operación transaccional: primero, suspender el proceso y mantener la Corte. Segundo, señalar la norma y fundamentar su posible inconstitucionalidad. Y tercero, justificar la importancia de la norma en la resolución del caso. Cualquier vacío en este sentido, o el cumplimiento deficiente de este, conlleva la afectación de los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica y a la vez el desprecio de las instrucciones de carácter constitucional y jurisprudencial.

La Corte señala con particular énfasis que el ejercicio de la Función Judicial debe siempre guiarse en el respeto a las competencias y límites que la Constitución señala. En particular, en el caso de los controles de constitucionalidad que son concretos, los jueces no pueden anticipar decisiones o resolver temas de carácter sustantivo sobre la constitucionalidad de normas, toda vez que no hayan remitido la consulta en los términos que corresponda. La modalidad de control de la constitucionalidad, en control concreto, está configurada como un mecanismo de defensa de los derechos constitucionales, en el que la Corte tiene funciones de director y o de suprema, y que, por lo tanto, requiere de actuaciones reguladas, fundadas y respetuosas de los límites y de los procedimientos.

Con respecto a la conducta del juez en este caso específico, la Corte enfatiza que no es suficiente para un juez simplemente considerar que una norma puede ser inconstitucional. Más bien, el juez está obligado a seguir el procedimiento y los requisitos formales establecidos en la Constitución y la Ley, que incluyen, entre otras cosas, la suspensión de los procedimientos y la remisión adecuada del caso a la Corte para consulta. No abordar estos temas, como fue el caso en esta ocasión, constituye un caso de arbitrariedad o inconstitucionalidad que puede resultar en efectos legales adversos tanto desde la perspectiva de la protección de los derechos

de las partes como desde la perspectiva del orden constitucional en general. La Corte opina que, en todos los casos, los jueces deben ejercer responsabilidad, prudencia y respeto por las reglas de control constitucional para asegurar la integridad del sistema legal y la salvaguarda efectiva de los derechos otorgados por la Constitución.

Por último, la Corte recuerda que, en caso de incumplimiento de estos trámites, o de actuaciones que exceden la competencia del juez de manera constitucional, se puede calificar lo actuado como una irregularidad o un acto anticonstitucional, por lo que la Corte puede anular esas actuaciones y ordenar que se reanude el proceso bajo los términos correctos, así protegiendo la supremacía de la Constitución y el control constitucional en sus justas medidas.

Por último, la Corte Constitucional sintetizó sus argumentos en la relevancia de los trámites constitucionales por los que deben transitar las consultas sobre la constitucionalidad de las normas, y reiteró que éstas deben estar suficientemente motivadas y fundadas en el cuestionamiento, y en relación a los hechos del caso que le corresponda al proceso, y que los jueces deben abstenerse en torno al proceso en estos cuatro elementos y remitir los expedientes a la Corte. La jurisprudencia reiteró que el respeto de estos principios es el resorte que protege la Constitución de los abusos, y que el control de los procedimientos es el que garantiza la Constitución en el proceso

2.7.3 Procedimientos que se debe seguir el juez previo a suspender la causa y remitir el expediente en consulta, una vez que consideró que las normas eran contrarias a la Constitución.

Los artículos 428 de la Constitución y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y la correspondiente interpretación de la Corte, concluyen que la consulta que da inicio a un proceso de control de constitucionalidad debe ser planteada antes de que el juez emita la resolución de fondo. Por esto, la ley indica que se suspenda el proceso hasta que la Corte Constitucional se pronuncie dentro de un determinado término, la consulta, por lo tanto, tiene un efecto suspensivo sobre la decisión que se tome sobre el caso en cuestión. La consecuencia más clara de aplicar la interpretación de la Corte

Constitucional en un caso como el que se examina, es que el juez o jueza que estime que una norma puede ser contraria a un precepto constitucional, no puede desaplicarla.

De acuerdo con el artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el propósito del control concreto de constitucionalidad es “garantizar la constitucionalidad de la aplicación de disposiciones legales dentro de los procedimientos judiciales”; en otras palabras, verificar, en un caso particular, el posible conflicto de una disposición legal con la Constitución. En un sistema jurídico con un mecanismo concentrado para controlar la constitucionalidad como el ecuatoriano, tal pronunciamiento solo puede corresponder a la Corte Constitucional, el único órgano que tiene el poder exclusivo, a través de los procesos de control constitucional y en sus sentencias, de revocar la presunción de constitucionalidad de una disposición dada del sistema legal. En este sentido, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado, en relación al período de transición:

En definitiva, esta Corte aclara que, en virtud de la literalidad del artículo 428 de la Constitución de la República vigente, y en comparación con el control constitucional difuso previsto en la Constitución Política de 1998, se prohíbe a los jueces no aplicar normas legales y continuar con el trámite del caso, situación que ha surgido en el caso sub índice “3.” (El énfasis pertenece a la Corte Constitucional).

Lo que se señala en la resolución del juez cuarto de trabajo del Guayas, en la que se determina que se aceptan de manera parcial las medidas cautelares, se entiende que el juzgador, en virtud del derecho a la resistencia que el accionante invoca, se “sale de su rango, de su competencia y a su arbitrio” desestimó el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Luego, se “abstuvo” de aceptar la revocatoria de las medidas, porque, según él, el proceso ya había subido a consulta. La norma que se desestima en el trámite de la causa, establece que se prohíbe la solicitud de medidas cautelares en la ejecución de actos de autoridad judiciales, que es lo que estaba sucediendo, en donde la accionante pedía de manera expresa la “cesación de manera inmediata de los efectos del ilegítimo e injusto acto de poder público, contenido en el auto de la Sala de lo

Contencioso Tributario de la Corte Nacional”. En consecuencia, el juez consultante, en virtud de la Constitución, artículo 428, transgredió dicha norma en dos momentos, cuando parcializó la medida, y cuando desechó la solicitud de revocatoria de las medidas.

En este caso, el juez del Cuarto Tribunal Laboral del Guayas, inaplicó una norma legal, porque consideró que tenía vicios constitucionales, en relación con el derecho a la resistencia del demandante, frente a las acciones del poder público que, en su opinión, habían infringido derechos constitucionales. Esta situación, como hemos analizado en el presente fallo, constituye un exceso en el poder de un juez debido a la naturaleza del control que puede tener sobre la cuestión constitucional.

La omisión de la obligación de suspender el caso y remitirlo al Tribunal Constitucional, establecido en el Artículo 428 de la Constitución, reafirmado por el Artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como los pronunciamientos de la Corte en casos análogos, constituye, mediante la inaplicación de la norma, no solo una simple inobservancia sin consecuencias legales, sino un acto contrario a la Constitución, y constituye una violación de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional.

2.8 Hallazgos relevantes

El estudio de la Sentencia N.º 034-13-SCN-CC demuestra que por su profundidad técnica y su alcance doctrinal, el sistema de medidas cautelares constitucionales en Ecuador presenta una tensión estructural aún no resuelta, que evidencia la Constitución de 2008 y la falta de calidad argumentativa de los operadores judiciales en la aplicación de los principios de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Esta sentencia no es un simple pronunciamiento sobre la consulta de una norma. Es, ante todo, un espejo. Es un espejo que muestra al sistema constitucional ecuatoriano la forma en que se observa y se da cuenta de sus propias limitaciones.

Al negar el caso de consulta presentado por el Cuarto Juez de Trabajo de Guayas, la Corte Constitucional no solo corrigió una irregularidad procesal específica. Esta decisión de la Corte estableció el límite entre la legítima discreción judicial y la arbitrariedad que contradice la Constitución. La Corte asegura que para

que un juez lleve a cabo un control específico de la constitucionalidad de una norma, debe estar justificado y no ser la copia literal de los argumentos de las partes. En el caso sub examine, el juez cometió dos transgresiones simultáneas: resolvió sobre el fondo de la medida cautelar antes de elevar la consulta, y lo hizo al no aplicar una norma — artículo 27 de la LOGJCC — sin tener el procedimiento constitucional que lo facultara para hacerlo. La Corte calificó este comportamiento como un exceso de competencias que es incompatible con el modelo de control constitucional que ha estado vigente en Ecuador desde 2008.

Lo que destaca a esta sentencia en el horizonte jurisprudencial ecuatoriana es que esta Corte no se detuvo en el señalamiento de improcedencia de la consulta. En uso de su poder de crear jurisprudencia vinculante —artículo 436, numeral 6 de la Constitución— se elaboró un catálogo de criterios técnicos sobre los presupuestos de las medidas cautelares que, en el caso, se superan. En particular, la Corte resalta que las medidas cautelares constitucionales no podrá concederse como respuesta automática a la invocación de un derecho; sino que es necesario determinar, de manera rigurosa y hasta el extremo, la existencia de un peligro de un daño inminente; la carencia de otros medios que sean igual de eficaces para evitar el daño; la adecuación de la medida cautelar al derecho que se encuentre amenazado; y la razonabilidad de la medida en el sentido de su impacto en el ejercicio de los derechos de terceros y en los intereses de orden general que resulten comprometidos.

La Exportadora Bananera Noboa S.A. no solo se encuentra en un caso específico pero sí va más allá desde la construcción jurisprudencial. El pronunciamiento de la Corte, por primera vez, instala con vocación vinculante un estándar de argumentación cautelar que debe seguir cada juez constitucional en cualquier instancia. Este estándar tiene relevancia, no solo en técnica, tiene relevancia institucionalmente, porque racional y predeciblemente, otorga a un sistema la tutela cautelar. En la ausencia de criterios, el sistema corre el riesgo de que la tutela cautelar se convierta en un privilegio o mecanismo de dilación procesal.

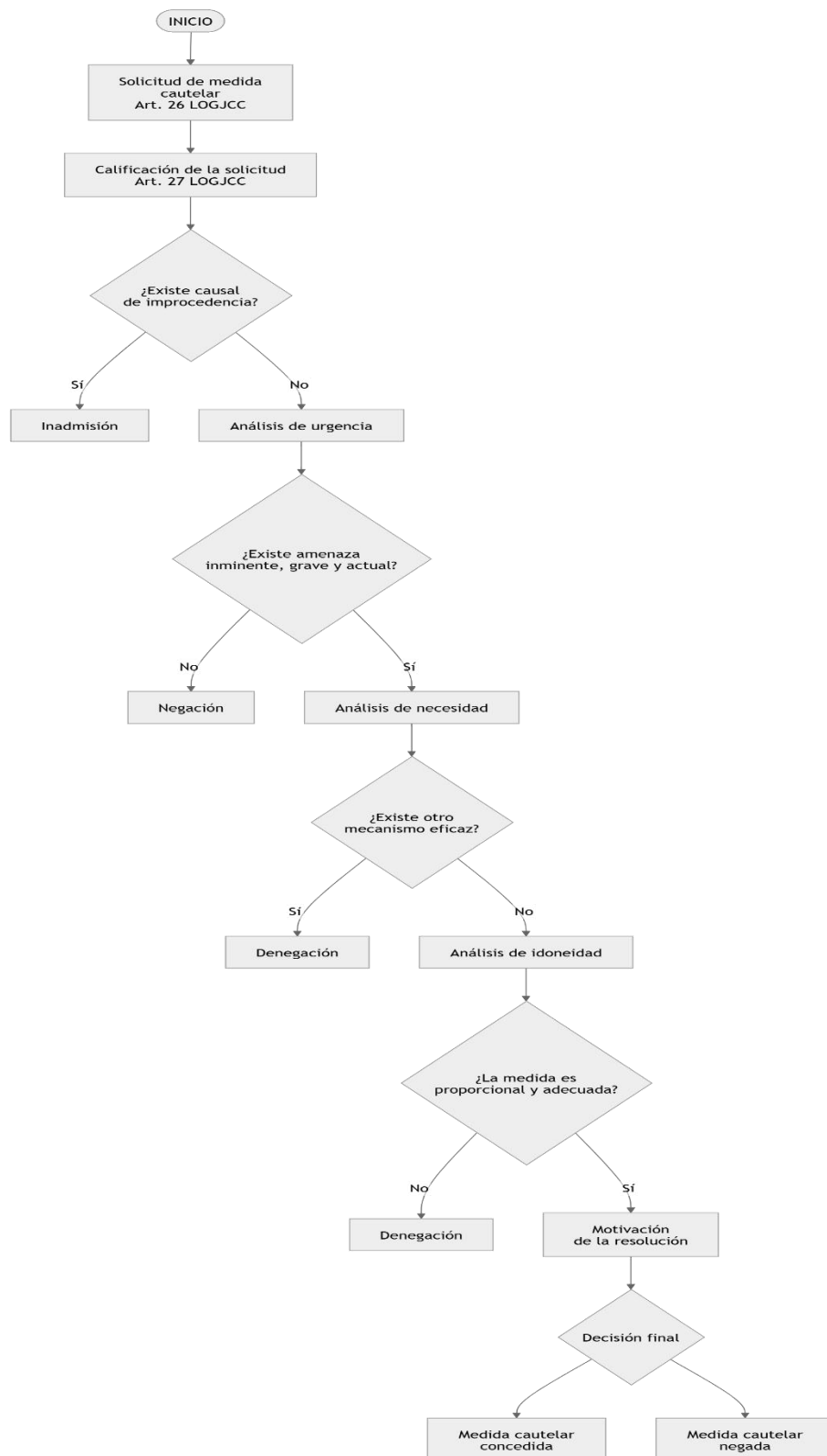
El análisis crítico de la sentencia llevada a cabo permite ubicar sus límites y tensiones internas. La Corte ha fijado criterios sobre los requisitos de los presupuestos cautelares en el contexto de una consulta de norma, mecanismo que,

como lo ha señalado la propia Corte en la jurisprudencia posterior de la Sentencia N.º 446-19-EP/24, no es el vehículo procesal apropiado para la creación de precedentes en sentido estricto. Esto crea una zona de incertidumbre respecto al alcance de lo vinculante de los criterios fijados en 2013, que los operadores jurídicos deben sopesar con cautela. La sentencia es, en resumen, un hito jurisprudencial valioso pero imperfecto: lo valioso es que inició la sistematización de criterios de los presupuestos cautelares, y lo imperfecto, que lo hizo en un contexto procesal que no era del todo adecuado.

El Capítulo II ha demostrado que la Sentencia N.º 034-13-SCN-CC es un punto de inflexión respecto a la evolución del derecho a la medida cautelar en Ecuador. Sus lecciones trascienden el caso específico y, en el contexto de proyecciones futuras respecto al constitucionalismo ecuatoriano, establece la creciente necesidad de un desarrollo dogmático y normativo más sofisticado en el ámbito de las medidas cautelares. Las conclusiones y recomendaciones que siguen responden a esa proyección, articuladas de acuerdo con cada uno de los objetivos específicos que orientan esta investigación.

Figura 1

Procedimiento judicial para la concesión de medidas cautelares constitucionales



Fuente: Elaboración propia

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

- La Constitución de la República del Ecuador en su legislación vigente ha configurado las medidas cautelares constitucionales como jurisdicciones cautelares, autónomas e institucionalmente diferenciadas en relación a las medidas cautelares en el proceso civil. El artículo 87 de la Constitución de la República del Ecuador establece la finalidad de las medidas cautelares de carácter defensor y cesante —independientemente de la eficacia que pueda tener la sentencia que se dicte—, mientras que el artículo 26 de la LOGJCC establece los requisitos de procedibilidad por su carácter preventivo. Sin embargo, la redacción de los requisitos normativos en la actualidad no disecciona con suficiente claridad los parámetros técnicos que el juez debe aplicar a cada uno de los requisitos, creando un vacío que generará la arbitrariedad, comprometiendo la predictibilidad del sistema de cautelares, tal como se demostró en el caso de la Exportadora Bananera Noboa S.A. en el que el juez concedió de forma parcial la cautelar sin cumplir los requisitos que las normas constitucionales y procesales le exigen.
- Los presupuestos de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad no constituyen requisitos formales intercambiables, sino categorías jurídicas de contenido técnico autónomo que funcionan de forma secuencial y acumulativa. La urgencia, la necesidad, idoneidad, y proporcionalidad tienen diferentes enfoques. La urgencia, por ejemplo, trata sobre un factor de tiempo, donde la amenaza es inminente y una demora genera un daño irreparable. La necesidad también tiene un enfoque de tipo comparativo donde, por ejemplo, existe una ausencia de mecanismo alternativo que sea igualmente eficaz y menos gravoso. La idoneidad trata sobre un enfoque de adecuación funcional, o como se ve también, de capacidad real de la medida para proteger el derecho que se encuentra amenazado. También la proporcionalidad lleva un enfoque sobre el criterio ponderativo, es decir, la medida real y el balance que se tiene entre los beneficios que la medida reporta y los costos que genera sobre derechos de terceros o sobre intereses generales. La recepción de la jurisprudencia

ecuatoriana sobre el sistema tripartito de la tradición alemana, sistematizado por Alexy y Bernal Pulido, es progresiva, aunque incompleta. También, la adición de jurisprudencia ecuatoriana es inapropiada y la jurisprudencia en medida cautelar es inadecuada en comportamiento, sobre la urgencia, la provisionalidad, y la mutabilidad que son propias de la medida, y la dogmática nacional aún no ha desarrollado esto de forma sistemática.

- La Sentencia N.º 034-13-SCN-CC sostiene que los presupuestos cautelares constitucionales son requisitos que el juez debe evaluar de forma autónoma, razonada e individualizada que, por el contrario, no puede ser reemplazada por una simple copia de los argumentos de la parte solicitante. La Corte encontró en la conducta del Juez Cuarto de Trabajo del Guayas una doble transgresión: se pronunció sobre los fondos de la cautelar antes de hacer la consulta de norma, e inaplicó el artículo 27 de la LOGJCC —que establece que no se puede cautelar la ejecución de una resolución judicial— sin observar el procedimiento infraconstitucional del artículo 428. La Corte, en aplicación del precedente vinculante, ha establecido un criterio que puede sintetizarse en tres requisitos: adecuada y precisa determinación del derecho lesionado y del comportamiento que causa la lesión; constatación concomitante de todos los factores de viabilidad; y motivación explícita de la medida adoptada, incluyendo la justificación de la adecuación y proporcionalidad de la medida respecto del caso concreto.

Recomendaciones

- La Asamblea Nacional debe realizar una reforma del artículo 26 de la LOGJCC a la medida de los criterios de procedibilidad de las medidas cautelares constitucionales, estructurando de manera ordinal y secuencial los criterios de urgencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad. La redacción actual es necesaria, pero insuficiente, dado que no detalla los estándares que los jueces deben aplicar para cada uno de los criterios, lo que perpetúa la indeterminación normativa que la Sentencia N.º 034-13-SCN-CC analizó y que sigue limitando la previsibilidad del sistema. Una reforma que contemple la acumulación de estos criterios, junto con la obligación de motivación para cada supuesto, garantizaría mayor seguridad jurídica. Esto permitiría reducir la inconsistencia de las decisiones de los jueces que, actualmente, genera una falta de confianza en el sistema de derechos fundamentales.
- La Corte Constitucional del Ecuador debe, en virtud de su función de establecer jurisprudencia vinculante, ordenar el contenido técnico de cada uno de los cuatro criterios (o “presupuestos”) de los cuatros, a partir de una sentencia de jurisprudencia vinculante, donde se detallen los estándares de verificación, los supuestos fácticos que el juez debe verificar, y los criterios específicos para cada caso, que se los apliquen a personas en condición de vulnerabilidad, en los términos de la doctrina de la Corte IDH en materia de medidas provisionales del artículo 63.2 de la Convención Americana. Esta falta de sistematización jurisdiccional es una herramienta dogmática que es central para mitigar la arbitrariedad en la concesión o denegación de medidas cautelares, mejorar la calidad de la argumentación de los jueces, y proporcionar a la justicia la certeza y la seguridad en el ordenamiento.
- Se hace una sugerencia al Consejo de la Judicatura estructurar un programa de capacitación continua para jueces constitucionales, fundado en el estándar argumentativo establecido por la Corte en la Sentencia N.º 034-13-SCN-CC, con énfasis en tres competencias: la verificación autónoma e individual de cada presupuesto cautelar; la motivación de la medida adoptada; y el entendimiento de tutelas cautelares constitucionales, frente a mecanismos de impugnación

ordinarios. De otro lado, la Corte Constitucional, al ejercer su facultad de revisión, debería pronunciarse sobre el alcance vinculante de los criterios de 2013, para dirimir el efecto de la Sentencia N.º 446-19-EP/24, que sugirió un orden de duda sobre el alcance de la consulta de norma como mecanismo de creación de precedentes.

3 BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2021). Teoría de los derechos fundamentales (3.^a ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Andrade Ubidia, S. (2021). La jurisdicción constitucional en Ecuador: Análisis de la jurisprudencia 2019-2021. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Andrade Ubidia, S. (2022). El control judicial de las medidas cautelares en el derecho constitucional ecuatoriano. *Revista de Derecho Constitucional*, 45(2), 125-156.
- Ávila Santamaría, R. (2019). Las medidas cautelares en el Estado constitucional de derechos. En J. Montaña Pinto (Ed.), *Apuntes de derecho procesal constitucional* (pp. 215-248). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Ávila Santamaría, R. (2022). El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008 (2.^a ed.). Ediciones Abya-Yala.
- Benavides Ordóñez, J., & Escudero Soliz, J. (2020). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (5.^a ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Bernal Pulido, C. (2023). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (5.^a ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Calamandrei, P. (2020). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Ediciones Olejnik.
- Chamorro Bernal, F. (2019). *La tutela judicial efectiva: Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Bosch Editor.
- Chiriboga Zambrano, G. (2024). *Medidas cautelares constitucionales: Teoría y práctica en el Ecuador*. Editorial Jurídica del Ecuador.
- Clérico, L. (2019). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Eudeba.
- Contesse Singh, J. (2022). Derechos sociales y proporcionalidad en América Latina. *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, 38, 87-120.

- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia No. 034-13-SCN-CC [Control de constitucionalidad de normas]. Registro Oficial Suplemento 34 de 17 de septiembre de 2020.
- Cueva Carrión, L. (2019). La acción de protección en Ecuador. Ediciones Cueva Carrión.
- Ferrer Mac-Gregor, E., Caballero Ochoa, J. L., & Steiner, C. (2021). Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana (Vol. 2). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- García Falconí, R. (2023). Las garantías jurisdiccionales en la Constitución ecuatoriana de 2008 (3.^a ed.). Editora Nacional.
- García Ramírez, S. (2023). Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana (2.^a ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gozaíni, O. A. (2023). La justicia constitucional: Garantías, proceso y tribunal constitucional. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Grijalva Jiménez, A. (2019). Constitucionalismo en Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Grijalva Jiménez, A. (2023). El Estado constitucional de derechos en Ecuador: Avances y desafíos. *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional*, 12(1), 15-42.
- Hitters, J. C. (2020). Técnica de los recursos ordinarios (4.^a ed.). Librería Editora Platense.
- Llanos Escobar, P. (2022). Las medidas de protección en el sistema de garantías constitucionales. *Foro: Revista de Derecho*, 37, 89-118.
- Lopera Mesa, G. P. (2021). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. *Revista de Estudios de la Justicia*, 35, 145-178.
- Marinoni, L. G. (2024). Tutela cautelar y tutela anticipatoria. Palestra Editores.
- Martínez Zorrilla, D. (2020). Metodología jurídica y argumentación. Marcial Pons.
- Medina Quiroga, C., & Nash Rojas, C. (2019). Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección (2.^a ed.). Facultad

de Derecho Universidad de Chile.

- Montaña Pinto, J. (2021). Teoría de la argumentación constitucional y teoría de la argumentación judicial. Editorial Jurídica Cevallos.
- Morales Tobar, M. (2019). La tutela judicial efectiva en la Constitución ecuatoriana. *Revista de Derecho*, 31, 75-102.
- Morales Tobar, M. (2023). Características y principios de las medidas cautelares constitucionales. *Iuris Dictio*, 31, 127-154.
- Narváez Bonnet, J. (2024). Las medidas cautelares anticipatorias en el derecho procesal constitucional ecuatoriano. *Revista Ecuatoriana de Derecho Procesal*, 8(1), 65-94.
- Nash Rojas, C., & Núñez Donald, C. (2022). Los desafíos de la protección de los derechos humanos en tiempos de pandemia. *Anuario de Derechos Humanos*, 18(1), 13-38.
- Ortells Ramos, M. (2022). *Derecho procesal civil* (18.^a ed.). Aranzadi.
- Oyarte Martínez, R. (2020). *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado* (2.^a ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Oyarte Martínez, R. (2021). La acción de protección: Análisis jurisprudencial 2019-2021. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Oyarte Martínez, R. (2023). Control de constitucionalidad de medidas cautelares a través de la acción extraordinaria de protección. *Foro: Revista de Derecho*, 39, 43-72.
- Pérez Loose, H. (2019). La provisionalidad de las medidas cautelares y su ejecución. *Revista Ecuatoriana de Derecho Procesal*, 3(1), 89-116.
- Peyrano, J. W. (2021). *El proceso civil: Principios y fundamentos* (2.^a ed.). Astrea.
- Peyrano, J. W. (2024). Las medidas cautelares en el proceso constitucional: Una visión desde el derecho comparado. *Revista de Derecho Procesal*, 42(1), 15-44.
- Pisarello, G. (2021). *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción* (2.^a ed.). Trotta.

- Porras Velasco, A. (2022). Los principios rectores de las medidas cautelares en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. *Iuris Dictio*, 29, 95-124.
- Rodríguez-Arana, J. (2019). *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Global Law Press.
- Salgado Pesantes, H. (2020). *Lecciones de derecho constitucional* (5.^a ed.). Ediciones Legales.
- Salgado Pesantes, H. (2021). *Las medidas cautelares en el sistema constitucional ecuatoriano: Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Serra Domínguez, M. (2020). *Estudios de derecho procesal* (3.^a ed.). Ariel.
- Silva Sánchez, J. M. (2022). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (4.^a ed.). Aranzadi.
- Storini, C., & Navas Alvear, M. (2019). *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Corporación Editora Nacional.
- Taruffo, M. (2021). *La prueba de los hechos* (5.^a ed.). Trotta.
- Trujillo Vásquez, J., & Ávila Linzán, L. F. (2020). El principio de urgencia en las medidas cautelares constitucionales. *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional*, 10(2), 78-105.
- Vintimilla Saldaña, J., & Erazo Bustamante, P. (2022). *Garantías jurisdiccionales: Doctrina, legislación y jurisprudencia*. Editorial de la Universidad de Cuenca.
- Zavala Egas, J. (2020). *Introducción al derecho procesal constitucional* (3.^a ed.). Edino.
- Zavala Egas, J. (2021). El recurso de apelación en materia cautelar constitucional. *Foro: Revista de Derecho*, 35, 55-84.
- Zagrebelsky, G. (2020). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (12.^a ed.). Trotta.
- Zambrano Álvarez, M. (2022). Medidas cautelares negativas en el derecho procesal constitucional. *Revista de Derecho Público*, 40, 112-141.