



Universidad de Las Américas
Maestría en Derecho Procesal Constitucional

- Ensayo Académico -

Inconstitucionalidad de la prohibición de medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección

Sofía Elizabeth Romero Vaca

Quito, noviembre de 2022

Índice

Introducción.....	1
1 Antecedentes de las garantías jurisdiccionales.....	3
2 Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección	5
3 Doble naturaleza jurídica de las medidas cautelares constitucionales	6
4 Argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la prohibición de medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección	8
4.1 La Constitución de la República del Ecuador no limita ninguna de las garantías jurisdiccionales, ni restringe el contenido de los derechos	9
4.2 Incompatibilidad entre una disposición jurídica y una norma constitucional.....	11
4.3 Aplicación del principio pro homine	12
4.4 Gravedad de la vulneración de derechos constitucionales.....	13
5 Conclusiones	15
6 Referencias	17
6.1 Libros y artículos	17
6.2 Cuerpos normativos	17
6.3 Jurisprudencia	18

Introducción

El ensayo académico trata sobre la prohibición de plantear en conjunto la acción extraordinaria de protección con medidas cautelares constitucionales. A mi juicio esta prohibición es inconstitucional, en virtud de la limitación determinada en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). Por una parte, la Constitución de la República del Ecuador (Constitución), introdujo en nuestra legislación una nueva garantía, la acción extraordinaria de protección, determinada en el artículo 94 de la norma fundamental. Esta garantía sirve para impugnar decisiones judiciales cuando se vulneran derechos constitucionales o el debido proceso.

Por otra parte, la Constitución en el artículo 87 establece como otra garantía jurisdiccional a las medidas cautelares constitucionales, que pueden presentarse de manera autónoma o conjunta. En este sentido la Constitución no determina ninguna limitación para presentar medidas cautelares en conjunto con la acción extraordinaria de protección. Sin embargo, el artículo 27 de la LOGJCC establece esta restricción. Esta disposición contradice expresamente la facultad de interponer de manera conjunta medidas cautelares y acciones constitucionales de protección de derechos dispuesta en el artículo 87 de la Constitución.

El presente ensayo académico, analiza, por tanto, la inconstitucionalidad de la prohibición de presentar medidas cautelares en conjunto con la acción extraordinaria de protección. Tomando en consideración, que las garantías jurisdiccionales constituyen mecanismos que frenan la violación de un derecho constitucional, por lo que, no pueden ser restringidas por normas infra constitucionales. En palabras de Salgado (2012) respecto de la Constitución indicó que: “los derechos y libertades que se incluyen en la norma de rango superior a todas -en la Ley de leyes- poseen un contenido trascendental, pues abordan cuestiones de índole universal que se consideran esenciales desde la perspectiva humana”.

La posición personal de la autora sobre el problema planteado, es que la prohibición determinada en el artículo 27 de la LOGJCC es inconstitucional. El legislador al introducir en contra del texto constitucional una limitación a la presentación de medidas

cautelares y acción extraordinaria de protección, causa vulneraciones a los derechos constitucionales de los justiciables, cuando existen errores judiciales. Con la concesión de medidas cautelares en conjunto con la acción extraordinaria de protección, se puede suspender los efectos de estas erradas decisiones, tomando en cuenta, además, el tiempo que la Corte Constitucional (Corte) tarda en resolver una acción extraordinaria de protección.

El ensayo académico, tiene como objetivo general sustentar la inconstitucionalidad de la prohibición de medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección. Se expondrá brevemente los antecedentes de las garantías jurisdiccionales. Se revisará la naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección y la doble naturaleza jurídica de las medidas cautelares, con énfasis en las medidas cautelares en conjunto. Se analizará la prohibición, además, desde la no restricción de derechos establecida en la Constitución; desde la incompatibilidad entre una disposición jurídica y una norma constitucional y el principio pro homine. Finalmente se realizará un breve análisis sobre la gravedad del daño, para que se otorguen medidas cauteles cuando se presentan en conjunto con la acción extraordinaria de protección.

Con respecto al objetivo general, cabe plantearse los siguientes objetivos específicos:

1. Describir de manera concreta los antecedentes de la acción extraordinaria de protección y de las medidas cautelares constitucionales.
2. Analizar de la naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección.
3. Analizar la doble naturaleza jurídica de las medidas cautelares, con énfasis en la medida cautelar conjunta.
4. Describir los argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la prohibición de presentar medidas cautelares en conjunto con la acción extraordinaria de protección.

El ensayo académico es cualitativo. Se emplearán el método dogmático jurídico e interpretativo de la norma constitucional y legal; para este fin, se tomarán en cuenta los principios, métodos y reglas del derecho procesal constitucional. El estudio de literatura

especializada y doctrina servirán para describir el marco teórico y conceptual del ensayo académico y para la identificación de las principales posiciones sobre el objeto de estudio.

Este trabajo está estructurado de la siguiente manera: (1) revisión de los antecedentes de la acción extraordinaria de protección y las medidas cautelares constitucionales; (2) análisis de la naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección; (3) análisis de la doble naturaleza jurídica de las medidas cautelares, con énfasis en las medidas cautelares conjuntas; (4) descripción de los argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la prohibición de presentar medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección. Los cuatro argumentos son: a) la Constitución de la República del Ecuador no limita ninguna de las garantías jurisdiccionales, ni restringe el contenido de los derechos; b) incompatibilidad entre una disposición jurídica y una norma constitucional; c) aplicación del principio pro homine; y, d) gravedad de la vulneración de derechos constitucionales.

1 Antecedentes de las garantías jurisdiccionales

La acción extraordinaria de protección y las medidas cautelares son dos garantías jurisdiccionales establecidas para proteger derechos constitucionales vulnerados. La acción extraordinaria de protección procede contra sentencias o autos definitivos, en los que se haya violado por acción u omisión un derecho reconocido en la Constitución. Por otra parte, las medidas cautelares conjuntas, tienen una finalidad instrumental y podrán ser ordenadas con el objeto de cesar la violación de derechos constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos, conforme lo indicado por la Corte en la sentencia Nro. 034-13-SCN-CC.

En este sentido, la Corte en la sentencia Nro. 61-12-IS/19, indicó que: “las medidas cautelares tienen una finalidad instrumental, consistente en asegurar el resultado de un proceso, o sea, evitar que luego de obtenida la sentencia favorable se frustre este resultado como consecuencia de la demora en obtener dicha resolución”. Por lo tanto, no persiguen declarar la violación de un derecho reconocido, ya que esto está restringido a las sentencias, Cervantes (2020). Es por ello que, para cesar la violación de un derecho, las medidas cautelares conjuntas alcanzan una naturaleza tutelar y deben presentarse en

conjunto con la garantía jurisdiccional de conocimiento para reparar la violación del derecho, Guerrero (2020).

Por ello, el constituyente teniendo en cuenta la finalidad de las garantías jurisdiccionales, concibió que las medidas cautelares pueden ser presentadas de manera autónoma o conjunta. En este orden de ideas este ensayo se enfocará en las medidas cautelares en conjunto. Cabe indicar que las medidas cautelares conjuntas se establecieron como mecanismos para cesar de forma urgente la vulneración de un derecho constitucional. La Corte, ya se ha pronunciado al respecto al indicar que estas deberán aplicarse cuando “el ejercicio pleno de un derecho constitucional o de un derecho humano es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, la persona ha sido ya víctima de una intervención vulneratoria”, sentencia Nro. 034-13-SCN-CC.

Sin embargo, la prohibición que el legislador introdujo en el inciso final del artículo 27 de la LOGJCC que determina: “No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.”, es abiertamente a mi criterio inconstitucional. Esta disposición contraviene lo determinado en el artículo 87 de la Constitución que faculta su presentación de manera conjunta con otra acción constitucional de protección de derechos. Esta restricción puede provocar daños irreparables que se habrían podido evitar por parte de la Corte.

Hasta que la Corte declare que se violaron derechos fundamentales en las instancias judiciales; y, en el proceso se dicten las correspondientes medidas de reparación integral, lo que señalan Cordero y Yépez (2015), no equivale a “retrotraer los efectos jurídicos de la decisión judicial impugnada, si no ha reparar el daño a los derechos”, ocurre que, el accionante sufrirá la consecuencia de lo resuelto erróneamente en sentencia, mientras se resuelve la acción extraordinaria de protección. De hecho, a mi criterio la posibilidad de presentar acción extraordinaria de protección en conjunto con medidas cautelares evitaría, que luego se consoliden estas situaciones jurídicas y se dificulte la tarea de reparar los derechos vulnerados.

A continuación, se desarrolla el análisis que sostiene mi criterio respecto de la inconstitucionalidad de la prohibición de presentar medidas cautelares en conjunto con la acción extraordinaria de protección.

2 Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección

La acción extraordinaria de protección fue establecida a partir de la Constitución del año 2008, el artículo 94 determina que esta garantía jurisdiccional procede contra sentencias o autos definitivos. Por tanto, podemos afirmar que esta garantía busca revisar las actuaciones de los jueces y consecuentemente las violaciones de derechos cometidos en sus decisiones por acción u omisión. De igual modo, el artículo 58 de la LOGJCC determina que su objeto es la protección de derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, en las que se haya violado un derecho constitucional.

Así pues, la acción extraordinaria de protección es conocida y resuelta en única instancia por la Corte Constitucional. En consecuencia, este órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional, conoce y resuelve de manera definitiva e inapelable estas acciones. Además, esta acción procede cuando existe cosa juzgada material. Entendida como el efecto en el que se pronuncia de manera definitiva sobre la materialidad de las pretensiones, causando cosa juzgada material o sustancial. Así lo estableció la Corte, en la sentencia Nro. 154-12-EP/19, lo que determina que la resolución es inimpugnable e inmutable.

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 59 de la LOGJCC establece reglas específicas y faculta su interposición a quienes fueron parte del proceso o quienes debieron ser parte del proceso. En consecuencia, la acción extraordinaria de protección da lugar a un nuevo proceso de impugnación con diferentes partes procesales y diferente causa. Por ende, la acción extraordinaria de protección en palabras de Grijalva (2011) y desde su análisis paralelo desde la dimensión objetiva, manifiesta que esta acción “desarrolla el deber de obtener mayores índices de justicia, además de constituir un pilar fundamental para la protección de los demás derechos constitucionales”.

De manera que, la acción extraordinaria de protección es el resultado del Estado constitucional de derechos y justicia, que entre otras cosas impone el deber de los juzgadores de motivar y argumentar adecuadamente sus decisiones, Soto (2017). Por ello, podemos concluir que la acción extraordinaria de protección “tutela todos los derechos constitucionales para evitar la arbitrariedad de los operadores de justicia por acción u omisión”, así lo señaló la Corte en la sentencia Nro. 027-13-SEP-CC. Oyarte (2020) puntualizó que, la acción extraordinaria de protección fue creada, como un mecanismo para evitar; y, en otras ocasiones solucionar los casos de arbitrariedad judicial, cuya consecuencia es la afectación de derechos de los justiciables.

3 Doble naturaleza jurídica de las medidas cautelares constitucionales

Las medidas cauteles constitucionales se encuentran determinadas en el artículo 87 de la Constitución. Guerrero (2020), advierte que estas tienen una doble naturaleza. Por una parte, se podrán ordenar con el objeto de evitar una vulneración de derechos, medidas cautelares autónomas; y, por otra se concederán para cesar la violación de un derecho, medidas cautelares en conjunto. De manera que, el texto de la norma pretende en palabras de Guerrero (2020), que las medidas cautelares tengan dos dimensiones. La primera preventiva al evitar una vulneración de un derecho, con un carácter similar a la acción de amparo constitucional de la Constitución de 1998; y, la segunda tutelar, al cesar la violación de un derecho, esto es, a través de la medida cautelar conjunta con otra garantía jurisdiccional.

En efecto, el artículo 6 de la LOGJCC determina que la finalidad de las medidas cautelares son las de “prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”. Se conceden bajo el principio de *inaudita parte*. Oyarte (2020), sostiene que para que procedan deben cumplir dos requisitos: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. En el caso de la apariencia de buen derecho, hay que anotar que el juez no resuelve el fondo de la controversia, ni realiza prejuzgamiento alguno. Respecto del peligro en la demora, debe suscitar la circunstancia de la inminencia de un daño grave que requiera de una acción urgente.

En cuanto a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, la Corte en reiterada jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia Nro. 052-11-SEP-CC, indicó que

deben cumplirse cuatro presupuestos: 1. hechos creíbles o verosimilitud; 2. inminencia; 3. gravedad; y, 4. derechos amenazados o que se están violando. En cuanto al presupuesto de la verosimilitud, Cervantes (2020) manifiesta en este caso, que el juez debe verificar prima facie que de la narrativa de los hechos se denote el peligro o la violación del derecho. En cuanto a la inminencia, la Corte en la sentencia Nro. 034-13-SCN-CC, determinó que la violación del derecho tiene que estar pronto a suceder o estar sucediendo.

Respecto de la gravedad, la Corte en la sentencia Nro. 66-15-JC/19 determinó que existen tres categorías: daño irreversible, considerado cuando no se puede volver al estado anterior; intenso, cuando el daño es profundo; frecuente, cuando sucede habitualmente. En cuanto al cuarto presupuesto, de los derechos amenazados o que se están violando, la Corte indicó en la en la sentencia Nro. 66-15-JC/19, que la amenaza tiene que ser a derechos reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos. En lo referente a las características de las medidas cautelares podemos distinguir su condición de ser preventivas, accesorias y provisionales.

Oyarte (2020), en relación a estas características manifiesta que son preventivas, porque principalmente no “juzgan ni prejuzgan sobre el derecho amenazado”. Es decir que su concesión se limita a evitar las consecuencias gravosas que genera la dilación en la tramitación del proceso. Son accesorias a su criterio, pues su única justificación se da por “el riesgo que corren los derechos a debatirse”. Y son provisionales, ya que, con su otorgamiento, se sujetan a lo que ocurra en el proceso principal, sin perjuicio de que se las revoque por parte de la autoridad judicial que las concedió. Ahora bien, para una mejor comprensión de la postura defendida en este ensayo, es importante hacer énfasis en las medidas cautelares en conjunto.

Estas se presentan junto con una garantía jurisdiccional de conocimiento, por lo tanto, son accesorias, Guerrero (2020). En la sentencia Nro. 034-13-SCN-CC, la Corte estableció que: “en el caso de medidas cautelares en conjunto, una vez que el juez ha verificado su procedencia y si estas han sido concedidas, el trámite que debe observar los juzgadores es el previsto para la garantía jurisdiccional de conocimiento”. Es así, que el artículo 32 de la LOGJCC determina que podrán ser interpuestas en conjunto con el

requerimiento de cualquiera de las garantías previstas en la Constitución. Esta condición se da, cuando lo que se pretende es detener la violación de un derecho.

En la sentencia Nro. 66-15-JC/19, la Corte hace referencia a uno de los presupuestos determinados por la Corte Constitucional Colombiana respecto de este tipo de medida cautelar. En este sentido señaló que: “La violación lleva implícito el concepto de daño o perjuicio. Se vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado”. Por lo que, en este caso la persona objeto de la violación del derecho constitucional ya ha sido víctima de la realización ilícita. Para Guerrero (2020) respecto de la procedencia de las medidas cautelares en conjunto, se requiere que “exista un derecho, que este derecho haya sido vulnerado y que dicha vulneración sea continua”.

En palabras de Oyarte (2020), al impedirse la medida cautelar en conjunto con otra garantía jurisdiccional, puede generar en contra del peticionario gravamen irreparable. La Corte en cuanto al gravamen irreparable en la sentencia Nro. 154-12-EP/19, señaló que, se produce cuando una vulneración de derechos constitucionales, no puede ser reparada a través de otro mecanismo procesal. Además, la ratificación de la Corte en su jurisprudencia de la inadmisión conforme el artículo 27 de la LOGJCC, sin pronunciarse sobre la petición según Oyarte (2020), le resta eficacia a la acción extraordinaria de protección, cuya consecuencia sería que se produzca como se dijo en líneas anteriores, gravamen irreparable en contra del peticionario.

4 Argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la prohibición de medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección

En la presente sección, se expondrán los argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la prohibición de presentar medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección. El punto de partida de la investigación será en torno a la restricción normativa determinada en el artículo 27 de la LOGJCC. En el estudio se abordará el análisis de los derechos constitucionales violentados y la gravedad del daño, que la Corte Constitucional habría podido evitar al conceder las medidas cautelares cuando son presentadas en conjunto con la acción extraordinaria de protección. Esto con el fin de cesar la vulneración de un derecho constitucional como consecuencia de una equivocada actuación judicial, de acuerdo a los siguientes argumentos:

4.1 La Constitución de la República del Ecuador no limita ninguna de las garantías jurisdiccionales, ni restringe el contenido de los derechos

La Constitución, en el numeral 4, del artículo 11 establece: “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Por lo tanto, la restricción establecida en el artículo 27 de la LOGJCC, de presentar medidas cautelares en conjunto con la acción extraordinaria de protección, limita a mi juicio, el ejercicio del derecho constitucional determinado en el artículo 87 e inclusive restringe su contenido. La Constitución, permite la interposición conjunta de medidas cautelares con cualquier acción constitucional de protección de derechos. Por ende, la restricción establecida en la LOGJCC implica, además, una disminución injustificada, irrazonable y desproporcional del derecho a recurrir.

En este sentido, es importante recordar el contenido del Acta Nro. 54 de la Asamblea Constituyente de Montecristi, en donde se manifestó que toda norma debe fundamentarse formal y materialmente en una superior de la que deriven las inferiores. La referida acta declara, además, que la ley y las demás normas que forman parte del ordenamiento jurídico están subordinadas a la Constitución. Por lo tanto, atendiendo el espíritu original del constituyente respecto de la supremacía constitucional, se puede concluir que la contraposición existente entre el artículo 87 de la Constitución y el artículo 27 de la LOGJCC, no debería restringir el contenido de las garantías jurisdiccionales.

Guerrero (2020) afirma que “si se pudiera restringir el contenido y alcance de las garantías jurisdiccionales, definitivamente se les estaría restando eficacia y se coartaría la reparación integral de la presunta víctima de una violación de derechos.”. De modo similar, el artículo 424 de la Constitución establece el principio de jerarquía constitucional, que expresamente determina que la Constitución es la norma suprema. Consecuentemente, ésta prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Guerrero (2020), afirma que este principio, es consecuencia de un ordenamiento jurídico con una estructura escalonada.

Por lo tanto, implica que normas superiores prevalecen sobre normas inferiores. Es así, que manifiesta que no es posible que “la norma creada contradiga a la norma cuya aplicación le dio origen”. Este es el caso de la facultad establecida en el artículo 87 de la

Constitución, que razonablemente incluida por el constituyente permite la interposición de medidas cautelares en conjunto con otras garantías jurisdiccionales, sin excluir a la acción extraordinaria de protección. Por lo tanto, se verifica que la restricción determinada en la LOGJCC es inconstitucional.

En este contexto, al existir esta antinomia entre el artículo 87 de la Constitución y el tercer inciso del artículo 27 de la LOGJCC, se genera una evidente inconstitucionalidad. En la prohibición de interponer acción extraordinaria de protección en conjunto con medidas cautelares. En este sentido la Corte en la sentencia Nro. 006-17-SEP-CC manifestó que, en el caso de que se llegaren a restringir el contenido y alcance de las garantías jurisdiccionales, como en efecto lo hace el artículo 27 de la LOGJCC, se obstaculizaría injustificadamente el acceso a la justicia en el ámbito constitucional, así lo refiere Guerrero (2020).

Además, cabe recordar, lo determinado en el numeral 1 del artículo 3 de la LOGJCC, que determina: “los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación”. En estos casos la Corte al conocer una acción de medidas cautelares en conjunto con la acción extraordinaria de protección, debería aplicar la norma jerárquicamente superior, es decir aquella determinada en la Constitución. Con el objeto primordial de cesar de forma inmediata la violación de un derecho constitucional, que al final inclusive puede provocar un gravamen irreparable en caso de que no se conceda.

En relación al principio de aplicación directa, es necesario advertir que no requiere una norma infra constitucional que desarrolle el contenido del derecho, ni los presupuestos fácticos para su aplicación o los procedimientos para su exigibilidad conforme lo señalan Cordero y Yépez (2015). Por lo tanto, a mi criterio, es claro que ningún juez constitucional está facultado a rechazar la presentación conjunta de la acción extraordinaria de protección con medidas cautelares. Tal actuación contraria expresamente lo determinado en el artículo 87 de la Constitución. Lo que permite concluir que el último inciso del artículo 27 de la LOGJCC es inconstitucional.

En este punto, es necesario abordar lo indicado por Ávila (2011), respecto al control de constitucionalidad en nuestro país. En sus palabras, el Ecuador se encuentra dentro de

la lógica de control mixto de constitucionalidad. En este orden de ideas menciona que su régimen de desarrollo debe encaminar sus esfuerzos a conseguir la igualdad y la equidad, de manera que, el Estado tenga objetivos claros y comprometidos. Es así, que concluye, que la Constitución no puede únicamente enunciar derechos, sino que debe buscar como fin el reconocimiento de garantías, colocando en el centro de la protección la vulneración de derechos constitucionales.

Dicho en forma breve, habla sobre el deber primordial del Estado que se constituye en la protección de los derechos, esta protección según manifiesta, limita y vincula todo poder. Por lo tanto, indica que no existe acto público “que no pueda ser prevenido, impedido o, cuando cause daño reparado”. Además, establece que la Corte Constitucional en última instancia debe resolver aquellos conflictos que se produzcan por violación de derechos constitucionales. Consecuentemente, a mi criterio, el artículo 27 de la LOGJCC, es inconstitucional, ya que con la medida cautelar conjunta se busca precisamente cesar un daño provocado por una actuación judicial errónea.

4.2 Incompatibilidad entre una disposición jurídica y una norma constitucional

El artículo 436, numeral 3 de la Constitución determina entre las atribuciones de la Corte la facultad de: “Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”. En la sentencia Nro. 1024-19-JP/21, la Corte indicó que, al ser el máximo garante de la Constitución y cuando resuelva un caso dentro del ámbito de sus competencias, le corresponde también garantizar la supremacía constitucional. Es así, que podría en un caso concreto efectuar un control incidental de inconstitucionalidad. Polo (2022), refiere entonces, que se podría declarar la inconstitucionalidad de normas contrarias a la norma suprema, cuando se verifique la presencia de conexidad.

La Corte en la sentencia Nro. 1024-19-JP/21 desarrolló además, cinco reglas para ejercer esta competencia; 1. ejercicio de la competencia será excepcional; 2. proceso de constitucionalidad abstracta es una acción distinta a la acción de inconstitucionalidad; 3. la norma cuya constitucionalidad se sospecha debe tener relación directa con los hechos del caso; 4. la Corte deberá escuchar a quienes tienen atribuciones constitucionales para emitir la norma acusada y a la entidad encargada de aplicar la norma; y, 5. la Corte

observará, en lo que fuere aplicable para declarar la inconstitucionalidad, los principios y garantías de otros procedimientos de control constitucional iniciados a petición de parte.

En este contexto, la Corte en la sentencia Nro. 1024-19-JP/21, interpretó la atribución legal para promover procesos de inconstitucionalidad, a través de su facultad constitucional para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica de oficio o por conexidad, Polo (2022). Por lo tanto, esta facultad constitucional, permitiría a la Corte declarar la inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 27 de la LOGJCC, que prohíbe la presentación conjunta de medidas cautelares y acción extraordinaria de protección, por la vía incidental. Por cuanto, es notorio que existe una incompatibilidad normativa, que claramente restringe el contenido de los derechos constitucionales determinados en la Constitución.

4.3 Aplicación del principio pro homine

Es importante recordar que la Constitución reconoce en el numeral 5 del artículo 11 el principio *pro homine*, tomando en consideración que el objeto central de la protección del derecho es la persona. En virtud de lo indicado, en materia de derechos y garantías constitucionales, el referido artículo dispone que deberán aplicar la norma que más favorezca su efectiva vigencia. Por lo tanto, la Corte al conocer una acción extraordinaria de protección en conjunto con medida cautelar y por mandato constitucional, en caso de que se cumplan los requisitos de procedencia debería en fase de admisibilidad conceder la medida cautelar.

Esta concesión basada en los hechos creíbles de la petición, sin necesidad de prejuzgar la acción extraordinaria de protección, con el fin de cesar la violación del derecho. Tomando en consideración, además, la provisionalidad de las medidas cautelares señalada por la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 026-13-SCN-CC, que, entre otras cosas, determina que estas pueden ser revocadas cuando cese la violación del derecho. Señalando de manera inequívoca, que en base al principio pro persona, antes de que la Corte inadmita de plano su interposición conjunta, debería a mi juicio analizar la vulneración del derecho alegada y sin más trámite conceder la medida cautelar para precisamente cesar esta vulneración, hasta que resuelva el fondo del asunto.

La prohibición incluida por el legislador en el artículo 27 de la LOGJCC es inconstitucional, puesto que las medidas cautelares son urgentes y provisionales. Su finalidad principal como ya ha quedado sentado en anteriores párrafos es evitar o hacer cesar la violación de un derecho constitucional, que fue vulnerado por una decisión judicial. Ahora para Grijalva (2011), sería lógica esta restricción, únicamente cuando la decisión judicial no solo cumple con el requisito de estar ejecutoriada, sino ejecutada, es decir que sus efectos fueron consumados por lo que la concesión de medidas cautelares sería inaplicable.

Para Guerrero (2020), las garantías jurisdiccionales le son “incómodas al poder”, en razón de que, si los derechos de las personas equivalen al ejercicio de poder, las garantías jurisdiccionales se constituyen en el mecanismo para ejercerlo y consecuentemente tratarán de ser contrarrestadas por quienes ostentan el poder. En este sentido es menester mencionar lo que Guerrero (2020) enfatiza respecto a que las garantías jurisdiccionales tienen su fin primordial en prevenir, cesar o reparar la vulneración de un derecho constitucional. Salgado (2012), además muy acertadamente refiere que las leyes contenidas en la Constitución poseen un contenido trascendental, pues su contenido es fundamental.

En otros términos, al desvirtuar el legislador el contenido original del artículo 87 de la Constitución, que permite la presentación conjunta de acciones jurisdiccionales, con el fin precisamente de cesar la vulneración de un derecho constitucional, conlleva que la prohibición contenida en el artículo 27 de la LOGJCC se torne en inconstitucional. Con esto se pretende, como se indicó en el párrafo anterior limitar los derechos de las personas. Los derechos constitucionales violentados por una decisión judicial y cuya vulneración podrían cesar a través de recurrir de forma conjunta la acción extraordinaria de protección y medidas cautelares, se ven seriamente afectados por esta restricción.

4.4 Gravedad de la vulneración de derechos constitucionales

Respecto del criterio de gravedad, la Corte en la sentencia Nro. 176-14-EP/19, ha determinado que: “responde a la necesidad de brindar una protección eficaz e inmediata y una reparación integral a los derechos cuya vulneración no pueda ser ignorada”. En este sentido la acción extraordinaria de protección se vuelve en un mecanismo eficaz, que

permite a la Corte realizar el control de las decisiones de los jueces. Este control se basa en la verificación de la vulneración de derechos de las partes dentro de un proceso. La Corte al otorgar medidas cautelares podría efectivamente cesar a través de su concesión, la vulneración del derecho constitucional afectado.

Es en este escenario que, precisamente la Corte podría detener la violación del derecho constitucional, evitando se configuren estas situaciones jurídicas consolidadas. Al conceder bajo el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, las medidas cautelares presentadas de manera conjunta con la acción extraordinaria de protección. La concesión de la medida cautelar en fase de admisibilidad, cuando es presentada en conjunto con la acción extraordinaria de protección, sin duda puede lograr que cese la vulneración de un derecho constitucional, que al final podría ser irreversible por la intensidad y la frecuencia de la violación.

Silva (2008), sostiene que con la Constitución de 2008 se generó una nueva clasificación respecto de acción cautelar y de fondo, con lo que se faculta a solicitar medidas cautelares de manera autónoma o conjunta de la acción de fondo. Por lo tanto, indica que esto le permite al juzgador adoptar medidas urgentes con el fin de “evitar daños irreparables las personas”. En este contexto, la LOGJCC establece que los requisitos para dictar medidas cautelares son la inminencia de la violación y la gravedad del daño. Ahora bien, para el análisis de la prohibición establecida en el artículo 27 de la LOGJCC es necesario abordar la gravedad del daño.

La gravedad de la violación del derecho se considera cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación. Grijalva (2012), sostiene que la tendencia restrictiva establecida en el artículo 27 de la LOGJCC es inconstitucional. Argumenta que la restricción impuesta en la normativa indicada no apunta a una regulación legal necesaria, sino a una restricción al ciudadano de ejercer adecuadamente la acción. Además, indica que las medidas cautelares pueden tornarse en indispensables cuando “el daño grave e inminente que implica la violación a un derecho constitucional proviene de una decisión judicial”.

Es necesario advertir, que el pronunciamiento de la sentencia de la acción extraordinaria de protección en la mayoría de ocasiones tiene el efecto de reenvío, de

conformidad con lo determinado en la sentencia de la Corte Nro. 843-14-EP/20, pues esta acción está diseñada para atender una pretensión distinta a la del proceso originario; la excepción es realizar un control de mérito. Por lo tanto y hasta que otro juzgador competente emita una nueva decisión judicial, resulta sumamente perjudicial para el titular del derecho vulnerado el que se deje en firme los efectos del auto o la sentencia impugnada.

5 Conclusiones

De la investigación realizada, sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección, se pueden extraer las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. Cordero y Yépez (2015), manifiestan que un estado constitucional sería un estado de derecho cuando se cumplen algunos presupuestos, entre ellos que la Constitución como norma jurídica puede ser aplicada por cualquier juez o jueza de forma directa y obligatoria. En este sentido se concluye que el existir norma expresa en la Constitución, respecto de la presentación conjunta de medidas cautelares y garantías jurisdiccionales sin exclusión alguna, la prohibición contenida en la LOGJCC se torna en manifiestamente inconstitucional y debería ser expulsada del ordenamiento jurídico ya que es abiertamente contradictoria a la norma suprema.

2. El principio de supremacía constitucional, determinado en el artículo 426 de la Constitución permite encontrar soluciones a los conflictos de jerarquía, jurisdicción y competencia. En este orden de ideas, es posible concluir que la Corte Constitucional en su línea jurisprudencial solo se ha limitado a rechazar las acciones conjuntas de medidas cautelares y acción extraordinaria de protección basando su argumento en la prohibición inconstitucional establecida en el artículo 27 de la LOGJCC. Sin embargo, cuando los hechos fácticos de un caso concreto permitan determinar la vulneración de derechos constitucionales y en aplicación del referido principio la Corte debe aplicar la norma más favorable, Rosales (2017).

3. Es necesario y mucho más en materia constitucional que se cree un sistema de unificación de jurisprudencia, que facilite la tarea interpretativa de la alta Corte. En este

sentido al ser la Corte Constitucional el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional del país debe desarrollar una jurisprudencia clara y coherente. Las dos acciones tendrían como consecuencia inclusive la reducción de las demandas de garantías jurisdiccionales, pero también la adecuada resolución de conflictos en los que existan derechos constitucionales vulnerados que deben ser remediados a través de estas garantías.

4. Es claro que, el espíritu original de las garantías jurisdiccionales generado en Montecristi, no puede ser descontextualizado mediante una ley infra constitucional que además a mi criterio ya debe ser revisada. Existen varias incoherencias y confusiones en el texto de la LOGJCC que debe ser examinadas a fin de que no resten eficacia a la protección de derechos reconocida en la Constitución. El caso de la prohibición determinada en el último inciso del artículo 27 de la referida ley, apunta a violación sistemática de derechos constitucionales. Por ende, se restringe el contenido de los derechos y se limita el ejercicio de las garantías jurisdiccionales.

5. Finalmente el presente ensayo concluye que la prohibición determinada en el último inciso del artículo 27 de la LOGJCC es inconstitucional. Los argumentos esgrimidos en párrafos anteriores concluyen en resumen que la referida restricción por ser contraria a una norma clara y concreta de la Constitución debe expulsarse del sistema jurídico. La protección de los derechos constitucionales es el fin primordial de un Estado de derechos y justicia como es el caso del Ecuador. Por lo tanto, esta protección debe ser atendida para quienes claman por justicia, que precisamente por actuaciones judiciales erradas acuden a su revisión y esperan a través de estas dos garantías obtener justicia.

6 Referencias

6.1 Libros y artículos

- Ávila, R. (2011). *El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008*. Biblioteca jurídica virtual de la Unam. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2701/34.pdf>.
- Cervantes, A. (2020). *Las medidas cautelares constitucionales y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. Revista Ruptura, (02), pp. 171-210. Recuperado de: <https://doi.org/10.26807/rr.vi02.23>.
- Cordero, D. y Yépez, N. (2015). *Manual (crítico) de garantías jurisdiccionales constitucionales*. Quito: INREDH.
- Guerrero, J. (2020). *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Grijalva, A. (2011). *Constitucionalismo en Ecuador, serie pensamiento jurídico contemporáneo*. Quito, Corte Constitucional para el período de transición.
- Oyarte, R. (2020). *Acción extraordinaria de protección*. 2a. ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/udla/titulos/130114>.
- Polo, E. (2022). *La declaratoria de inconstitucionalidad de normas por conexidad en Ecuador*. Quito: Foro revista de derecho Nro. 38. Instituto de Altos Estudios Nacionales. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10644/8767>.
- Rosales, A. (2017). *Análisis de la prohibición de presentar medidas cautelares dentro de una acción extraordinaria de protección: ¿regulación normativa o restricción de derechos*. Tesis de maestría en derecho mención en derecho constitucional. UASB. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10644/5524>.
- Salgado, H. (2012). *Lecciones de derecho constitucional*. 4a. ed. Quito: Ediciones Legales.
- Silva, C. (2008). *Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción? Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito. Ministro de Justicia y Derechos Humanos, pp.51-84.
- Soto, F. (2017). *La tutela objetiva del debido proceso en la acción extraordinaria de protección: un criterio de admisibilidad pendiente*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de: <https://elibro.net/es/ereader/udla/171986?page=11>.

6.2 Cuerpos normativos

- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Acta Constituyente Nro. 54 de la Asamblea Constituyente de Ecuador.

6.3 Jurisprudencia

Corte Constitucional (2019). Sentencia No. 61-12-IS/19, 23 de octubre de 2019. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2021). Sentencia No. 034-13-SCN-CC, 30 de mayo de 2013. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2020). Sentencia No. 154-12-EP/19, 20 de agosto de 2019. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2009). Sentencia No. 027-13-SEP-CC, 11 de junio de 2013. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2019). Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2021). Sentencia No. 052-11-SEP-CC, 15 de diciembre de 2021. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2020). Sentencia No. 7566-14-EP/20, 8 de enero de 2020. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2017). Sentencia No. 006-17-SEP-CC, 11 de enero de 2017. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2021). Sentencia No.1024-19-JP/21, 1 de septiembre de 2021. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2019). Sentencia No. 2476-14-EP/19, 16 de octubre de 2019. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2020). Sentencia No. 843-14-EP/20, 14 de octubre de 2020. Quito, Ecuador.