



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**LAS MEDIDAS DE ARRAIGO EN LOS PROCEDIMIENTOS COACTIVOS Y  
SU VULNERACIÓN AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN.**

**Autor**

**Carlos Eugenio Delgado Casanova**

**Año  
2017**



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**LAS MEDIDAS DE ARRAIGO EN LOS PROCEDIMIENTOS COACTIVOS Y  
SU VULNERACIÓN AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN.**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales de la  
República del Ecuador**

**Profesor guía**

**Msc. Jaime Andrés Villacreses Valle**

**Autor**

**Carlos Eugenio Delgado Casanova**

**Año**

**2017**

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

---

Jaime Andrés Villacreses Valle  
Magister en Derecho  
C.C.: 1714040670

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los trabajos de titulación.”

---

José Dionicio Suing Nagua  
Máster en Economía  
C.C.: 1706860440

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

---

Carlos Eugenio Delgado Casanova  
C.C.: 1310089618

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por permitirme conseguir un logro más en la vida.

A mis compañeros y docentes, pues sus conocimientos contribuyeron a mi formación académica

Agradezco a mi familia, pues fueron mi soporte durante los momentos difíciles en este largo camino

**Carlos**

## **DEDICATORIA**

A mi madre, quien me han enseñado que el esfuerzo siempre tiene su recompensa y a mi esposa quien me ha motivado a conseguir mis metas.

***Carlos***

## **RESUMEN**

El presente trabajo analiza la violación del derecho a la libre circulación como una consecuencia de la imposición de medidas de arraigo o prohibición de ausentarse del país, que se ordenan dentro de los procedimientos administrativos de ejecución coactiva, y que es desproporcionada e innecesaria por el hecho de sujetar el ejercicio de un derecho fundamental al cumplimiento de una deuda determinada a favor del Estado.

Para ello, el desarrollo del problema jurídico se abordará a través del análisis doctrinario, legal y jurisprudencial respecto de la naturaleza jurídica del procedimiento coactivo como elemento del principio de la autotutela administrativa, las competencias del órgano recaudador; y, la compatibilidad de esta figura jurídica y sus herramientas, con el derecho a la libre circulación como un derecho fundamental inherente al ser humano y cuya restricción está sujeta a circunstancias que no se adaptan a los procedimientos administrativos de ejecución.

## **ABSTRACT**

This paper analyzes the violation of the free movement right as a consequence of the imposition of the prohibition measures to leave the country, which are ordered within the administrative procedures of coercive execution, which is incommensurate and unnecessary by the fact of subjecting one fundamental right for the fulfillment of a determined debt in favor of the State.

In order to explain this fact, the development of the paper will be addressed by a doctrinal, legal and jurisprudential analysis regarding the legal nature of the coercive procedure as an element of the self-administrative protection principle, the debt collector competences, and the compatibility of this legal framework and its methods, with the free movement right as a fundamental right inherent to the human being and whose restriction is subject to the circumstances that are not adapted to current administrative enforcement procedures.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
1. Naturaleza jurídica de la ejecución coactiva y del derecho a la libre circulación.....	2
1.1. Naturaleza jurídica de la ejecución coactiva.....	2
1.2. El derecho a la libre circulación .....	6
2. Regulación de los procedimientos administrativos de ejecución coactiva y las medidas cautelares como principal herramienta de recaudación. ....	11
2.1. Marco constitucional y legal del procedimiento de ejecución coactiva.....	12
2.2. Competencia del órgano recaudador .....	14
2.3. Tipos de medidas cautelares en los procedimientos de ejecución coactiva y sus efectos jurídicos.....	16
3. Violación del derecho a la libre circulación como consecuencia del uso indebido de las medidas de arraigo en los procedimientos coactivos.....	22
3.1. La restricción del derecho a la libre circulación no es compatible con las facultades ni la discrecionalidad del funcionario ejecutor.....	22
3.2. Las medidas cautelares de arraigo en los procedimientos coactivos no son idóneas, necesarias ni proporcionales al fin constitucional de protección de la libre circulación .....	24

3.3. Violación del derecho a la libre circulación como resultado de la imposición de medidas cautelares de arraigo o prohibición de ausentarse por parte de órgano no competente .....	27
4. CONCLUSIONES.....	30
REFERENCIAS .....	32

## INTRODUCCIÓN

La coactiva, es un procedimiento administrativo que en virtud de la potestad estatal y materializado desde el principio de autotutela administrativa, busca la recaudación coercitiva de obligaciones incumplidas que hayan sido determinadas a favor del Estado y que se llevan a cabo por funcionarios administrativos de las distintas entidades del sector público facultados legalmente para ejercer cuantas actuaciones sean necesarias para conseguir el fin deseado (recaudar); actuaciones que implican en su esencia, la imposición de medidas cautelares como un medio para obligar al sujeto pasivo al pago de la obligación.

La importancia de las medidas cautelares, radica en que a través de éstas se materializa el carácter coercitivo de la coactiva y se mide su eficacia como herramienta de recaudación, toda vez que la emisión de medidas cautelares, llámense estas, prohibición de enajenar, secuestro, retenciones, y otras, como el arraigo o la prohibición de ausentarse, que incluye la prohibición de salir del país, lleva implícita la limitación parcial o total del ejercicio de los derechos que giran en torno a la naturaleza jurídica de los bienes objetos de restricción que buscan obligar al deudor al pronto pago de la obligación que adeuda.

No obstante de lo anterior, se debe mencionar que a pesar de la eficacia de las medidas cautelares en los procedimientos coactivos, la aplicación de específicas medidas no son apropiados de imponer en estos procedimientos, debido a la afectación que estas pueden llegar a causar al ejercicio derechos fundamentales reconocidos y garantizados por nuestra constitución, toda vez que dichas medidas pueden no justificar ser razonables al fin que se desea obtener, como el caso de las medidas de arraigo o prohibición de ausentarse en donde el bien jurídico protegido es el derecho a la libre circulación, cuyo contenido inherente a la dignidad del individuo, requiere presupuestos específicos y concurrentes para su limitación, tales como la tipicidad y la regulación gradual de su restricción; su determinación por un juez competente,

la existencia de proporcionalidad, gradualidad de la medida con relación a la infracción y la respectiva motivación que sustente la necesidad y razonabilidad de su imposición, requisitos sin los cuales no cabría la determinación de una medida con características ampliamente restrictivas.

## **1. Naturaleza jurídica de la ejecución coactiva y del derecho a la libre circulación**

En el presente acápite se realizará un análisis de la naturaleza jurídica del procedimiento coactivo que se desprende de la gestión de recaudación de obligaciones determinadas por parte de la administración pública, así como también se planteara un análisis respecto del derecho a la libre circulación como un derecho constitucional con condiciones limitadas para la aplicación de su restricción.

### **1.1. Naturaleza jurídica de la ejecución coactiva**

Para poder identificar la naturaleza jurídica del procedimiento coactivo se debe primero revisar la relación entre fines del Estado y su financiamiento. El Estado y su concepción institucional requieren de mecanismos de financiamiento para sostener la estructura sobre la cual se engrana su funcionamiento, es decir, mecanismos que permitan llevar los fines que el Estado por su naturaleza y por mandato de Ley está destinado a cumplir y que se derivan de necesidades e intereses de índole social, como la prestación de servicios básicos y la estructuración de un sistema burocrático que administre y gestione el manejo de las actividades estatales que satisfacen dichos intereses colectivos (Ledesma, 2013, pp. 20-21).

En este sentido, la figura de los tributos, si bien no constituye en la única fuente de financiamiento estatal, si tiene un espacio relevante o más bien, principal en este contexto, por cuanto exige y se constituye en sí misma una prestación de carácter unilateral a la que los

ciudadanos están obligados a dar una contribución con relación a su capacidad de inversión y ahorro, en razón de la pertenencia a un determinado territorio y por sentido de solidaridad frente a la colectividad. (Jaramillo, 2014, p. 3).

Sin embargo de lo anterior, los tributos concebidos desde una visión institucional de financiamiento de gasto público, no puede sostenerse tan solo desde una idea abstracta referida a su naturaleza de financiamiento, sino que precisa además, de la existencia de mecanismos y sistemas apropiados que permitan la consecución misma de su finalidad, es decir, medios que permitan relacionar su naturaleza impositiva, su capacidad de ser recaudada y su aplicación en los fines estatales (Ledesma, 2013, pp. 22-23).

La existencia de dichos mecanismos y sistemas planteados, sugieren además de la configuración de una plataforma administrativa, la implementación de un ordenamiento jurídico que provea de herramientas, tanto a la administración tributaria, para efectos de mejorar su capacidad y suficiencia recaudatoria (Ledesma, 2013, p. 36)., como a los contribuyentes para la protección de sus derechos, a efectos de que un régimen tributario no solo se convierta en un sistema de recaudación sino que además se convierta en un mecanismo que busque una eficiente distribución del gasto público (Jaramillo y Murillo, 2011, p. 9).

Una de estas herramientas, es la ejecución coactiva, como mecanismo ejercible por parte del Estado en virtud de la potestad de imperio o potestad estatal entendida como aquel poder sobre el cual los individuos se encuentran sometidos (Cassagne, 2009, p. 44) y que tiene por objeto la recaudación de obligaciones a través del uso de medios coercitivos para el efecto. (Mora, 1973, p. 36).

Al respecto de la ejecución coactiva como mecanismo de recaudación, se puede traer la siguiente definición:

*“El procedimiento administrativo de ejecución es una facultad que se le otorga a la administración tributaria para hacer cumplir sus resoluciones y no se refiere a la existencia de la obligación, es la fase relativa al cobro y presupone el agotamiento previo del procedimiento para determinar el crédito tributario”* (Barragán, 2013, p. 332).

Por otro lado, es preciso traer la siguiente definición:

*“La coactiva o procedimiento de ejecución es un mecanismo de recaudación de acreencias que tiene el Estado o sus instituciones, en el que interviene el funcionario ejecutor a nombre de la entidad acreedora”* (Suing, 2017, p. 213).

De las definiciones planteadas, se puede colegir que, la ejecución coactiva es un instrumento a través del cual se materializa la potestad estatal en la práctica el principio de autotutela administrativa (Royo, 1998, p. 24)., como fundamento de la administración para hacer obligatorio el cumplimiento de una decisión contenida en un acto administrativo que se presume en principio, ejecutivo (Cassagne, 1981, p. 131)., pero que para ejercerla, precisa de una característica propia, que se refiere a que dicha obligación contenida en el acto administrativo sea líquida, exigible y de plazo vencido (Morales, 1999, p. 308).

En esta misma línea, también se puede dilucidar que, aunque la ejecución coactiva es una herramienta para la recaudación de obligaciones a favor del Estado, esta debe canalizarse a través de la implementación de un procedimiento, entendiéndose como un mecanismo que procure la garantía de los derechos de las personas y garanticen entre otras, la racionalidad y eficacia de las actuaciones que realiza el Estado, atendiendo de esta manera, también a sus intereses (Balbin, 2010, p. 469).

Vale recalcar aclarar en este sentido, que si bien de la definición señalada, se refiere a la ejecución coactiva en un contexto de obligaciones tributarias, la ejecución coactiva no se limita a ser una herramienta exclusiva de este tipo

de obligaciones, sino que también su ejercicio puede establecerse a favor de determinadas entidades del sector público expresamente facultadas mediante Ley, para que puedan asegurar la recaudación de obligaciones establecidas a su favor. (Ledesma, 2013, p. 379).

Finalmente y respecto de las características propias de la coactiva debe considerarse que aun cuando hemos señalado que la ejecución coactiva constituye en una herramienta coercitiva de la administración, que aporte a la consecución de sus fines recaudatorios (como uno de los tantos fines de la misma), no se limita a quedarse exclusivamente la ejecución coactiva en un aporte sino que también, en una suerte de contrapeso que nace de la obligación de la misma administración de dar cumplimiento a una orden, por lo tanto, otra de sus características radica en que no solo es una facultad sino que también una obligación (Vega, 2016, p. 85).

Respecto de la naturaleza jurídica del procedimiento de ejecución coactiva, se debe indicar que, aun cuando la potestad estatal o de imperio, canalizada a través del principio de autotutela administrativa prime como fundamento de sus actuaciones, en el sentido de que se excluye la idea de someter a conocimiento o declaración de órganos jurisdiccionales la ejecución, la aclaración o la validez de sus actos y la fuerza de ejecutoria que dichos actos ostentan (García de Enterría y Fernández, 2013, p. 563). no implica esta concepción que dichas actuaciones por tener fuerza de ejecutoria y ser ejecutivas le den carácter de decisiones jurisdiccionales.

Al respecto, se debe señalar que el argumento sobre el cual se sostiene la afirmación de no ser decisiones judiciales, se advierte desde el hecho de que el procedimiento administrativo de ejecución respecto de su coordinación y dirección es llevado por la misma administración, quien participa en calidad de juez y parte, careciendo totalmente de imparcialidad e independencia, como una característica propia de lo jurisdicción. (Cassagne, 2009, pp. 537- 583).

Adicionalmente, el carácter administrativo del procedimiento coactivo prima por sobre el jurisdiccional, por cuanto en el caso del segundo, un procedimiento implica el conocimiento y discusión sobre la existencia de derechos, cosa que no se ventila en ningún momento en un procedimiento coactivo que busca tan sólo la ejecución de una obligación, por lo tanto, su naturaleza es exclusivamente administrativa (Celi, 2004, p. 28).

## **1.2. El derecho a la libre circulación**

Los derechos fundamentales, entendidos como aquellas cualidades y valores propios del ser humano y que precisan de la dignidad como su principal componente (Chiriboga y Salgado, 1995, p. 15). tienen una vital importancia en el desarrollo de dicha condición, por cuanto hace de estas cualidades y valores, objetos jurídicamente protegibles, en virtud de lo cual deben estar consagradas en las constituciones (Ordoñez, 2013, p. 75).

En el Ecuador, estos derechos fundamentales relativos a la esencia del ser humano y sus características inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía han sido adoptados de forma directa por nuestra Constitución (Santamaría, 2011, p. 194). Sin embargo, se encuentran garantizados en ésta, no sólo aquellos derechos directamente enumerados en la misma sino que también se reconoce y garantiza aquellos cuyo contenido se plasma en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de tal modo que, los derechos determinados en dichos instrumentos, tienen jerarquía constitucional y por lo tanto obliga a los servidores de las distintas funciones del Estado su inmediato cumplimiento.

Uno de los derechos fundamentales plasmados expresamente en nuestra Constitución, es la libre circulación, que plasmado en su artículo 66, numeral 14 dispone que:

*“(...) se reconoce y garantiza (...) El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)*

No obstante de encontrarse el derecho a la libre circulación expresamente señalado en nuestra Constitución, también se puede evidenciar la importancia de su ejercicio consagrado en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que sobre este señalan lo siguiente:

**La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 13 dispone:**

*“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.*

*2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país” (DUDH, 1948).*

**La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 8 señala que:**

*“Derecho de residencia y tránsito. Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad” (DADDH, 1948).*

**El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, artículo 12 prescribe que:**

*“(...) 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.*

*3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.*

*4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.” (PIDCP, 1976).*

Conforme lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución del Ecuador, se desprende que pese a que toda persona pudiera ejercer su derecho a circular y residir libremente en cualquier lugar de un determinado país, existen restricciones al ejercicio de estos por motivos expresos, infiriendo por lo tanto que pese a que el derecho a la libre circulación presenta una estrecha relación con el sentido de dignidad humana, no implica dicha relación que su ejercicio es absoluto e ilimitado.

En este sentido, la Observación General No. 27 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2 de noviembre de 1999 ha planteado que, la restricción de los derechos de libre circulación puede ejercerse siempre que se atiende a lo dispuesto en el numeral 1 y 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, no obstante de lo anterior, dichas restricciones deben encontrarse contenidas en la Ley, deberá responder a una necesidad y determinar específicamente los criterios y las condiciones sobre las cuales se ejerce esta restricción, con la finalidad de no dejar espacio a la discrecionalidad de los encargados de su determinación e incurrir por ello en arbitrariedades .

Finalmente se menciona que los órganos que restringen el derecho a la libre circulación, sean estos administrativos, o judiciales, deberán para no vulnerar la esencia del derecho, aplicar el principio de proporcionalidad, entendida esta como la valoración sobre la procedencia sobre la restricción de un derecho

fundamental para la consecución de un objetivo constitucional (Gil, 2004, p. 20), es decir, que la medida restrictiva sea consecuente con la necesidad y el derecho a ser restringido.

Este criterio a su vez ha sido recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de la sentencia en el caso Ricardo Canesse contra la República de Paraguay, dentro de la cual expresa lo siguiente:

*“(...) la Corte destaca la importancia de la vigencia del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho de salir del país en una sociedad democrática, dada la alta incidencia que dicha restricción tiene en el ejercicio de la libertad personal.”*  
(Sentencia Corte IDH, Canesse vs Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111).

En lo que respecta a esta primera apreciación, la Corte hace énfasis y coincide con los instrumentos citados y con la Observación 27, en la implementación de una norma que regule la limitación del derecho a la libre circulación como requisito, dada la alta importancia en el contenido de este derecho; sin embargo, no resulta suficiente la tipificación de la infracción, sino que también, se debe apreciar en la misma, las circunstancias que han de existir para su delimitación y que fue también objeto de la sentencia de la Corte en el mismo caso analizado conforme el siguiente criterio:

*“(...)es necesario que el Estado defina de manera precisa y clara mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país. La falta de regulación legal impide la aplicación de tales restricciones, puesto que no se encontrará definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la restricción(...)No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de*

*tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad(...)"* (Sentencia Corte IDH, Canesse vs Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111).

Esta consideración por otro lado, busca explicar la necesidad imperante de determinar en la norma, las condiciones que han de generarse para la restricción del derecho a la libre circulación, como un limitante a los excesos de los funcionarios de los poderes públicos ante la alta posibilidad de arbitrariedades promovidas por estos.

Finalmente, concluye la Corte en que las medidas cautelares que restrinjan derechos de libertad, aun cuando consten en una legislación, precisa en su aplicación, el análisis y valoración de cuan necesaria es la medida, y que tan razonable es esta frente a un derecho, como lo manifiesta a continuación:

*(...)las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática(...)*(Sentencia Corte IDH, Canesse vs Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111).

En el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, las condiciones analizadas han sido consideradas en nuestra Constitución, de tal forma que, se reconoce en el numeral 14 del artículo 66 el derecho a la libre circulación como un derecho constitucional cuya restricción debe estar determinada en una norma y se dispone que la prohibición de salida del país sólo podrá venir ordenada por un órgano competente.

De lo arriba indicado, se puede evidenciar que en efecto, este derecho no es absoluto y de lo contrario, una de sus principales características es que es restringible, lo cual trae consigo la necesidad de aplicar herramientas que procuren garantizar su contenido ante el eventual riesgo de su limitación, siendo para ello, una de las principales herramientas el principio de proporcionalidad, cuyo contenido ha sido recogido por nuestra Constitución en el numeral 6, artículo 76 de la siguiente manera:

*“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”*(Constitución de la República, 2008

De esta manera, podemos considerar que nuestra Constitución en efecto, coincide y acoge los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Observación 27 del Comité de Derechos Humanos sobre la regulación y la proporcionalidad como principio para proceder con la restricción del derecho a la libre circulación.

## **2. Regulación de los procedimientos administrativos de ejecución coactiva y las medidas cautelares como principal herramienta de recaudación.**

En el presente acápite se analizará el procedimiento administrativo de ejecución coactiva desde una esfera constitucional, legal y jurisprudencial sobre la cual se sustenta la facultad que ostentan las diversas instituciones del sector público, para ejercer la acción coactiva como medio de recaudación de obligaciones determinadas a su favor, la calidad que ostentan los funcionarios recaudadores durante el procedimiento, las medidas cautelares que se emiten y los efectos jurídicos que se generan producto de las medidas cautelares en particular, la medida cautelar de arraigo o la prohibición de salida del país.

## **2.1. Marco constitucional y legal del procedimiento de ejecución coactiva.**

Como se ha mencionado en el título anterior, el ejercicio de la acción coactiva al nacer de una facultad legal otorgada a determinados órganos administrativos que comprenden el sector público, no se agota únicamente con la concepción de la administración tributaria, sino que también conforma a todas aquellas entidades señaladas en el artículo 225 de la Constitución de la República y que se componen de la siguiente manera:

*“ 1). Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2). Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3). Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4). Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.*  
(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Desde esta disposición constitucional, se puede colegir que todas las instituciones públicas que conforman las funciones del Estado y facultadas por la Ley, pueden ejercer la acción coactiva como mecanismo de recaudación de obligaciones en las que las mismas u otras sean acreedoras, afirmación que se sustenta además por lo que establece el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, que al respecto manifiesta que:

*“El procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento”* (Código de Procedimiento Civil, 2011)

Cabe recalcar que, además de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, relativas al ejercicio de la acción coactiva y cuya vigencia se mantiene conforme a la Disposición Transitoria Segunda del Código Orgánico General de Procesos, se señala que el ejercicio de la acción coactiva se regirá también por la Ley Orgánica y los reglamentos de la institución que ostente la facultad de ejercerla.

Al respecto, se debe indicar que en efecto dicha regulación desde la existencia de otros cuerpos legales es una realidad en el Ecuador, no obstante de ello, estos cuerpos legales en la mayoría de las veces aunque otorga la facultad para ejercer la coactiva, no provee de un procedimiento propio, sino que se remiten a las disposición del Código de Procedimiento Civil y al Código Tributario Codificado para la dirección del mismo.

A modo de ejemplificar lo arriba manifestado, podemos traer a contexto lo que señala el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que en su artículo 351 dispone acatar para la dirección del procedimiento coactivo, el Código Tributario y supletoriamente el Código de Procedimiento Civil, sin que para dicho ejercicio se deba dilucidar la naturaleza jurídica de la obligación.

Esta misma suerte tiene el Código de Trabajo que en su artículo 630 señala que el ejercicio de la acción coactiva se sujetará al Código de Procedimiento Civil y a otras normas que corresponda aplicar, que en este caso, se puede también plantear la procedencia del Código Tributario como normativa aplicable al caso.

Finalmente, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dispone en su artículo 57, que la sustanciación de la acción coactiva deberá obedecer conforme a lo indicado en el Código Tributario y de forma subsidiaria al Código de Procedimiento Civil.

Respecto de este último cuerpo legal, hay destacar que el numeral 31, artículo 32, faculta a la Contraloría General del Estado a realizar el cobro a través de la vía coactiva de obligaciones que se haya determinado a favor de una institución o una empresa que carece de capacidad para ejercerla; lo cual llama la atención en virtud de que, a diferencia de los otros cuerpos legales nombrados, éste es el único que prevé la actuación de un organismo que pudiendo ejercer a su favor la coactiva, puede también ejercerlo a favor de otro que no ostente la capacidad de ejercerla, garantizando así el cumplimiento de una obligación a favor del Estado con independencia del órgano acreedor.

## **2.2. Competencia del órgano recaudador**

Sobre la competencia del órgano recaudador, entendida ésta, como el cúmulo de actividades que un servidor público puede realizar en función de lo señalado en un determinado sistema jurídico (Pérez, 2014, p. 136), se debe mencionar que, en el Ecuador dicha competencia se encuentra identificada en las mismas normas que facultan a las entidades del sector público a ejercer la coactiva como mecanismo de recaudación de obligaciones que por cualquier concepto se deba al Estado, ejercicio que se llevará de forma privativa según el Código de Procedimiento Civil en su artículo 942 de la siguiente forma:

*“El procedimiento coactivo se ejerce privativamente por los respectivos empleados recaudadores de las instituciones indicadas en el artículo anterior (...)”* (Código de Procedimiento Civil, 2011)

Conforme el texto citado, el procedimiento administrativo de ejecución coactiva es una facultad que deberá ser desarrollada de forma exclusiva, por un servidor público que pertenezca a la institución acreedora, y que de forma inequívoca se le da la figura de empleado recaudador, ciñendo de esta forma su competencia en un contexto meramente administrativo, aun cuando se les denomine a los mismos erróneamente, jueces de coactivas.

Sin embargo de ello, las competencias del órgano recaudador, además de venir determinadas por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, también podrán venir determinadas desde cualquier otro cuerpo legal que otorgue el ejercicio de la acción coactiva a una determinada institución y por ende a sus funcionarios como ya lo hemos indicado.

En el caso de las disposiciones del Código Tributario y con respecto al título de crédito como inicio del procedimiento administrativo de ejecución, el artículo 149 señala que la orden de cobro que viene contenida en un título de crédito deberá ser emitida por una autoridad de la correspondiente administración, a quien se le dará la calidad de recaudador conforme al artículo 158 ibídem, radicando ahí su competencia.

Sin embargo, las atribuciones y competencias del órgano recaudador no solo se limita al trato que recibe por parte de nuestra legislación, sino que además, han sido interpretadas y aclaradas por la Corte Constitucional, conforme el siguiente criterio:

*“Quienes llevan a cabo este procedimiento tampoco son "jueces", ya que no ejercen funciones jurisdiccionales propiamente dichas...” cuya jurisdicción coactiva busca hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a las instituciones públicas que por ley tengan este procedimiento. Dejando en claro que la naturaleza del auto emitido por el juez de coactivas se trata de un acto administrativo expedido dentro de un procedimiento administrativo, mediante el cual se cobran créditos públicos; por último, quienes ejercen la denominada "jurisdicción coactiva" son funcionarios de la administración pública, empleados recaudadores que por lo mismo no ejercen la jurisdicción; de ahí que constituye un acto de autoridad pública no investida del poder de administrar justicia y que no ha sido emitido dentro de un proceso judicial”. (Resolución Corte Constitucional No. 130 R.O. 203, 14 de Marzo del 2014).*

De este criterio de la Corte Constitucional se desprende que, siempre deberá entenderse que las actuaciones del órgano recaudador en un procedimiento coactivo, se da en una esfera administrativa, es decir, que todas las actuaciones que realiza este en el ejercicio de sus atribuciones, incluyendo la imposición de medidas de carácter coercitivo, no puede extralimitarse de aquellos campos de acción que le son propios a los órganos de la función jurisdiccional.

### **2.3. Tipos de medidas cautelares en los procedimientos de ejecución coactiva y sus efectos jurídicos**

Los procedimientos de ejecución coactiva como mecanismo coercitivo de recaudación de obligaciones precisa de instancias que sugieren en todo momento al sujeto pasivo el pago de una obligación, pero que en principio no desarrolla dichos medios sino hasta luego del cumplimiento de varias instancias.

La primera instancia previo a la ejecución coactiva en su estricto sentido y conforme al artículo 160 del Código Tributario Codificado, sugiere la existencia de un título de crédito que en sí mismo lleva implícita la orden de cobro, cuya importancia radica en su contenido mismo, pues, prescinde de la existencia de otros instrumentos para validar su contenido material y su fuerza coercitiva para obligar al sujeto pasivo al pago de una obligación. (Ortiz, 2010, p. 17).

No obstante, si habiendo sido notificado el deudor hubieren transcurrido ocho días conforme el artículo 151 ibídem, sin que el mismo hubiese presentado reclamación, solicitado facilidades de pago o realizado pago alguno a lo obligación contenida de título de crédito, se iniciará la acción coactiva correspondiente, a través de la emisión del auto de pago, para obligar así al deudor al cumplimiento de la misma.

La importancia del auto de pago en sentido estricto radica en primer lugar en que su emisión conforme reza el artículo 161 del Código Tributario, genera una orden a través del cual, el recaudador exhorta a los deudores al pago de la obligación contenida en el título de crédito; e incluye en el mismo, las medidas cautelares que estime para la consecución de sus fines.

En este contexto se debe mencionar que las citadas medidas cautelares en los procedimientos administrativos de ejecución coactiva, cumplen un papel trascendental en el contexto de la eficacia y la gestión de los órganos recaudadores que dirigen estos procedimientos, por cuanto, a través de ellas precautelan el cumplimiento de la obligación (Mateo, 2009, p. 41).

Como lo hemos indicado, la medida cautelar en su naturaleza y características tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, llevando mecanismos concurrentes a:

*“(...) evitar que el resultado previsto en una norma se vea frustrado debido a la duración del procedimiento o proceso ordinarios (...) siendo sus características esenciales su inmediatez, provisionalidad y su carácter instrumental y anticipatorio en relación con dicho procedimiento.”* (Jara, 2014, p. 110).

Por lo tanto, podemos inferir que las medidas cautelares de la forma en como están señaladas en nuestra legislación, sin duda cumplen con dichas características, por cuanto su carácter preventivo como primer punto característico, están encaminadas a plantear una limitación sobre la capacidad de ejercicio que las personas pudieran tener sobre ciertos derechos, ya sean estos reales o personales y que están contenidas en el artículo 164 del Código Tributario.

No obstante de lo anterior, es visible también que el carácter preventivo o anticipatorio de la medida cautelar tiene un segundo componente, que está vinculado no solo a impedir la variación en la situación jurídica de los bienes del

deudor, sino que también a la satisfacción de la obligación (Ferreira, 2009, p. 174). a través del embargo de aquellos bienes que fueron previamente prohibidos de enajenar por parte del órgano recaudador conforme el artículo 166 del Código Tributario.

Respecto a la inmediatez como otro componente que forma la naturaleza jurídica de la medida cautelar, se debe precisar que su existencia se puede constatar en virtud de lo rápido que incide la medida cautelar sobre las situaciones jurídicas de los bienes, objetos o derechos del sujeto pasivo de la obligación; de tal modo que una vez emitida la medida, esta lleva implícita una limitación irrestricta sobre el ejercicio de ciertos derechos.

Sobre la provisionalidad, debe entenderse que, las medidas cautelares son en principio temporales, es decir, se encuentran sujetas a las variaciones respecto de las circunstancias que las dieron origen, de tal suerte que, si se cumple la obligación, o se alteran dichas circunstancias, estas dejarán de subsistir y por ende, no surtirán más efectos jurídicos. (de la Rúa y Juárez, 2009, p. 176).

Finalmente, el carácter de instrumentalidad que se le da a las medidas cautelares, radica en que, sin dejar de lado la independencia de los elementos que componen su naturaleza jurídica, estas no cumplen un objetivo destinado a satisfacer una necesidad propia, sino que su existencia es de carácter accesoria, pues entra a asegurar el cumplimiento de una obligación principal (de la Rúa y Juárez, 2009, p. 175).

Habiendo constatado los elementos y características que componen la naturaleza jurídica de la medida cautelar, es necesario considerar qué tipo de medidas en particular nuestra legislación permite aplicar en los procedimientos de ejecución coactiva, a fin de poder salvaguardar el cumplimiento de una obligación.

De acuerdo al Código Tributario Codificado, en los procedimientos administrativos de ejecución coactiva, pueden aplicarse medidas cautelares referidas al derecho general de prenda comprendidas en el artículo 2371 del Código Civil, que persiguen y limitan derechos reales sobre determinados bienes; y otras que igualmente contenidas en el artículo 164 del Código Tributario Codificado, superan el marco de los derechos reales y más bien, busca limitar derechos de carácter personal como sucede en el caso de las medidas de arraigo, siendo competente además para su imposición, los mismos funcionarios ejecutores.

Respecto del tipo de medidas cautelares ejercibles por el órgano recaudador sobre derechos reales, se debe indicar en el marco de nuestra legislación las siguientes:

Prohibición de enajenar: a través de esta medida el órgano recaudador plantea un límite con respecto a la libre disposición que contiene el dominio como un derecho real sobre un determinado bien, toda vez que grava sobre dicho bien una restricción respecto de su carácter enajenable, impidiendo así que el mismo pueda ser transferido a cualquier título por propia voluntad de su dueño, sujetándolo por este efecto, al resarcimiento o cumplimiento de una determinada obligación. (Ortiz, 2010, p. 166)

Secuestro: Esta medida cautelar tiene por objeto realizar el depósito de un determinado bien en manos de una persona ajena al conflicto quien será la encargada de tenerlo hasta que se defina la disputa que dio origen a dicho depósito (Viterbo, 2005, p. 191). En el ámbito del procedimiento administrativo de ejecución coactiva, esta medida la ejecuta el mismo órgano recaudador, quien busca a través de ella que el deudor no venda el bien secuestrado para efectos de que este sirva como garantía ante un eventual incumplimiento de la obligación por parte del coactivado y de lo cual vale mencionar que, conforme el artículo 172 del Código Tributario este tercero (depositario) podrá ser designado por el mismo ejecutor.

Retención: La medida precautoria de retención por su lado tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del coactivado a través de la restricción que tiene este de disponer libremente de los fondos que pudiese tener en alguna cuenta bancaria. (Viterbo, 2005, p. 192).

Es pertinente manifestar al respecto que en el Ecuador, entidades como la Contraloría General del Estado en relación a la retención de fondos, se sirve disponer dicha medida a cuantas entidades bancarias les sea favorable, y a su vez disponiendo a la Superintendencia de Bancos para que éstos ordenen la retención de fondos y la certificación sobre la existencia de dichos fondos en determinadas cuentas a las entidades sujetas a su control, es decir, se ordenará la retención simultanea de todos los fondos que el deudor pudiese tener en todas las entidades del sector financiero, sin que para ello se estime el monto real de la obligación, pudiendo por defecto exceder el valor retenido con relación al monto de la obligación.

El embargo por su lado, aun cuando no sea una medida cautelar es una medida que ordenada por el órgano recaudador, busca la afectación de un determinado bien para que éste satisfaga la obligación que el deudor tiene pendiente de cancelar (Ortiz, 2010, p. 166), es decir, el funcionario competente realiza la separación de determinados bienes previamente retenidos, secuestrados o prohibidos de enajenar del dominio del obligado, para que se disponga a través de éstos, la satisfacción de dicha obligación, siendo por lo tanto el embargo, una herramienta propia del procedimiento de ejecución, como consecuencia de que el coactivado no cumplió con el pago después de notificado con el auto de pago.

En este sentido, el artículo 166 del Código Tributario dispone que de no encontrarse cubierto el crédito en un término específico, podrá ordenar el recaudador el embargo, actuación que de preferencia buscará la afectación de bienes muebles por sobre aquellos bienes inmuebles a los que pudiese tener acceso.

De las medidas cautelares indicadas que pueden ejercer los órganos recaudadores, cabe señalar que todas tienen por objeto limitar el dominio de los bienes que pudiese disponer el sujeto pasivo durante la existencia del proceso, es decir, una afectación a los derechos reales de los individuos sobre sus bienes y posesiones; sin embargo, el artículo 164 del Código Tributario admite como una medida paralela e incondicionada, el arraigo o la prohibición de ausentarse del país.

En este contexto se debe manifestar que los órganos recaudadores en los procedimientos de ejecución disponen en sus autos y providencias el arraigo o la prohibición de ausentarse del país, como herramienta para obligar al pago al coactivado, remitiendo para el efecto, una orden de prohibición de salida del país a la Unidad de Fortalecimiento de Control Migratorio para que ejecuten la misma, teniendo por efectos jurídicos, la limitación ya no un derecho real sino que un derecho personal de libertad como la libre circulación.

Con respecto a la delimitación de las medidas cautelares analizadas y constantes en nuestra legislación; vale recalcar que nuestro sistema jurídico permite la aplicación de forma general, indeterminada e irrestricta de medidas cautelares tanto de carácter personal como de carácter real abiertamente, sin que exista para ello una distinción, o medie una condición como referente para la imposición simultánea o exclusiva de una determinada medida.

Las disposiciones como las contenidas en el artículo 164 del Código Tributario no delimitan en ningún momento la pertinencia sobre la aplicación de una determinada medida por sobre otra, ni la proporcionalidad o necesidad que su emisión requiera, sino que de lo contrario, se deja su aplicación a la libre discrecionalidad del órgano ejecutor.

### **3. Violación del derecho a la libre circulación como consecuencia del uso indebido de las medidas de arraigo en los procedimientos coactivos**

En el presente acápite, se analizará la violación al derecho a la libre circulación como una consecuencia de la falta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad entre las medidas de arraigo o prohibición de salida del país dictadas dentro de los procedimientos administrativos de ejecución coactiva y el carácter de las obligaciones que a través de este procedimiento se ventilan; así como también, la afectación de este derecho que deriva de la incompatibilidad existente entre su contenido y la discrecionalidad del órgano recaudador y sus competencias.

#### **3.1. La restricción del derecho a la libre circulación no es compatible con las facultades ni la discrecionalidad del funcionario ejecutor**

Como ya lo hemos indicado, el derecho a la libre circulación por ser uno relativo a la dignidad humana, es considerado un derecho de carácter fundamental que se encuentra reconocido en nuestra Constitución, además de varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos y cuyo ejercicio está totalmente garantizado por nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, también se ha indicado, que es un derecho cuyo carácter no es absoluto, siendo su ejercicio restringible debido la existencia de razones excepcionales que concurran para su aplicación de acuerdo con la Ley.

En este sentido, debe mencionarse que la restricción del derecho a la libre circulación en el marco de los procedimientos coactivos en el Ecuador, si se encuentra regulado por nuestra legislación, toda vez que el Código Tributario en su artículo 164 dispone el arraigo o la prohibición de ausentarse, que incluye la prohibición de salida del país como una medida cautelar para garantizar las obligaciones en las que el Estado es acreedor; entendiéndose por tal, que se cumple con el principio de legalidad como uno de los requisitos para la restricción de este derecho constitucional.

Sin embargo, y pese a la tipicidad como requisito para limitar el derecho de libre locomoción conforme el numeral 3 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se precisa también que en la norma se establezca, las circunstancias que ha de generar la restricción de un derecho constitucional conforme a la sentencia en el caso *Canesse vs Paraguay* en la que la Corte Interamericana que al respecto señala lo siguiente:

*“...No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad...”* (Sentencia Corte IDH, *Canesse vs Paraguay*, 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111).

Así también lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, manifestando que:

*“Si dentro de un proceso no se fijan criterios razonables tanto para facilitar el cumplimiento de una obligación como para buscar medios eficaces para ese cumplimiento, claro está todo dentro del marco legal, entraríamos dentro de una órbita de arbitrariedad y como tal obstaculizaría el ejercicio de un debido proceso”* (Sentencia Corte Constitucional del Colombia No. T-445/94 12 de octubre de 1994).

En nuestro caso concreto, si bien la restricción de este derecho constitucional se encuentra tipificada en el artículo 164 del Código Tributario, no existe una determinación taxativa de las condiciones que deberá configurarse, ni la gradualidad con la que deberá establecerse la medida de arraigo o prohibición de ausentarse del país.

Por lo anterior, es evidente que el segundo punto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se encuentra considerada en nuestra legislación, es decir, la determinación gradual y condicional de la restricción del derecho constitucional como la libre circulación no está debidamente limitada en los procedimientos de ejecución coactiva, por lo cual, se deja este ejercicio a la libre discrecionalidad del órgano ejecutor, afectando así los derechos constitucionales de los sujetos pasivos de la obligación

Por lo tanto, debe entenderse que, en estricto sentido, el principio de legalidad como requisito para restringir un derecho, no es razón aun suficiente para limitar su esencia, sino que además es necesario determinar criterios de razonabilidad que delimiten la procedencia de determinadas medidas, para evitar arbitrariedades por parte de funcionarios públicos.

### **3.2. Las medidas cautelares de arraigo en los procedimientos coactivos no son idóneas, necesarias ni proporcionales al fin constitucional de protección de la libre circulación**

Respecto de la necesidad, se debe mencionar que este criterio implica por parte del órgano recaudador la acreditación de la falta o la existencia de medidas alternativas que le permitan obtener los resultados deseados, de tal modo que, de existir otras medidas menos lesivas a los derechos y que permitan obtener el resultado deseable, deberá aplicarse aquella que restrinja en menor medida los derechos en consideración. (Carbonell, 2008, pp. 110 - 112).

En este sentido, la necesidad se determina con relación a las variables y herramientas que el ejecutor de una determinada medida precisa en el momento de implementarla, lo cual implica que, deberá hacerse un análisis respecto de la pertinencia e imperatividad de implementar una medida que restrinja derechos constitucionales, cuando para la satisfacción o garantía de una obligación existen otras herramientas que le asisten para alcanzar dichos

fines y que son menos lesivas, debiendo además entender que el fin que se busca a través de la restricción de un derecho no es desconocer su contenido ni la restricción en un sentido propio, sino garantizar una obligación.

En lo que se refiere a nuestra realidad, la medida cautelar de arraigo o ausentarse no es necesaria de aplicarse en los procedimientos administrativos de ejecución coactiva, por cuanto el artículo 164 del Código Tributario, provee de otras herramientas a los funcionarios ejecutores para la consecución de sus fines recaudatorios, como la prohibición de enajenar, secuestro y embargo, no obstante, los funcionarios ejecutores excluyen cualquier análisis sobre la necesidad de la medida personal sino que mas bien, emiten de forma simultánea medidas que afectan derechos reales como personales, no habiendo mediado para ello la exclusión de alternativas igual de eficaces pero menos lesivas.

En el contexto de los procedimientos de ejecución coactiva, debe considerarse que la aplicación de la necesidad, como un mecanismo para determinar la pertinencia de la imposición de una medida por sobre otra cuyos efectos pudieran ser más o menos lesivos

Respecto de la idoneidad de la medida de arraigo o prohibición de salida del país en los procedimientos de ejecución tampoco son idóneas, por cuanto no muestra una relación entre su imposición y afectación con el fin que este busca obtener (Carbonell, 2008, pp. 110 - 112). es decir, que son ineficaces.

Podemos afirmar que las medidas cautelares personales son ineficaces, por cuanto, las obligaciones que se ejecutan a través de los procedimientos de ejecución coactiva buscan un fin estrictamente pecuniario, debiendo recaer por ello las obligaciones directamente en los bienes del individuo y no en su persona (Benítez, 2009, p. 315).

Es preciso ahondar lo recién señalado, toda vez que lo notable de la ineficacia de la medida radica en que su fin es coaccionar al deudor al pago de una deuda, y en el Ecuador, la existencia de una deuda no es un fin necesario para la restricción de los derechos de libertad, considerando que la Constitución de la República en su artículo 66, numeral 29, literal c, establece que:

*“ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por lo tanto, recalcamos que la falta de aptitud de la medida cautelar de prohibición de salida del país respecto del derecho a la libre circulación afecta la idoneidad de la misma.

Por último, tenemos al principio de proporcionalidad que, contenida en nuestra Constitución dentro de las garantías relativas al debido proceso, artículo 76, numeral 6 reza que a su tenor dispone que:

*“(...) La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza (...)”*(Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En este contexto, es preciso señalar que el principio de proporcionalidad no tiene por objeto conocer si la medida es necesaria o idónea, sino determinar si una determinada sanción, está acorde al contenido de un derecho específico y si su restricción atiende los fines deseados conforme la siguiente valoración:

*“(...) no trata de indagar si en la práctica o desde un punto de vista técnico la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión.”* (Carbonell, 2008, p. 112)

De esta óptica, es visible que el principio de proporcionalidad es una herramienta que permite discernir las diferentes circunstancias que giran en torno a la restricción de un derecho, que sugiere en su aplicación una valoración jurídica cuyo objeto es determinar el vínculo entre la gravedad de la falta y la pertinencia de la sanción.

Al respecto Farreres (2014) menciona lo siguiente:

*“La proporcionalidad exige, pues, una correspondencia o adecuación entre la infracción cometida y la sanción correspondiente”* (Farreres, 2014, p. 247)

Por lo tanto, podemos inferir que el principio de proporcionalidad busca fijar criterios que vayan en función de la razonabilidad como un mecanismo para buscar los objetivos y propender a su vez la protección de derechos.

En lo que respecta a la medida cautelar de arraigo o la prohibición de salida del país emanada en un procedimiento administrativo de ejecución coactiva, esta no puede considerarse proporcional a los fines que se busca, ya que el grado de lesividad del derecho constitucional es alto con relación a los fines que se buscan, aún más, cuando para esto existen otros mecanismos menos lesivos como las medidas de carácter real o de última instancia como en el caso de la insolvencia.

### **3.3. Violación del derecho a la libre circulación como resultado de la imposición de medidas cautelares de arraigo o prohibición de ausentarse por parte de órgano no competente**

Conforme lo hemos señalado, el funcionario recaudador, de acuerdo con la Ley se encuentra facultado para dirigir el procedimiento coactivo y emitir las medidas cautelares que garanticen el cumplimiento de la obligación; incluyendo la de arraigo; sin embargo, debe considerarse que la imposición de medidas que afecten los derechos de libre circulación de acuerdo con el numeral 14 del

artículo 66 de la Constitución de la República, solo pueden ser dispuestas por jueces competentes.

Debe considerarse en este contexto como jueces competentes aquellos que tienen la potestad de administrar justicia, potestad que de acuerdo al artículo 167 de la Constitución se ejerce privativamente por los órganos de la función judicial, y que concuerda con el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial referente al principio de unidad jurisdiccional, que en su parte pertinente señala:

*“(...) ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria (...)”*(Código Orgánico de la Función Judicial, 2015).

De lo anterior surge la necesidad de señalar que, el funcionario que dirige y coordina la coactiva no ejerce potestades de administrar justicia, por cuanto la Ley y la Constitución de la República dejan esta potestad privativamente a los órganos de la función judicial, lo cual se relaciona con el señalamiento de la Corte Constitucional del Ecuador citado en el acápite 2.2 del presente trabajo de investigación, según el cual se determinaba que, los actos que se emanan de los procedimientos coactivos estaban contextualizados en una esfera exclusivamente administrativa, por lo que cabía aclarar que el procedimiento coactivo en su esencia es administrativo, ergo, los órganos que emanan dichos actos, son sólo servidores de la administración pública que carecen de toda potestad de administrar justicia.(Resolución Corte Constitucional No. 130 R.O. 203, 14 de marzo de 2014)

Por lo tanto, los funcionarios recaudadores, no pueden bajo esta concepción, emitir medidas restrictivas de un derecho constitucional, pues esta potestad conforme lo analizado es única y exclusiva de los jueces competentes, es decir, de un órgano de la función jurisdiccional que administra justicia.

Es preciso mencionar sobre lo anterior que, la necesidad de delimitar las competencias del órgano recaudador en el contexto de restricción de derechos fundamentales, ha sido acogido por la Asamblea Nacional al aprobar el Código Orgánico Administrativo en debates que tuvieron lugar en sesión No. 430 de 5, 9 y 19 de enero, 21 de marzo y 10 de mayo de 2017, y que en su artículo 281 somete la restricción del derecho a la libre circulación a través de las medidas cautelares de arraigo o prohibición de salida del país en un procedimiento coactivo, a la decisión de un juez dentro de un procedimiento sumario.

Sin embargo, se debe considerar que, aun cuando el proyecto de Código Administrativo sugiera la participación jurisdiccional en la imposición de una medida de arraigo o prohibición de ausentarse del país para efectos de cumplir con un mandato constitucional, no implica que esta medida deja de ser no idónea y desproporcionada con el derecho a la libre circulación, por cuanto su imposición nace para garantizar una deuda y esta circunstancia no es considerada razón suficiente para la limitación de un derecho de libertad, por cuanto lo hemos señalado, no es idónea a frente al contenido del derecho a la libre circulación o locomoción.

#### 4. CONCLUSIONES

La coactiva como mecanismo legal de coerción para recaudación de obligaciones determinadas por y para el Estado y que se ejerce sobre la potestad estatal y el principio de autotutela administrativa, es sin duda, una herramienta apropiada para la satisfacción de los intereses del Estado en su relación con la gestión de recaudación de fondos para el gasto público, pues a través de esta, se faculta a las mismas entidades del sector público el cobro de las acreencias determinadas a su favor, prescindiendo así en virtud de la importancia de sus fines, acudir ante organismos jurisdiccionales con las implicaciones dilatorias que esto representa.

Su eficacia es visible, no solo porque prescinde de acudir ante organismos jurisdiccionales para hacer valer sus actuaciones, sino porque se asiste de insumos legales como las medidas cautelares, para garantizar el cumplimiento de sus objetivos a través de la restricción al ejercicio de derechos de los sujetos pasivos, coaccionando así el cumplimiento de una determinada obligación.

Sin embargo, aun cuando sus fines son legítimos con los intereses del Estado, no todas las medidas cautelares que se emanan de un procedimiento coactivo son idóneas, necesarias ni proporcionales al fin mismo que se desea obtener, de ahí, que las medidas cautelares de arraigo o prohibición de ausentarse cumplen con esta concepción, pues la naturaleza de la obligación que se ventila en un procedimiento administrativo es estrictamente pecuniario.

No es necesaria debido a que para la garantía de un determinada obligación, las entidades que ejercen la coactiva ostentan de otras medidas que excluyen la imposición de la medida de arraigo, como el embargo, remate y secuestro, que en efecto son menos lesivas para los derechos fundamentales, pues no afecta la capacidad de movilización de los individuos; asimismo, se puede decir que no es una medida idónea porque en el Ecuador las deudas no son razón

suficiente para restricción de derechos de libertad, salvo las que nacen por alimentos en virtud del interés superior del menor, y por lo tanto, la medida no es aplicable por no ser compatible al fin; y, tampoco es proporcional, por cuanto no se justifica la gravedad de la infracción frente a la lesividad del derecho, y no solo porque la norma no determina la gradualidad y condiciones que han de existir para la imposición de una medida de arraigo; sino porque además, el funcionario ejecutor no solo que no hace un análisis sobre la razonabilidad de la misma, sino que tampoco expresa en sus actuaciones de forma motivada la pertinencia y procedencia de dicha medidas, quedando a su arbitrio y afectando un derecho relativo al debido proceso que es, la motivación de los actos de los poderes públicos como garantía de los derechos de las personas dentro de un procedimiento.

Finalmente podemos concluir que, el derecho a la libre circulación se viola evidentemente, toda vez que su restricción en los procedimientos coactivos aun cuando no debe estar sujeta a este tipo de procedimientos, no nace de una autoridad competente, que como vimos a lo largo del presente trabajo, estas deben ser emitidas de acuerdo a nuestra Constitución por un juez, figura que solo es atribuible a los órganos de la función judicial y no a los servidores de otras funciones del Estado, por lo tanto, el servidor recaudador no es un juez, pues sus actuaciones no implican actuaciones de administración de justicia y por ende no puede ni debe emitir medidas de arraigo para no desobedecer un mandato constitucional, tanto así, que el legislador ha considerado necesario reformar la realidad de la medida de arraigo en los procedimientos coactivos de tal modo, que en cautela de los derechos constitucionales, y en específico, la libre circulación se ha determinado en el Código Orgánico Administrativo que este derecho sólo pueda ser restringido en virtud de la orden de un juez competente, quien constitucionalmente se encuentra facultado para llevar a cabo dicha limitación, aun cuando se puede sostener que la causa no amerita su restricción.

## REFERENCIAS

- Balbin, C. F. (2010). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. La Ley. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Benítez, M. (2009). Manual Tributario. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Canesse vs Paraguay. (2004). Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Corte IDH. Recuperado el 12 de mayo de 2017 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf)
- Carbonell, M. (2008). El principio y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Cassagne, J. C. (1981). El Acto Administrativo. 2da edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (2009). Derecho Administrativo, 1ra edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Celi, F. G. (2004). La Acción Coactiva de la Contraloría General del Estado. Quito: Contraloría General del Estado.
- Código de Procedimiento Civil. (2005). Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.
- Código de Trabajo. (2002). Registro Oficial Suplemento 595 de 12 de junio de 2002.
- Código Orgánico Administrativo. (2017). Registro Oficial. No. 31, Segundo Suplemento de 07 de julio de 2017.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. (2010). Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Código Tributario. (2005). Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005.

- Comentario General 27. (1999). Libertad de Circulación. Comité de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos. Párrafos 11 -18. Recuperado el 20 de mayo de 2017 de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1400.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008) Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas en Registro Oficial - Suplemento de 13 de julio de 2011.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Organización de Estados Americanos. Recuperado el 21 de mayo de 2017 de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado el 21 de mayo de 2017 de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Farreres, H. F. (2014). Sistema de Derecho Administrativo II. Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
- Fernández, E. G. (2013). Curso de Derecho Administrativo I. Madrid: Civitas S.L, Decimosexta Edición.
- Gil, R. S. (2004). El principio de proporcionalidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Jara, M. S. (2014). Procedimientos tributarios: aspectos prácticos. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Jaramillo, J. V. (2014). Manual de Derecho Tributario. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Jarrín, B. J. (2013). Derecho tributario formal ecuatoriano. Quito: Jurídica del Ecuador.
- José Vicente Troya Jaramillo y Fausto Murillo Fierro. (2011). Jornada por los 50 años del Sistema Especializado Tributario en el Ecuador. 1ra edición. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Juárez, A. F. (2009). Manual de derecho procesal civil II. Buenos Aires: Alveroni Ediciones.

- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (2002). Registro Oficial Suplemento 595 de 12 de junio de 2002.
- Mateo, M. Á. (2009). Las medidas cautelares tributarias. Barcelona: Atelier.
- Mora, N. (1973). Procesos de Ejecución Tomo I, 2da Edición. Bogotá: Temis.
- Morales, H. H. (1999). Derecho Administrativo. Guatemala: F & G editores.
- Ortiz, H. F. (2010). El proceso administrativo de cobro de coactivo. Bogotá: Nueva Legislación Ltda.
- Pacto de los Derechos Civiles y Políticos. (1976). Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado el 21 de mayo de 2017 de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Patiño, L. R. (2013). Sistema Tributario Ecuatoriano. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Pérez, E. (2014). Derecho Administrativo Tomo I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pesantes, G. C. (1995). Derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana. Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.
- Resolución Corte Constitucional No. 130. (2014). Registro Oficial 203 de 14 de Marzo del 2014.
- Royo, F. P. (1998). Derecho Financiero y Tributario. Madrid: Civitas.
- Santamaría, R. Ávila. (2011). Los derechos y sus garantías ensayos críticos. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Sentencia No. T-445/94. (1994). Corte Constitucional de Colombia. Recuperado el 15 de mayo de 2017 de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-445-94.htm>
- Soliz, J. B. (2013). Manual de justicia Constitucional. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Suing, J. D. (2017). El Derecho Municipal. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vega, J. A. (2016). El Procedimiento Administrativo de Ejecución y el Derecho de Petición. México: Ediciones Fiscales ISEF.

Viterbo, M. C. (2005). Manual de Derecho Procesal . Santiago: Jurídica de Chile.

