

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho Constitucional

Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos

Roberto Euclides Villarreal Cambizaca

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Roberto E. Villarreal Cambizaca

23 de Noviembre del 2009

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho Constitucional

Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos

Roberto Villarreal Cambizaca

2009

Tutor:

Agustín Grijalva Jimenez

Macas & Quito

Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos.

En el presente trabajo investigativo se hace un análisis de las medidas cautelares como instrumento de protección autónoma de derechos humanos y/o constitucionales. Está dividido en tres capítulos, constando además con un acápite de conclusiones. En el primer capítulo hacemos un estudio de las características, finalidad, presupuestos de concesión y concepto de las medidas cautelares; todo esto desde el punto de vista de la concepción clásica y desde la perspectiva de la protección de derechos humanos, en esta última concluimos adquieren matices especiales que hace difícil encuadrar de manera absoluta a estos pedimentos en la estructura cautelar clásica;

En el segundo capítulo se estudia las medidas cautelares y provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como un antecedente necesario para una mejor comprensión de la regulación de estas medidas en nuestro país, las cuales tiene como punto de partida y/o modelo principal el sistema autónomo de medidas cautelares y provisionales de la Corte y Comisión Interamericana.

Finalmente en el tercer capítulo analizamos la regulación ecuatoriana de las medidas cautelares autónomas, institución que se encuentra contemplada en el artículo 87 de la Constitución. Institución que así establecida y con ese fin específico es totalmente nueva en nuestro país. No decimos que antes de dicha norma no habían medidas cautelares en Ecuador, así en los procesos civiles, penales, e incluso constitucionales, siempre concurrieron medidas cautelares, pero no existió una regulación de medidas cautelares como institución autónoma de protección preventiva de derechos humanos y/o constitucionales.

A Aquel que impulsa mi vela, YHVH

A la niña de mis ojos, Sofía

A mi compañera de vida, Anita

Agradecimientos:

Al doctor Agustín Grijalva, por el apoyo brindado durante el desarrollo de esta tesis al haber asumido la tutoría de la misma con la seriedad crítica que lo caracteriza; por el cumplimiento riguroso del calendario de las tutorías, por las correcciones y recomendaciones realizadas.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO:

ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. La Concepción Clásica de las Medidas Cautelares/ p. 11

1.1 Concepto y Finalidad de las Medidas Cautelares./ p. 11

1.2 Presupuestos para la Concesión de Medidas Cautelares/ p. 15

1.2.1. Peligro en la Demora (*Periculum in Mora*)/ p. 16

1.2.2 Apariencia de Buen Derecho (*fumus bonis iuris*)/ p. 19

1.2.3. Adecuación. / P. 20

1.3 Características de las Medidas Cautelares / p. 20

1.3.1. Instrumentalidad/ p. 21

1.3.2. Provisionalidad./ p. 22

1.3.3. Revocabilidad./ p. 24

2. Concepción de las Medidas Cautelares desde la Perspectiva de Protección de los Derechos Humanos. / p. 25

2.1. Concepto y Finalidad de las Medidas Cautelares./ p. 25

2.2 Presupuestos para la Concesión de Medidas Cautelares./ p. 27

2.2.1. Peligro en la Demora (*Periculum in Mora*)/ p. 27

2.2.2 Apariencia de Buen Derecho (*fumus bonis iuris*)/ p. 28

2.2.3. Adecuación. / p. 29

2.3. Características de las Medidas Cautelares/ p. 31

2.3.1 Instrumentalidad vs. Proteger Preventivamente un Derecho. / p. 31

2.3.2 Provisionalidad./ p. 34

2.3. 3. Revocabilidad./ p. 35

**2.4. Cuadro Comparativo: Medidas Cautelares desde el Enfoque de la
Concepción Clásica y de Derechos Humanos./ p. 37**

CAPÍTULO SEGUNDO

Medidas Cautelares y Provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

**2.1 Las medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos
Humanos./ p. 39**

**2.1.1 Fundamento Jurídico de la Competencia de la Comisión para dictar Medidas
Cautelares./ p. 39**

2.1.2 Requisitos de las Medidas Cautelares./ p. 42

2.1.3 Aspectos procesales de las medidas cautelares./ p. 43

2.1.3.1 Sujetos Activos./ p. 43

2.1.3.2 Formalidades de la Petición. /p. 44

2.1.3.3 Oportunidad Procesal de solicitud/ p. 45.

2.1.3.4 Supuestos que pueden presentarse./ p. 46

2.1.3.5. Beneficiarios./ p. 48

2.1.3.6. Derechos Protegidos./ p. 50

2.1.3.7. No Prejudgan la Cuestión de Fondo./ p. 52

2.2 Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.2.1 Soporte Jurídico de las Medidas Provisionales. Base Convencional/ p. 53

a) Evolución de la Corte en cuanto a medidas provisionales./ p. 54

**Primera: No solo protegen el derecho a la vida e integridad física de las personas/
p. 55**

**Segunda: No se protegen solamente a personas individualmente consideradas sino
también a colectivos humanos innominados/ p. 57**

Tercera: Las medidas cautelares dispuestas por la Corte son específicas/ p. 58

2.2.2 Requisitos de las Medidas Provisionales/ p. 58

2.2.3 Aspectos procesales de las medidas provisionales/ p. 61

CAPITULO TERCERO

**Medidas Cautelares como Instrumento de Protección de Derechos
Constitucionales en el Ecuador./ p. 69**

3.1 Finalidad de las Medidas Cautelares/ p. 69

a) Derechos Protegidos./ p. 70

b) Objeto de las medidas cautelares./ p. 73

3.2 Requisitos que deben configurarse para la procedencia de las medidas cautelares./ p. 77

a) La Inminencia. / p. 78

b) La Gravedad./ p. 79

c) Medidas cautelares no residuales./ p. 82

d) Casos de improcedencia de las medidas cautelares.- /p. 84

3.3 Procedimiento a seguirse para la obtención de una medida Cautelar./ p. 90

3.3.1 Juez Competente y Características de la Petición./ p. 90

a) Juez Competente./ p. 90

b) Características de la Petición./p. 91

3.3.2 Sujetos Activos-Beneficiarios/ p. 93

3.3.3 Procedimiento.-/ p. 99

a) Pruebas./ p. 100

3.3.4 Resolución/ p. 101

3.4. Efecto Jurídico y Duración de las Medidas Cautelares./ p. 104

3.5. Obligatoriedad y Seguimiento de las Medidas Cautelares/ p. 106

Conclusiones/ p. 110

Bibliografía/ p. 113

CAPÍTULO PRIMERO:

ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el presente capítulo vamos a realizar un análisis de los aspectos doctrinales generales de las medidas cautelares: concepto, finalidad, presupuestos de concesión, características. En la primera parte, este estudio se hará desde la perspectiva de la concepción clásica de las medidas cautelares. En la segunda parte ilustraremos cómo las medidas cautelares aplicadas al ámbito de protección de derechos humanos, adquieren matices especiales, que hace difícil encuadrar de manera absoluta estos pedimentos en la estructura cautelar clásica.

1. La Concepción Clásica de las Medidas Cautelares

1.2 Concepto y Finalidad de las Medidas Cautelares.

Al intentar establecer una definición o concepto sobre medidas cautelares hemos de partir reconociendo que se trata de una institución vasta, sobre la cual no existe doctrinariamente un acuerdo, aún sobre su denominación, así se habla de *acciones cautelares*, *procesos cautelares*, *providencias cautelares*, *acciones precautorias*, *medidas de seguridad*, *medidas precautorias*, *medidas provisionales*, *medidas urgentes*, *medidas de cautela*, *providencias conservatorias o interinas*, *medidas cautelares*, etc. no obstante debemos reconocer, que la denominación que se de no estructura la esencia de la cosa o de la institución, sino que, por el contrario, ésta debe imprimir su nombre, en virtud de la finalidad y “la naturaleza de las precauciones de que aquí se trata, parece que el nombre apropiado es el de medidas cautelares, puesto que el sentido lingüístico corresponde al contenido, simplemente porque se da la idea de prudencia, de previsión

cauta ante periculum in mora que corre el derecho o la situación, así sea ahora un fumus bonis iuris o solo verosímil o únicamente presumible”.¹

Las medidas cautelares se pueden solicitar antes, conjuntamente o después de una demanda, con el objeto de asegurar las pretensiones de las partes durante la pendency del proceso, así, desde el punto de vista de la concepción clásica, las medidas cautelares están íntimamente ligadas a la existencia de un proceso. La razón de ser de las mismas, radica en la inevitable lentitud de los procedimientos judiciales, que tiene como consecuencia el riesgo, de que la composición del conflicto resulte tardía, -con una sentencia que quizás aparezca como intrínsecamente justa, pero paradójicamente ineficaz- y a su vez buscan evitar, que mientras se aguarda el normal desenlace del proceso se alteren, deliberadamente o involuntariamente, las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, tornando así en ilusorias e ineficaces las resoluciones judiciales nominalmente destinadas a restablecer la observancia del derecho.² Por ello se impone la necesidad de solicitar medidas cautelares para asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis, ya sea manteniendo o en algunos casos incluso alterando los estados de hecho y de derecho vigentes, v.gr. la pensión provisional en los juicios de alimentos, de modo que la sentencia definitiva posterior tenga sentido práctico.

En estos procedimientos impera la necesidad de protección inmediata y urgente de las condiciones fácticas y jurídicas que se encuentren amenazadas y que pueden ser alteradas durante la pendency del proceso, es decir hay peligro en cualquier demora,

¹ Eduardo García y Jeannette García, *Medidas Cautelares*, Bogotá, Editorial Temis S.A, Segunda Edición, 2005, pp. 10. (Los autores al hacer este comentario resaltan, que ésta es la posición compartida de Hugo Alsina, Podetti, Gonzalo Quintero, Eduardo Couture, Calamandrei, Chioyenda y Devis Echandía)

² Abeledo Perrot, *Derecho Procesal Civil*, t VIII, p. 14, Citado por, Jorge L. Kielmanovich, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2000, p. 14.

por ello para su otorgamiento no se requiere de un conocimiento exhaustivo o profundo, -propio de los procesos de conocimiento-, configurándose así, las dos condiciones básicas para la procedencia de las mismas, sobre las cuales existe un acuerdo generalizado de los tratadistas: el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho; así, la concesión de estas medidas presupone la existencia de un peligro ocasionado por la tardanza del proceso, y la innecesidad de certeza plena de la existencia del derecho o de su amenaza. El efecto jurídico de su otorgamiento no constituye un prejuzgamiento del asunto litigioso, peor aun cosa juzgada, no hay una *declaración del derecho*, “por esto, siempre que una medida cautelar se concede a base de una sola fase de cognición sumaria, la misma autoridad que ha dictado la providencia podrá a través de una nueva cognición sumaria modificarla o revocarla, si [...] se han verificado nuevas circunstancias que aconsejen que no continúe la relación cautelar originariamente constituida.”³

Otro aspecto que debemos considerar, es, que las medidas cautelares se otorgan en términos generales ha pedido de parte e *inaudita pars*, esto es, sin sustanciación previa con el afectado por las mismas. No obstante por situaciones de orden público se pueden disponer de oficio.

La doctrina ha señalado que para dar una definición de medidas cautelares se ha de indagar en su finalidad, así, según comenta González Chévez, tanto Calamandrei como Carnelutti coinciden en señalar que la definición de las medidas cautelares, sin salirse del campo procesal, ha de buscarse más que en base de un criterio ontológico a base de un criterio teleológico; no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en

³ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1996, p. 90, citado por Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar*, Lima, Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2006, p. 106.

el fin a que sus efectos están preordenados,⁴ así, la definición de medidas cautelares está íntimamente ligada con la finalidad que persiguen.

Es por ello que en este intento por esbozar una definición, se ha establecido conjuntamente la finalidad de las medidas cautelares, así Calamandrei señala “en las providencias cautelares hay, mas que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva”.⁵ Desde ésta perspectiva las medidas cautelares serían aquellas que buscan asegurar la efectividad de la sentencia definitiva; González Chévez,⁶ agrega y resalta otra finalidad de las medidas cautelares “que es la de evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil o imposible reparación”, así la definición de medidas cautelares –articulando las dos posiciones citadas- sería: *Medidas cautelares son aquellas que buscan asegurar la efectividad de la sentencia definitiva, así como evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil reparación.* Los dos puntos de vista mencionados no son contrapuestas, sino más bien complementarios: Si las medidas cautelares buscan asegurar la efectividad de la sentencia definitiva, ello se logrará evitando que mientras dure el proceso se puedan producir daños de difícil reparación.

Kielmanovich⁷ luego de comentar algunos aspectos de las medidas cautelares, termina señalando que a éstas se las puede considerar como una “pretensión de tutela anticipada, al servicio de un proceso contencioso (de conocimiento o ejecución) o ya

⁴ Héctor González Chévez, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo, desde la Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares*, México, Editorial Porrúa S.A., 2006., p. 80

⁵ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1945, p. 45, citado por Héctor González Chévez, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo, desde la Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares*, México, Editorial Porrúa S.A., 2006., p. 80

⁶ Héctor González Chévez, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo.....* p. 81

⁷ Jorge Kielmanovich, *Medidas Cautelares....*, p. 31.

extracontencioso, adoptadas ha pedido de parte o de oficio, en orden de aseguramiento de bienes, o personas o la satisfacción de sus necesidades urgentes, con abstracción, de que para decretarlas se deba sustanciar el pedido o se las disponga *inaudita pars*, como sucede comúnmente”.

Priori Posada,⁸ las conceptualiza en los siguientes términos: “La medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo”.

Elio Fazzalari,⁹ refiriéndose a las medidas cautelares, dice: “Son providencias jurisdiccionales, emitidas por el juez en espera y en vista de una sentencia de mérito, con la finalidad de asegurar sus efectos: las providencias cautelares operan sobre la situación presente, con el objeto que la sentencia, sobreponiéndose con éxito al proceso ordinario, no llegue demasiado tarde”.

De las definiciones transcritas confirmamos que desde una concepción clásica, las medidas cautelares se encuentra indefectiblemente ligadas a la existencia de un proceso y tienen como objeto o finalidad asegurar los efectos prácticos de la posible sentencia estimatoria, evitando que dicha decisión judicial llegue demasiado tarde, perdiendo su razón de ser y tornándose ineficaz.

1.2.- Presupuestos para la Concesión de Medidas Cautelares

Previamente a que el juez dicte una medida cautelar deben configurarse ciertos requisitos o presupuestos, sin los cuales el juez no debería otorgarlas. Estos presupuestos han sido acuñados por la doctrina, sin que exista un acuerdo unánime entre los diferentes autores al establecerlos, sin embargo todos coinciden en dos presupuestos

⁸ Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar*, Lima, ARA Editores, 2006, p. 36.

⁹ Elio Fazzalari, *Provvedimenti Cautelari*, Enciclopedia del Diritto, tomo XXXVII, Giuffrè, Milano, 1948, p. 841, citado por, Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar.....*, p. 36

básicos de concesión: el peligro en la demora (*periculum in mora*¹⁰) y la apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*¹¹).

Haremos referencia a la adecuación como un presupuesto de concesión de la medida cautelar ya que consideramos que ésta se encuentra expresamente reconocida en la nueva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, además por que creemos que es una condición sumamente importante, que esta íntimamente ligada con la noción de proporcionalidad que deben tener las medidas cautelares.

1.2.1.- Peligro en la Demora (*Periculum in Mora*)

Los ciudadanos y ciudadanas dentro del “Estado constitucional de derechos y justicia, social”,¹² gozamos de un cúmulo de derechos los cuales no pueden defenderse por mano propia, ya que en nuestros ordenamientos jurídicos la justicia por mano propia, la autotutela se encuentra prohibida. Para evitar aquello el estado de derecho crea el proceso como un instrumento para proteger y hacer efectivos los derechos que se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico. No obstante, el proceso para poder llegar a una conclusión y cumplir con uno de los presupuesto de la justicia, dar a cada quien lo que le corresponde, o, no hacer daño a nadie, debe trajar un largo y tortuoso trecho, no actúa de manera inmediata, requiere de tiempo para que opere la protección que ofrece, tiempo en el cual el derecho posiblemente va ser vulnerado debido a lo tarde que llega la resolución judicial definitiva. Así, el proceso, lejos de ser un mecanismo perfecto se convierte en un instrumento imperfecto de protección de derechos, siendo la principal imperfección del proceso, el tiempo. El factor tiempo se convierte en una realidad insoslayable dentro del proceso y su existencia origina la de las medidas

¹⁰ Peligro en la demora

¹¹ Humo de buen derecho

¹² Art. 1 de la Constitución.

cautelares. Calamandrei refiriéndose a esto,¹³ señala “En un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en el que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera de inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares”

Jorge Ramírez,¹⁴ autor argentino, parafraseando con Calamandrei, enseña:

No es el peligro genérico del daño jurídico, el cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria, sino que es, específicamente, *el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.*(cursiva nuestra) Así, pues, la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin tardanza una providencia definitiva.

Para aproximarse a una noción clara del periculum in mora es preciso dar otro paso: no basta con que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, *que a causa de la inminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia,* (la cursiva es nuestra) en cuanto sea de preveer que, si ella se demorase, el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya ocurrido, de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida.

¹³ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1996, p. 43, citado por Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar*, Lima, Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2006, p. 28

¹⁴ Jorge Ramírez, *Función Precautelar*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p. 154

Las medidas cautelares son un instrumento que nos sirven para conciliar dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: “la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares tienden ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y el mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva mas tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso”.¹⁵

De las afirmaciones realizadas por Calamandrei, en torno a las medidas cautelares, Priori Posada¹⁶ establece dos caracteres del peligro en la demora:

- 1) El riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora del proceso; y
- 2) El riesgo de daño jurídico debe ser inminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia.

El peligro en la demora es el fundamento de la existencia de las medidas cautelares, sin éstas el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sería solo lirismo jurídico ya que no existiría forma alguna de que los derechos sean realmente protegidos frente a las imperfecciones del proceso ordinario. El tiempo que tarda en pronunciarse la sentencia definitiva, desde que se inicia el proceso hasta la culminación del mismo, supera en mucho los términos establecidos en las leyes para la preclusión de sus diversas etapas y culminación, lo cual constituye el peligro, que configura el peligro en la demora que da origen a las medidas cautelares.

¹⁵ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1945, p. 45, citado por Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Temis, 2005, p. 151

¹⁶ Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar*, Lima, Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2006, p. 39.

El peligro en la demora, (*Periculum in Mora*), constituye para Calamandrei, la base de las medidas cautelares, criterio que se ha mantenido en la mayoría de los autores al tratar el tema, con los cuales coincidimos.

1.2.2.- Apariencia de Buen Derecho (*fumus bonis iuris*)

La apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*), es un principio substancial de las medidas cautelares, cuyo entendimiento facilita la comprensión de las mismas. Doctrinariamente se la considera, de manera unánime, como un presupuesto de admisibilidad de las medidas cautelares.

Este presupuesto hace referencia al conocimiento no exhaustivo, o profundo que debe tener el juzgador al momento de otorgar las medidas. Éste no debe exigir certeza, debe verificar únicamente una apariencia, un cierto grado de verosimilitud del derecho; el juez no deberá requerir una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer la veracidad de lo alegado. Un conocimiento pleno se requiere para dictar la sentencia definitiva, luego de recorrer todo el proceso, o agotar el trámite respectivo. Referente el tema Calamandrei,¹⁷ señala: “la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la sentencia principal; en sede cautelar basta que el derecho aparezca verosímil [...]”; sobre lo mismo Kielmanovich,¹⁸ refiere: “las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino solo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que solo

¹⁷ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1996, p. 77, citado por Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar*, Lima, Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2006, p. 73

¹⁸ Jorge L. Kielmanovich, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2000, p. 51

se logra al agotarse el trámite, si bien aquella debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y *prima facie* lo demuestren”

1.2.3.- Adecuación.

Habíamos señalado que desde el punto de vista de la concepción clásica, las medidas cautelares, tienen por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia, así como evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daño o perjuicios de difícil reparación. En este contexto las medidas cautelares que se dicten deben servir, para cumplir con este objetivo, deben ser adecuados al fin que persiguen, ya que están íntimamente ligadas a la pretensión planteada en el proceso, por eso debe haber adecuación entre la medida cautelar dispuesta y la pretensión del juicio, a fin de que la sentencia, si es estimatoria pueda producir sus efectos deseados, sea eficaz. Esto determina la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de la medida cautelar,¹⁹ debe haber una “correlación lógica que necesariamente deberá establecerse entre la cautelar concedida y el objeto de tutela”.²⁰ Por estas consideraciones se establece la adecuación como un presupuesto de concesión, de modo que las medidas cautelares puedan obtener el objeto que persiguen dentro del proceso, que es asegurar los efectos de una posible sentencia estimatoria.

1.3.- Características de las Medidas Cautelares

No existe un acuerdo unánime ni existe uniformidad en la doctrina al determinar las características de las medidas cautelares, nosotros vamos a incluir en nuestro análisis aquellas que más se acerquen o caractericen a las medidas cautelares en cuanto objeto

¹⁹ Giovanni Priori Posada, *Tutela Cautelar....* p.87

²⁰ Juan Monroy Palacios, *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*, Lima, p. 189, citado por Giovanni Priori Posada, *Tutela Cautelar*, Lima, Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2006, p. 87

de nuestro estudio y sobre las cuales exista mayor acuerdo doctrinario, estas son la instrumentalidad, provisionalidad y revocabilidad.

1.3.1.- Instrumentalidad

La doctrina clásica considera a la instrumentalidad como la nota distintiva de las medidas cautelares y podemos decir que sobre esta característica existe un acuerdo generalizado de los tratadistas. Se las considera instrumentales, por cuanto carecen de un fin en si mismas y se encuentran subordinadas y ordenadas al proceso principal del cual dependen, con miras a asegurar el cumplimiento y eficacia de la sentencia. Piero Calamandrei²¹ refiriéndose a la instrumentalidad de las medidas cautelares, señala: “No constituyen un fin en si mismas, sino que están subordinadas a la resolución definitiva. Nacen al servicio de la sentencia principal, asegurando su resultado práctico, en prevención de la cual se dictan, preparando el terreno para hacer que sea eficaz, y fenecen con ella, contribuyendo así a garantizar el eficaz funcionamiento de la administración de justicia”

Queda claro que las medidas cautelares no constituyen un fin por si mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, de la cual aseguran preventivamente su resultado práctico. Nacen al servicio de una providencia definitiva. La medida cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata por cuanto mas que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia garantizando la efectividad de la sentencia.²² De este modo la tutela cautelar está prevista como un medio a través del cual puede conseguirse

²¹ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, p. 44, citado por Héctor González Chévez, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo, desde la Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 85.

²² Mabel de los Santos, *Medida Autosatisfactiva y Medida Cautelar, semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales*, en Jaime Greif, coord. *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal Culsoni Editores, 2002, p. 360.

que otro medio, el proceso funcione eficazmente, no llegando tarde con su resolución o sentencia, ya que el efecto de ésta se encuentra resguardado por la medida cautelar otorgada.

En definitiva este carácter de las medidas cautelares, hace referencia a la dependencia que tienen las medidas cautelares del proceso principal, dentro del cual buscan asegurar la efectividad de la sentencia, por lo que sus efectos cesan cuando finalice el proceso con la declaración de fondo o por cualquier otra causa. Desde este punto de vista se las ha caracterizado como instrumentos que sirven para asegurar la efectividad de la sentencia y/o del proceso, cuya existencia esta íntimamente ligada a la existencia del proceso. “Son instrumentales por cuanto nacen en previsión y a la espera de una decisión final o definitiva”.²³

Por ello podemos concluir que desde el punto de vista de la concepción clásica no es factible la existencia de medidas cautelares si no existe un proceso. Puede existir un proceso sin medidas cautelares pero no a la inversa, así, desde esta perspectiva las medidas cautelares están indefectiblemente ligadas a la existencia del proceso y su cometido es asegurar la efectividad de la sentencia.

1.3.2.- Provisionalidad.

La provisionalidad es una característica intrínseca de las medidas cautelares. Si son instrumentales son provisionales, ya que dada su condición instrumental al proceso, subsisten hasta el momento que exista una sentencia definitiva que ponga fin al proceso, o cambien los supuestos que dieron lugar a su otorgamiento. La conclusión del proceso, significa la conclusión de las medidas cautelares, ya que están íntimamente a él ligadas.

²³ Carmen Chinchilla Marín, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, p. 32, citado por Miguel Alejandro López Olvera, *Las Medidas Cautelares en el Juicio de Amparo*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.bibliojuridica.org/libro.htm?|=2047>, p. 408.

“De esta manera las medidas cautelares tienen una vida limitada en el tiempo, es decir, no tienen una vocación de permanencia”²⁴.

Cabe citar la distinción realizada por Calamandrei entre lo temporal y lo provisorio. Así señala “el concepto de provisoriedad [...] es un poco diverso, y mas restringido, que el de temporalidad. Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por si mismo duración limitada: provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio”.²⁵

Como notamos, desde la perspectiva de la concepción clásica, la provisionalidad de las medidas cautelares está considerada en cuanto ellas se extinguen, una vez que el proceso con la sentencia definitiva llega a su fin, es decir, son provisionales porque se mantienen solamente mientras dure el proceso y haya una sentencia definitiva. Si se da una sentencia estimatoria de la pretensión, la medida cautelar se extinguirá ya que será suplantada por la decisión definitiva del juicio; si la pretensión es desestimada en la sentencia, y al ser las medidas cautelares accesorias, instrumentales al proceso y existir solo para garantizar una eventual sentencia estimatoria, las medidas igualmente serán levantadas, se extinguirán, ya que fueron emitidas solamente con un carácter provisional. Se otorgaron en base a una apariencia del derecho o un cierto grado de verosimilitud del mismo, por ello nunca prejuzgan el fondo del asunto.

²⁴ Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautela.....*p. 105

²⁵ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1996, p. 36, citado por Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar*, Lima, Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2006, p. 105.

1.3.3.- Revocabilidad.

Como vimos anteriormente, las medidas cautelares desde su concepción clásica son medidas instrumentales al proceso, que buscan asegurar una eventual sentencia estimatoria, cuya base de otorgamiento es el peligro que existe por la demora que tiene el proceso hasta llegar a una resolución definitiva, por ello, al no ser la medida otorgada una resolución final sino únicamente provisional, para su concesión no hay una exigencia de demostración sustancial del derecho, sino una mera apariencia del mismo, un cierto grado de verosimilitud del derecho, un *fumus boni iuris*. Por estas características y por las condiciones que se reúnen al ser otorgadas, las medidas cautelares son revocables, no alcanzan la categoría de cosa juzgada. Éstas pueden ser revocadas, modificadas o restablecidas, tomando como base las condiciones fácticas del momento de otorgamiento.

El carácter eminentemente preventivo y provisional permite su modificación por causas sobrevinientes. Calamandrei, refiriéndose a esta característica señala: “las medidas cautelares están sujetas a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, siempre que el juez considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo”²⁶. Así, mientras no se pronuncie una sentencia definitiva en el proceso principal la resolución que concede o niegue la petición de medidas cautelares está sujeta a modificaciones posteriores, dado su carácter esencialmente revocables.

²⁶ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1945, p. 89, citado por Héctor González Chévez, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo...*p. 87

2.- Concepción de las Medidas Cautelares desde la Perspectiva de Protección de los Derechos Humanos

En el presente apartado vamos a comentar los principios, presupuestos y características de la teoría general de las medidas cautelares analizados *supra* y como éstos al aplicarse al ámbito de los derechos humanos, cambian de enfoque, difieren o se mantienen de forma coincidente, v.gr. los presupuestos de concesión: peligro en la demora, apariencia del buen derecho, adecuación.

2.1. - Concepto y Finalidad de las Medidas Cautelares.

Habíamos señalado *supra*, que desde la visión de la concepción clásica, las medidas cautelares, se encuentra indefectiblemente ligadas a la existencia de un proceso y tienen como objeto o finalidad asegurar los efectos prácticos de la posible sentencia estimatoria, evitando que dicha decisión judicial llegue demasiado tarde, perdiendo su razón de ser o tornándose ineficaz.

A diferencia de aquello, desde la perspectiva de protección de los derechos humanos, las medidas cautelares tienen como finalidad la protección directa del derecho, ya sea, evitando o suspendiendo su violación. Cancado Trindade,²⁷ sobre el tema, señala: “las medidas cautelares en al ámbito de los derechos humanos se liberan del formalismo jurídico de la ciencia jurídica del pasado, [...] y en el presente dominio tales medidas, además de su carácter esencialmente preventivo, *protegen efectivamente derechos fundamentales*”. Cabe recalcar que se trata siempre de una protección preventiva que no prejuzga la cuestión de fondo, cuyo otorgamiento esta íntimamente ligado con la inminencia y gravedad del daño, lo que impone que el trámite de

²⁷ Antonio Augusto Cancado Trindade, *Reflexiones Sobre la Evolución y Estado Actual de las medidas provisionales de protección en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Prologo en, Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Temis S.A. 2005, p. XIX.

concesión de las medidas cautelares sea informal, sencillo, y que se actúe solamente en base a una presunción razonable de que la afectación o posible afectación del derecho existe. De esta manera, comparte con la concepción clásica los dos presupuestos básicos de procedencia: el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho, ya explicados anteriormente.

Igualmente se otorgan en términos generales ha pedido de parte e *inaudita pars*, esto es, sin sustanciación previa con el afectado por las mismas. Sin embargo ante la posibilidad de vulneración de un derecho humano, estas pueden y deben ser otorgadas de oficio, lo cual como veremos en el capítulo siguiente es una práctica de protección de derechos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Habíamos destacado, al comentar la concepción clásica, que las medidas cautelares se pueden solicitar antes, conjuntamente o después de una demanda, y que estaban al servicio de un proceso, no obstante aplicando esta institución al campo de la protección preventiva de los derechos humanos, veremos que la existencia o no de una demanda o de un proceso principal no es una condición *sine quanon* para la procedencia de las mismas. Las medidas cautelares aplicadas al ámbito de la protección de los derechos humanos dejan de ser apéndices de un proceso y se convierten más bien en una institución de protección preventiva de derechos humanos independiente - autónoma, no instrumental a un proceso para su otorgamiento, por lo mismo, no se limitan a garantizar la efectividad de una sentencia en un proceso principal, sino a proteger preventivamente un derecho de manera efectiva. A modo de ejemplo, para una mayor comprensión de lo que acabamos de indicar: un grupo de personas solicitan una medida cautelar para evitar que se contaminen las aguas de un río, una vez que se ha concedido la medida cautelar solicitada posiblemente ya no sea necesario un proceso, y no se requirió la existencia de éste para que proceda la medida cautelar.

Desde el punto de vista que estamos analizando, las medidas cautelares no responden a la necesidad de asegurar los efectos de una eventual sentencia estimatoria, su finalidad es precautelar, proteger preventivamente *un derecho*, su fin próximo o remoto será siempre, la protección preventiva del derecho amenazado o violentado, por ello sostenemos que desde la perspectiva o ámbito de los derechos humanos, *las medidas cautelares son medidas que con carácter preventivo, partiendo de un conocimiento no exhaustivo, por la gravedad e inminencia del daño, se dictan previo un trámite informal y sencillo, a petición de parte o de oficio, inaudita pars, sin que necesariamente exista un proceso, a fin de proteger un derecho amenazado o violentado.*

2.2.- Presupuestos para la Concesión de Medidas Cautelares

2.2.1.- Peligro en la Demora (*Periculum in Mora*)

Las medidas cautelares aplicadas al ámbito de los derechos humanos comparten con la concepción clásica los presupuestos de concesión analizados: peligro en la demora, apariencia de buen derecho, adecuación, así, el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece el principio del *periculum in mora* al señalar que las medidas cautelares proceden cuando los jueces tengan conocimiento de un hecho que de modo *inminente* y grave amenace con violar un derecho o viole un derecho. La urgencia de las circunstancias, provocada por la amenaza o violación inminente de un derecho, hace que cualquier demora resulte peligrosa, por lo que la medida debe dictarse de manera inmediata, lo más pronto posible, como dice la Ley. Un proceso común, dadas las circunstancias de inminencia y gravedad, no ofrecen la protección requerida, ya que su tardanza normal y muchas veces anormal provocaría la afectación definitiva o que persista la violación del derecho.

Piénsese, por ejemplo, en una persona que teniendo derecho a la asistencia de salud por parte del estado, tuviere que esperar todo el tiempo que dura un proceso para ser atendido. La resolución definitiva sería posiblemente una burla para aquella persona que incluso podría haber perdido su vida. O de una comunidad indígena a la que por ocasión de una obra pública, se amenace violar su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, poniendo en peligro su propia existencia.

2.2.2.- Apariencia de Buen Derecho (*fumus bonis iuris*)

El *fumus bonis iuris* es también un presupuesto de concesión de las medidas cautelares en el ámbito de los derechos humanos. Se lo reconoce como tal en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y en nuestra regulación de medidas cautelares autónomas. De manera expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Resolución de Medidas Provisionales del 30 de Abril del 2009, en el caso Fernández Ortega y otros, contra de los Estados Unidos Mexicanos, en el considerando 14 señaló: “Que el estándar de apreciación *prima facie* en un caso y la aplicación de presunciones ante las necesidades de protección han llevado a la Corte Interamericana a ordenar medidas en distintas ocasiones”.²⁸

Antonio Augusto Cancado Trindade,²⁹ ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose al tema enseña:

²⁸ V.gr. Cfr. *Asunto del Internado Judicial de Monagas (“La Pica”)*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2006, Considerando vigésimo segundo; *Asunto Adrián Meléndez Quijano y otros*. Medidas Provisionales respecto de El Salvador. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de mayo de 2007, Considerando décimo primero. *Caso Mack Chang y otros*. Medidas Provisionales respecto de Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de enero de 2009, Considerando trigésimo segundo.

²⁹ Augusto Cancado Trindade, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-2002)* en *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del Siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, p. 569, citado por Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey Anaya, *Medidas*

La Corte en la práctica, no ha exigido de la comisión una demostración sustancial (*substantial evidence*) de que los hechos son verdaderos, sino más bien ha procedido con base en la presunción razonable (*prima facie evidence*) de que los hechos son verdaderos. Trátase de un criterio que encuentra respaldo en el principio de la sumariedad de la cognición, principio éste que ha sido aplicado en relación con las medidas tanto cautelares en el derecho procesal como provisionales en el derecho procesal internacional.

El artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece: “Una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, *si verifica por la sola descripción de los hechos* (Cursiva nuestra) que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes [.....]”, consideramos que la Ley en análisis igualmente ha recogido el principio de apariencia de buen derecho como condición de concesión de medidas cautelares sin exigir que el juez tenga un conocimiento total, o una certeza plena de la vulneración del derecho, sino únicamente indicios que a primera vista (*prima facie*) permitan presumir que la violación o amenaza del derecho realmente existe.

2.2.3.- Adecuación.

Desde la perspectiva de la protección preventiva de los derechos humanos al igual que en la concepción clásica, la adecuación hace referencia a la necesidad de que las medidas cautelares deban ser idóneas, *adecuadas* a su objeto, que, -desde el punto de vista que estamos analizando- es dar una protección preventiva al derecho violado o

amenazado, ya sea evitando la violación o suspendiéndola, de tal forma que las medidas que se otorguen deben estar íntimamente ligadas, relacionadas con aquello que es su objeto o fin.

La adecuación como presupuesto de concesión de las medidas cautelares esta expresamente reconocido en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que reza:

Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

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

En este sentido, Ley citada no establece una enumeración taxativa de las medidas cautelares que se deben ordenar para evitar o detener la violación del derecho, confía en quien ejerce la función jurisdiccional para que tome la decisión, que sea la más eficaz para evitar o suspender la afcción del derecho en base al caso concreto, se limita únicamente a establecer algunos ejemplos que servirán como pautas para el juzgador al momento de administrar justicia.

Consideramos oportuno el agregado realizado en la Asamblea Nacional, al proyecto de Ley prestado por el Ejecutivo, en virtud del cual se especifica que “En

ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad”, ya que en un procedimiento en el que la decisión de concesión o no de las medidas cautelares se toma *inaudita pars*, luego de un procedimiento rápido, informal, sencillo, partiendo de la sola verosimilitud del derecho, al ordenar una medida privativa de la libertad se estaría afectando derechos fundamentales del sujeto pasivo de la medida, como el derecho a la defensa, presunción de inocencia, a la libertad, etc., cuyos efectos serían irreversibles, de difícil reparación, con efectos dañosos para quien la sufre, violando el principio de proporcionalidad que debe existir entre la medida cautelar que se dicta y el derecho que con carácter preventivo se quiere proteger.

El principio de adecuación esta íntimamente ligada con la condición de proporcionalidad de la medida cautelar, su aplicación evitará tener medidas cautelares que tengan efectos dañosos para el sujeto pasivo de la medida. No podemos pretender proteger un derecho vulnerando otro. Al establecerse en la Ley mencionada la adecuación de las medidas cautelares a la violación de derecho que se pretende evitar o detener, se está reconociendo implícitamente la proporcionalidad de las mismas como condición de otorgamiento.

2.3.- Características de las Medidas Cautelares

2.3.1.- Instrumentalidad vs. Proteger Preventivamente un Derecho

Desde el punto de vista de la concepción clásica, se considera a la instrumentalidad como una característica esencial de las medidas cautelares. Esta característica hace referencia a la dependencia que tienen las medidas cautelares del proceso principal, no constituyendo un fin en si mismas, sino estando preordenadas a asegurar la efectividad de la sentencia, por lo que sus efectos cesan cuando finalice el proceso con la declaración de fondo o por cualquier otra causa. Desde este punto de

vista se las ha caracterizado como instrumentos que sirven para asegurar la efectividad de la sentencia dentro del proceso.

Consideramos que esta visión de las medidas cautelares es aplicable exclusivamente a ramas del derecho, civil, penal, administrativo, etc., y configura la posición clásica de las medidas cautelares, que las percibe exclusivamente como una institución - instrumento del proceso y/o la sentencia, no como un mecanismo autónomo de protección preventiva de derechos humanos, independiente de la existencia posterior de un proceso y/o sentencia, cuyo otorgamiento no está condicionado a que en un plazo posterior se plantee la demanda principal, como enseña Faúndez Ledesma “teniendo en cuenta que en el derecho interno de los Estados este tipo de medidas constituye un incidente dentro de un procedimiento ya iniciado, hay que subrayar la muy amplia competencia que se ha conferido a la Corte³⁰ para disponer medidas provisionales incluso en casos que aún no han sido sometidos a la consideración de la Corte y que podrían no serlo nunca”.³¹ Aspecto que resulta novedoso, como bien señala el autor citado.

En este sentido las medidas cautelares han dado un salto cualitativo, ya no podemos referirnos a éstas, exclusivamente, como un instrumento ligado a un proceso y a garantizar una eventual sentencia estimatoria, sino mas bien debemos visualizarlas como un mecanismo de protección preventiva de derechos humanos autónomo, que no depende, “incidentalmente o por cuerda separada de un proceso principal destinado al conocimiento y la solución de una controversia”,³² cuyos efectos se mantendrán en el

³⁰ Se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³¹ Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 509

³² Sergio García Ramírez, *Reflexión sobre las Medidas Provisionales en la Jurisdicción Interamericana*, p. XLIII. Presentación del libro de Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales y*

tiempo mientras siga presente la amenaza grave e inminente del derecho. Por esta razón, siendo coherentes con la definición que hemos dado de medidas cautelares en el ámbito de los derechos humanos, decimos que una de sus características es que buscan *Proteger Preventivamente un Derecho*. Parafraseando con Eduardo y Jeannette García, éstas tienden a prevenir y evitar el daño que pueda sobrevenir a causa del retardo en el reconocimiento o declaración o constitución del derecho, siempre, cualquiera que sea la clase de medida, su fin próximo o remoto es la protección preventiva de un derecho³³

Decimos que las medidas cautelares protegen preventivamente un derecho para diferenciarlas de la resolución o sentencia definitiva que será resultado de haberse recorrido todo el largo camino del proceso, y que pondrá o dará, -si podemos decirlo así- el remedio definitivo, sea reconociendo o declarando el derecho. La Ley no las establece para conseguir por si solas un efecto concluyente, sino únicamente preventivo.

Desde la perspectiva clásica los efectos de las medidas cautelares cesan cuando se finaliza el proceso y hay una sentencia definitiva, situación ésta que no es aplicable *strictu sensu* en las medidas cautelares en cuanto instrumento de protección de derechos humanos, las cuales cesarán solo “cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos”,³⁴ o se hayan extinguido los requisitos que motivaron su resolución, esto es, ya no exista la gravedad y urgencia que pueda provocar daños irreversibles en los derechos. En este caso la vigencia de las medidas cautelares está supeditada directamente a la protección preventiva del derecho.

Medidas Cautelares en el sistema interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, Editorial Temis S.A. 2005.

³³ Eduardo García Sarmiento, Jeannette García Olaya, *Medidas Cautelares*..... p. 15

³⁴ Art. 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

2.3.2.- Provisionalidad.

Las medidas cautelares siempre son provisionales, sea que se las mire desde el prisma de la concepción clásica o del ámbito de los derechos humanos. Sin embargo en una y otra se da una variación del enfoque de la provisionalidad. Así, desde una perspectiva civilista, la provisionalidad de las medidas cautelares está considerada en cuanto éstas se extinguen, una vez que el proceso con la sentencia definitiva llega a su fin, es decir son provisionales porque se mantienen *solamente* mientras dure el proceso y haya una sentencia definitiva, situación ésta que no se aplica a las medidas cautelares en cuanto instrumento de protección preventiva de derechos humanos, ya que en este caso puede ser que no llegue a existir proceso ni sentencia. Por ello desde esta óptica la provisionalidad radica, en que estarán vigentes *solamente*, mientras se mantengan los requisitos que motivaron su otorgamiento (inminencia y gravedad del daño). En este sentido su provisionalidad. Desde este enfoque la vigencia de las medidas cautelares está supeditada directamente a la existencia o no de las condiciones dañosas para el derecho que existieron al momento de su otorgamiento.

Este criterio que se ha adoptado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, está presente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde las medidas provisionales dictadas por la Corte se han mantenido por años mientras duró el estado de vulnerabilidad, y en otros casos las han mantenido incluso luego de dictada la sentencia.³⁵ Sobre el tema Antonio Cancado Trindade³⁶, comenta:

³⁵ En el caso de la Comunidad Indígena Zenu, la Corte levanto las medidas luego de seis años. Caso Colotenago, mas de seis años; Caso Caballero Delgado y Santana.

³⁶ Prologo, p. XXVII, a la obra de Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales y Cautelares en el Sistema Interamericano*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2005

Las medidas provisionales ordenadas por la Corte son por definición, de carácter provisional; sin embargo, si persisten en el tiempo sus prerequisites – los elementos de “extrema gravedad y urgencia” y la necesidad de “evitar daños irreparables a las personas”, consagrados en el art. 63.2 de la Convención Americana- a la Corte no le queda mas alternativa que mantenerlas (y en algunos casos inclusive ampliarlas), por cuanto tienen primacía los imperativos de protección del ser humano. En nada sorprende que, en nuestra región, donde las condiciones de vulnerabilidad de los derechos fundamentales de la persona humana se prolonga patológicamente en el tiempo (a pesar de algunos esfuerzos del poder público), las medidas provisionales de protección tengan del modo que mantenerse en el tiempo, para hacer frente a las amenazas crónicas de aquellos derechos fundamentales.

2.3.3.- Revocabilidad.

Las características de las medidas cautelares están íntimamente interrelacionadas unas con otras. Sí éstas protegen preventivamente un derecho, o tienen solo un carácter preventivo, sin prejuzgar o declarar la violación del derecho, son por lo mismo medidas provisionales³⁷ que duran –solamente- mientras sigan presentes los requisitos (inminencia y gravedad de amenaza o violación del derecho) que motivaron su otorgamiento y al tener ésta condición esta implícita la posibilidad que puedan ser revocadas, ya que no alcanzan la categoría de cosa juzgada, la cual es una esencial características de las medidas cautelares.

Al ser provisionales, las medidas cautelares no alcanzan la categoría de cosa juzgada, estas pueden ser revocadas, modificadas o restablecidas, tomando como base

³⁷ Los términos preventivo, provisional, provisorio, están correlacionadas, así, *Provisional*: Adj. Que no es definitivo, sino solo por un tiempo: un arreglo provisional. FAM. Provisionalmente, provisorio; Sinónimos de *preventivo*: precautorio, protector, *provisorio*. (*Diccionario Consultor Espasa*, Madrid, Editorial Espasa Calpe, S.A. 1998)

las condiciones fácticas del momento. El artículo 28 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece: “El otorgamiento de medidas cautelares y su adopción no constituirá prejuzgamiento sobre la declaración de la violación ni tendrá valor probatorio en el caso de existir un requerimiento por violación de derechos”, y el artículo 35 recalca su carácter provisional y revocable, de decisión no definitiva (cosa juzgada) cuando establece las condiciones para que proceda la revocatoria de las medidas cautelares otorgadas.

Los artículos 28 y 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, rezan:

Art. 28.- “El otorgamiento de medidas cautelares y su adopción no constituirá prejuzgamiento sobre la declaración de la violación ni tendrá valor probatorio en el caso de existir un requerimiento por violación de derechos”

Art. 35.- “La revocatoria de las medidas cautelares procederá solo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos previstos en esta ley o se demuestre que no tenían fundamento [...]”

Consideramos que estos artículos resumen las tres características comentadas de las medidas cautelares, protegen preventivamente un derecho, tiene carácter provisional y pueden ser revocadas ya que no constituyen cosa juzgada, su naturaleza, finalidad, presupuestos de concesión, así como sus características nos muestran que su vocación no es dar una solución definitiva, *sino proteger preventivamente un derecho*, para detener la violación o evitar la amenaza inminente de violación de un derecho.

2.4.- Cuadro Comparativo: Medidas Cautelares desde el Enfoque de la Concepción Clásica y de Derechos Humanos.

Concepción Clásica		Concepción de los Derechos Humanos	
Similitudes			
<p>Operan generalmente <i>inaudita pars</i></p> <p>No prejuzgan el fondo del asunto</p> <p>Tienen carácter preventivo</p> <p>Son revocables</p> <p>Comparten presupuestos de concesión: apariencia de buen derecho, peligro en la demora, adecuación</p>			
Diferencias			
Garantizan la efectividad de la sentencia en un proceso.	Concepto y Finalidad	Mecanismo autónomo de protección preventiva de derechos humanos.	
Instrumentales: Están subordinadas y ordenadas al proceso con miras a asegurar la sentencia. Dependen de la existencia de un proceso.	Características	No instrumentales: no requiere la existencia de un proceso para que opere su protección.	
Provisionales: duran mientras dure el proceso.	Cambio de enfoque	Provisionales: duran mientras se mantengan las condiciones dañosas para el derecho.	

CAPÍTULO SEGUNDO

Medidas Cautelares y Provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el presente capítulo vamos a realizar un análisis de las medidas cautelares y provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como un antecedente necesario para una mejor comprensión de la regulación de estas medidas en nuestro país, las cuales tiene como punto de partida o modelo principal el sistema autónomo de medidas cautelares de la Corte y Comisión Interamericana. Consideramos que el desarrollo jurisprudencial que existe en la Corte Interamericana y los casos de aplicación de esta institución en la Comisión van a ser un apoyo necesario e importante, que nos permitirán tener una visión más clara del alcance de la protección preventiva de los derechos que ofrecen las medidas cautelares. Dentro de este análisis nos enfocaremos en sus características, derechos protegidos, peticionarios, agilidad con la que se presentan, entre otros aspectos que consideramos son relevantes para nuestro trabajo que refiere a las medidas cautelares como instrumento de protección preventiva de derechos.

No vamos a adentrarnos en el estudio de la naturaleza cuasi jurisdiccional de la Comisión o jurisdiccional de la Corte Interamericana, ni a referirnos a la competencia de la Corte para ordenar medidas provisionales, si es respecto de todos los países miembros de la OEA, como en el caso de la Comisión, o solo respecto de aquellos que han ratificado o se han adherido a la Convención Americana y han ratificado su competencia contenciosa. No pretendemos adentrarnos en las diferencias entre los órganos de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano, la Comisión y

la Corte, ni los efectos de esas diferencias respecto de las medidas cautelares o provisionales en uno y otro caso.

Intentaremos desentrañar el funcionamiento del sistema de medidas cautelares y/o provisionales para entender la labor de estas instituciones y como el desarrollo jurisprudencial de las mismas en el Sistema Interamericano va ha ayudar a entender de mejor manera la regulación nacional de medidas cautelares como sistema autónomo de protección de derechos, que se configuran como un mecanismo preventivo, urgente, provisional que no tiene efectos jurídicos en el fondo y que con este carácter buscan evitar o suspender la vulneración de un derecho humano.

2.1.- Las medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.1.1.- Fundamento Jurídico de la Competencia de la Comisión para dictar Medidas Cautelares.

La competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para dictar medidas cautelares no está prevista expresamente en la Convención Americana ni en el Estatuto, su regulación se encuentra en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión, en el que también se encuentra lo concerniente al procedimiento. Ésta competencia se ha dicho no tiene base convencional, por lo que algunos autores consideran que las decisiones de medidas cautelares emitidas por la Comisión no tienen efectos vinculantes, no obstante el criterio actual considera que las medidas cautelares son vinculantes, ya que el objetivo de éstas es la protección de los derechos humanos, y en este contexto la normativa internacional debe aplicarse e interpretarse en base al

principio *pro homine*.³⁸ Posición mantenida por la Comisión y la Corte Interamericana, que ha hecho referencia a la necesidad de aplicar el principio mencionado y a la obligación de los Estados de cumplir las decisiones de la Comisión.

En este sentido la Comisión en el informe N° 20/98, correspondiente al caso 11.762 Baruch Ivcher Bronstein, contra Perú, en el párrafo 56, señaló: “En este sentido, la Comisión, sin ánimo de prejuzgar y aplicando el principio de que se debe preferir la interpretación de la ley que proteja más eficientemente los derechos humanos, otorgó medidas cautelares a favor del señor Ivcher”;

A su vez, en el Informe N°52/01, caso 12.243, Juan Garza, vs. Estados Unidos, del 4 de Abril del 2001, sostuvo: “Los Estados miembros de la OEA, al crear la Comisión y encomendarle, a través de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, la promoción de la observancia y protección de los derechos humanos de los pueblos americanos, se han comprometido implícitamente a implementar medidas de esta naturaleza en los casos en que ello es esencial para preservar el mandato de la Comisión”.

El Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, correspondiente al año 2006, en su Capítulo III, literal D. numeral 48 señaló: “El cabal cumplimiento de las decisiones de la Comisión Interamericana constituye un elemento indispensable para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA, así como para contribuir al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos [...]”.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁹ en el caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, en el párrafo 80, expresó:

³⁸ Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey, *Medidas Provisionales.....*, p. 257

80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, *tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana* (Cursiva nuestra) que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

Faúndez Ledesma,⁴⁰ sustenta la competencia de la Comisión para dictar medidas cautelares, partiendo del artículo 33 de la Convención que señala a la Comisión como uno de los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes; luego se remite al art. 41 letra b) de la misma Convención, que faculta a la Comisión, cuando lo estimare conveniente, formular recomendaciones, a los Estados miembros de la OEA, para que adopten disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a los derechos humanos. Asimismo, el art. 18, letra b), del Estatuto de la Comisión reproduce el texto del art. 41, letra b) de la Convención, antes citado. Finalmente señala, que de acuerdo con el art. 19, letra a) del mismo Estatuto de la Comisión, a ésta le corresponde diligenciar las peticiones y otras comunicaciones que se le dirijan, de conformidad con los artículos 44 al 51 de la Convención. Y concluye señalando que el ejercicio de esa

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia, *Casos Contenciosos*, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. (Las sentencias de la Corte y decisiones de la Comisión que se citan en este trabajo son obtenidos de las páginas oficiales de estos dos Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.)

⁴⁰ Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección Derechos Humanos*, tercera Edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 373

competencia lleva implícita la facultad de adoptar las medidas cautelares para evitar daños irreparables.

Consideramos que las medidas cautelares tienen efectos vinculantes, cuyo sustento, aunque no expreso, es convencional y estatutario según lo argumentado por Faúndez Ledesma, posición que es ratificada por la jurisprudencia de la Corte, así como los pronunciamientos de la misma Comisión. Creemos que una interpretación contraria limita y vulnera los derechos humanos, por esta razón los Estados deben acatarlas, cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe, mucho más cuando se trata de protección de derechos humanos. La razón de ser de los Estados es garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales, una posición que busque contravenir o incumplir un pedido de medidas cautelares emitidas por la Comisión Americana denotará un gobierno arbitrario, absurdo, que no entienden su razón de ser.

2.1.2.- Requisitos de las Medidas Cautelares.

Conforme el numeral 1 del artículo 25 del Reglamento de la Comisión, las medidas cautelares proceden: “En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas”.

En esta regulación encontramos tres requisitos: la gravedad, la urgencia y la necesidad de evitar daños irreparables. Estos requisitos se encuentran presentes también en el artículo 63, numeral 2 de la Convención refiriéndose a la potestad de la Corte de dictar medidas provisionales, no obstante en la disposición convencional se habla de *extrema* gravedad y urgencia, exigencia que no se encuentra presente en el Reglamento

de la Comisión lo cual consideramos facilita o flexibiliza el análisis previo al otorgamiento de medidas cautelares.

Según el numeral 1 del artículo 25 del Reglamento de la Comisión, en caso de gravedad y urgencia y toda vez que sea necesario según la información disponible, la Comisión, a petición de parte e incluso de oficio puede solicitar al Estado que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas. Su propósito es evitar la violación inminente de los derechos humanos, por lo que no se requerirá de peritajes, pruebas o de un sustento o demostración cabal de lo argumentado por quien solicita la medida cautelar para que las mismas sean procedentes, ya que no se trata de un prejuzgamiento del fondo del asunto, se trata de una protección preventiva del derecho, en este sentido el Reglamento en vigencia “no condiciona la pertinencia de las medidas cautelares a la veracidad de los hechos denunciados sino, sencillamente, a la necesidad de las mismas en función de la información disponible”.⁴¹

2.1.3.- Aspectos procesales de las medidas cautelares.

2.1.3.1.- Sujetos Activos.

El artículo 25 del Reglamento de la Comisión nada refiere respecto de las personas que están facultados para solicitar medidas cautelares. Sin embargo consideramos que aquello está detallado en el artículo 23 *ibídem*, que señala que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos, peticiones entre las cuales se encuentran implícitas aquellas encaminadas a solicitar medidas cautelares.

⁴¹ Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano de Protección.....*, p. 374

Esta disposición faculta a las presuntas víctimas a acudir directamente ante la Comisión para solicitar medidas cautelares cuando se reúnen las condiciones antes analizadas. La Comisión se convierte así en la puerta de entrada para accionar la protección de derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,⁴² lo cual es aplicable, como vemos, también al tema de las medidas cautelares que pueden ser solicitadas por los presuntos agraviados directamente ante la Comisión, no así las medidas provisionales que se solicitan a la Corte Interamericana, en cuyo caso solo la Comisión puede solicitarlas cuando se trata de un asunto que aún no esté en conocimiento de dicho órgano jurisdiccional.

2.1.3.2.- Formalidades de la Petición.

La petición de medidas cautelares no requiere ninguna formalidad. La Comisión, en palabras de Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky,⁴³ ha actuado con gran liberalidad y en lo concerniente a medidas cautelares no ha procedido solo cuando ha mediado la formalidad de una carta o petición escrita, sino que ha utilizado los medios a su disposición y ha solicitado una variedad de medidas a ser adoptadas por el gobierno respectivo. Así, en el informe Anual de la Comisión de 1999, capítulo III, que hace referencia a las Medidas Cautelares otorgadas por este organismo,⁴⁴ se menciona, que en el curso de una actividad en nuestro país, llevada a efecto el 14 de junio de 1999, *con base en la expresión de preocupación por parte de la Comisión*, el Estado ecuatoriano

⁴² Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales...*, p. 255.

⁴³ Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky, *Medidas Cautelares y Provisionales*, en Cristian Courtis, Denise Hauser, Gabriela Rodríguez, comp., *Protección Internacional de Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 86.

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos año 1999*, Medidas Cautelares Acordadas por la Comisión durante el año 1999, en <http://www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo3.htm#1>. Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión

había adoptado voluntariamente medidas cautelares para garantizar la vida e integridad personal de Pedro Giovanni Baque Tuáres, y otros, así como garantizarles su libre acceso a las instancias judiciales. Lo interesante de este precedente es que no hubo necesidad de una orden escrita de medidas cautelares por parte de la Comisión, ni de una solicitud en ese mismo sentido por parte de las víctimas. Estas medidas fueron ratificadas por la Comisión con fecha 16 de junio de 1999, con el debido reconocimiento al Estado ecuatoriano por su iniciativa de adoptarlas de oficio.

Las medidas cautelares también se han dispuesto durante visitas *in loco*, en respuesta a pedidos verbales realizados durante las mismas. Así, el informe de medidas cautelares acordadas por la Comisión en 1996,⁴⁵ hace referencia, a la visita *in loco*, realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a México, el 17 de julio de dicho año. En esa visita se le requirió – a la Comisión- disponer medidas cautelares en favor del señor José Nava Andrade y 15 miembros de la Organización de Pueblos y Colonias OPC, quienes habían sido víctimas de secuestro y tortura por su presunta vinculación con el Ejército Popular Revolucionario EPR. La Comisión accedió a dicha solicitud, sin que haya mediado formalismo alguno.

2.1.3.3.- Oportunidad Procesal de solicitud.

En cuanto a la oportunidad procesal para la solicitud y concesión de las medidas cautelares cabe mencionar que no se requiere la existencia previa de un procedimiento ante la comisión. La solicitud puede realizarse conjuntamente con la petición, con posterioridad a ésta, o de manera independientemente, sin la exigencia de formalismos,

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos año 1996*, Medidas Cautelares Acordadas por la Comisión durante el año 1996, en <http://www.cidh.org/medidas/1996.sp.htm>

porque el fin perseguido es la protección preventiva del derecho. Al respecto Faúndez Ledesma,⁴⁶ comenta:

Dada la gravedad y urgencia de las circunstancias en que tales medidas pueden ser indispensables, su solicitud no requiere de la existencia de un caso pendiente ante la Comisión, ni tiene necesariamente que plantearse junto con la denuncia de una violación de derechos humanos. Independientemente de la existencia de un caso pendiente ante la Comisión, las medidas cautelares resultan procedentes en cualquier momento en que aparezcan de los hechos, que ellas son necesarias para evitar un daño irreparable.

2.1.3.4.- Supuestos que pueden presentarse.

Pueden precisarse algunos supuestos ante una petición de medidas cautelares:

Primero.- *La Comisión se encuentra reunida en uno de sus periodos ordinarios de sesiones.*

Si la Comisión se encuentra reunida en uno de sus periodos de sesiones ordinarias, procederá a realizar el análisis de la solicitud de medidas cautelares y a conceder las mismas luego de verificar que se está frente a un caso que cumpla con los requisitos exigidos, esto es gravedad, urgencia, y evitar un daño irreparable. Cabe anotar que previamente al otorgamiento de las medidas solicitadas, la Comisión puede solicitar información a las partes interesadas sobre cualquier asunto relacionado con la adopción y vigencia de las medidas, es decir puede correr traslado a la parte denunciada para que

⁴⁶ Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano de...*, p. 372

presente su punto de vista. Ramiro Ávila,⁴⁷ comentando sobre el tema, sostiene que en el Sistema Interamericano, pueden darse tres situaciones: 1ª) Según lo narrado en la solicitud de medidas cautelares, se desprende que efectivamente existe urgencia y gravedad y hay la posibilidad de un daño irreparable, en cuyo caso la Comisión otorga inmediatamente las medidas cautelares; 2ª) Si de la narración de los hechos, existen dudas sobre la procedencia de las medidas cautelares, la Comisión corre traslado a la parte que supuestamente está vulnerando el derecho para que informe sobre la situación; y, 3ª) Sino existe ningún riesgo rechaza la solicitud.

Segundo: *La Comisión no está reunida.*

En este supuesto, si la Comisión no se encuentre reunida, el Presidente, o en su falta uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría Ejecutiva con los demás miembros sobre la aplicación de las medidas cautelares. Si esto no es posible de acuerdo a las circunstancias, el Presidente es el que toma la decisión de ordenar medidas cautelares en nombre de la Comisión y luego comunica a sus miembros, para su posterior ratificación. Esto nos muestra el carácter urgente con el que la Comisión quiere proteger el derecho, otorgando la posibilidad al Presidente para que según las circunstancias, tome la decisión de solicitar al Estado la adopción de medidas cautelares a pesar de que no haya mediado la consulta con los demás miembros. Su fin es evitar que mientras se intenta cumplir esta formalidad no se vulnere definitivamente el derecho o se mantenga la violación del derecho. Esto muestra el carácter informal del sistema, y al serlo es congruente con el objetivo que persiguen éstas medidas.

⁴⁷ Entrevista a Ramiro Ávila, realizada en Quito, 23 de Septiembre del 2009

2.1.3.5.- Beneficiarios.

Lo normal es que las medidas cautelares se dicten a favor de personas debidamente individualizadas. Sin embargo, excepcionalmente en algunos ocasiones la Comisión ha otorgado medidas cautelares a favor de comunidades enteras, así por ejemplo en el caso número 12.053, Comunidades Indígenas Maya y sus Miembros vs. Belice,⁴⁸ Informe N° 78/00, la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de las Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros, y solicitó al Estado de Belice que adoptara las medidas necesarias para suspender todos los permisos, licencias, y concesiones que permitan la explotación de petróleo y cualquier otra actividad de explotación de recursos naturales en las tierras utilizadas y ocupadas por las Comunidades Mayas en el Distrito de Toledo, con el fin de investigar los alegatos del caso.

Otro ejemplo de medidas cautelares innominadas a favor de colectivos, se encuentra contenido en el Informe Anual de la Comisión de 1999, cuyo capítulo III, que refiere a las medidas cautelares otorgadas durante ese año, hace mención de las medidas cautelares otorgadas el 22 de noviembre de 1999, a favor de personas de origen haitiano y dominicanos de descendencia haitiana, para cesar las expulsiones masivas de esos colectivos humanos de República Dominicana irrespetando el debido proceso.

Según el informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2000,⁴⁹ este organismo dictó medidas cautelares innominadas entre otros en los siguientes casos: El 11 de mayo de 2000 la Comisión otorgó medidas cautelares y

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos año 2000*, Medidas Cautelares Acordadas por la Comisión durante el año 2000, en <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/Belice12.053.htm>

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000*, Medidas Cautelares acordadas por la Comisión durante el año 2000, en <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/indice.htm>

solicitó al Estado se llevaran adelante gestiones para proteger la vida y la integridad personal de los *detenidos políticos* de los pabellones 1 y 2 de la Cárcel Nacional Modelo en Santafé de Bogotá; El 26 de mayo de 2000 la Comisión otorgó medidas cautelares con el fin de que se llevaran adelante gestiones para proteger la vida y la integridad personal de las *integrantes de la Organización Femenina Popular*, con sede en Barrancabermeja; El 21 de junio de 2000 la Comisión otorgó medidas cautelares y se dirigió al Estado colombiano con el fin de solicitar se llevaran adelante gestiones para proteger la vida y la integridad personal de los del *dirigentes Sindicato de Trabajadores de las Empresas Municipales de Servicios Públicos de Cali (SINTRAEMCALI)*; el *Sindicato Nacional de Trabajadores y Empleados Universitarios de Colombia*, Seccional Cali; la Central Unitaria de Trabajadores, Sub-directiva Valle del Cauca; y del Sindicato del Departamento del Valle del Cauca; El 16 de octubre de 2000 la Comisión otorgó medidas cautelares y se dirigió al Estado colombiano con el fin de solicitar se llevaran adelante gestiones para proteger la vida y la integridad personal de los *directivos y funcionarios de la Corporación Regional para la Defensa de los Derechos Humanos en el Magdalena Medio (CREDHOS)*, con sede en la ciudad de Barrancabermeja; El 2 de marzo de 2001 la Comisión otorgó medidas cautelares y se dirigió al Estado colombiano con el fin de solicitar se llevaran adelante gestiones para proteger la vida y la integridad personal de los *miembros de la Asociación Nacional de Mujeres Campesinas e Indígenas de Colombia (ANMUCIC)*, etc.

En este contexto se han ordenado medidas cautelares para diversos colectivos humanos, indocumentados, comunidades indígenas, detenidos políticos, miembros de organizaciones femeninas, sindicatos obreros, de profesionales, de estudiantes, miembros de ONG de protección de derechos humanos, etc. En ningunos de estos casos

se ha individualizado a los miembros o las personas beneficiarias de las medidas, pero existían condiciones objetivas que permitían que fueren identificables.

2.1.3.6.- Derechos Protegidos.

Sobre los derechos protegidos es interesante observar que la Comisión no ha otorgado medidas cautelares para proteger solamente el derecho a la vida, la integridad física o la libertad de las personas, como se creía en un inicio, sino que el espectro de derechos protegidos por este tipo de medidas se ha ampliado a otros como el derecho a la nacionalidad, la propiedad, la libertad de expresión, a evitar la expulsión de personas que se encontraban legalmente en un Estado, el derecho a recibir educación, a recibir tratamiento médico, derecho políticos, etc. Así por ejemplo:

En el caso 11.762, de Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú, de fecha 3 de Marzo de 1998, contenido en el Informe N° 20/98,⁵⁰ la Comisión resguardó a través de una medida cautelar los derechos a la nacionalidad, la propiedad, la libertad de expresión. En este contexto la Comisión ordenó medidas cautelares a fin de restituir la nacionalidad peruana a Baruch Ivcher Bronstein, ya que la privación de su nacionalidad peruana, tenía además efectos dañosos en su derecho a la propiedad y libertad de expresión.

En breve resumen el caso fue el siguiente: Baruch Ivcher Bronstein se había nacionalizado peruano, posteriormente a ello había adquirido un canal de televisión, a través del cual se hicieron denuncias en contra del gobierno del Perú por violaciones de derechos humanos. La legislación peruana no permitía que un extranjero sea dueño de un canal de radio o tv, por ello el gobierno empezó por quitarle la nacionalidad peruana,

⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos año 1998*, Medidas Cautelares Acordadas por la Comisión durante el año 1998, en <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Peru11.762.htm>

luego de ello se le privó del canal de televisión ya que la Ley le impedía ser propietario de dicho medio de comunicación siendo extranjero y consecuencia de esto se logró callarlo.⁵¹ Las medidas cautelares de la Comisión se otorgaron suspendiendo el acto que le privaba de la nacionalidad y de esta forma resguardar los otros derechos que estaban coligados, el de la propiedad y la libertad de expresión.

También se han protegido derechos encaminados a evitar la expulsión de una persona que se encuentra en un Estado, por ejemplo, en el caso 11.862, de Andrew Harte y Familia vs. Canadá, contenido en el Informe N° 81/05 (párrafo 9),⁵² ante la eminente deportación desde Canadá hacia Guayana, el 31 de julio de 1998, la Comisión otorgó medidas cautelares en favor del Sr. Harte en las que solicitó al Estado que “*suspendiera la deportación del Sr. Harte hasta que se haya tenido la oportunidad de investigar los planteamientos que figuran en la petición*”.

Se han otorgado medidas cautelares para garantizar el derecho a recibir educación y evitar la expulsión de personas que se encontraban legalmente en un Estado, v.gr. El 27 de agosto de 1999 la Comisión⁵³ otorgó medidas cautelares en favor de las señoritas Dilcia Yean y Violeta Bosica. La Comisión requirió a República Dominicana “la adopción de las medidas necesarias, a fin de evitar de que fueran expulsadas de su territorio y que *Violeta Bosica no fuera privada del derecho de asistir a clases y de recibir la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana.*” A estas personas se les había negado la nacionalidad dominicana, a pesar

⁵¹ A veces los gobiernos latinoamericanos se han vuelto, irónicamente, maestros para violar derechos en el intento por callar a quienes les cuestionan.

⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos año 1998*, Medidas Cautelares Acordadas por la Comisión durante el año 1998, caso en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Canada11862sp.htm>

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, Medidas Cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante 1999, en [http://www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo3.htm#1.Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión](http://www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo3.htm#1.Medidas%20cautelares%20acordadas%20o%20extendidas%20por%20la%20Comisi%C3%B3n)

de haber nacido en territorio dominicano y que la Constitución de dicho país establece el principio del *ius soli*, y al denegárseles este derecho quedaban expuestas al peligro inminente de ser arbitrariamente expulsadas de su país natal.

Se han otorgado medidas para garantizar el tratamiento médico de personas con SIDA, así, el 29 de febrero de 2000 la Comisión otorgó medidas cautelares en favor del señor Odir Miranda y otros 26 integrantes de la Asociación Atlacatl, portadores del virus del SIDA. La Comisión a través de la medida cautelar dispuso que el Estado salvadoreño “suministrara el tratamiento y los medicamentos antirretrovirales necesarios para evitar la muerte de las 27 personas individualizadas, así como las atenciones hospitalarias, farmacológicas y nutricionales pertinentes que permitieran fortalecer su sistema inmunológico, e impedir el desarrollo de enfermedades”.⁵⁴

La Comisión dictó una medida cautelar solicitando al Estado peruano que dispusiera la inscripción provisional de una lista rechazada. La recurrente había alegando que la decisión del Jurado Nacional de Elecciones que puso fuera de la contienda electoral a su agrupación “Armonía – Frenpol”, violaba el derecho a participar en el proceso político.⁵⁵

2.1.3.7.- No Prejuzgan la Cuestión de Fondo.

De acuerdo con el artículo 25 N^o 4 del Reglamento, el otorgamiento de medidas cautelares no prejuza sobre la cuestión de fondo, porque se trata de medidas provisionales, revocables, cuyo fin es proteger preventivamente un derecho. Se han

⁵⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, Medidas Cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante 1999, en <http://www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo3.htm#1>. Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión

⁵⁵ Resolución de la Comisión de fecha 14 de Febrero de 1995, citada por la Comisión andina de Juristas en *Informe Andino, N^o 99*, Lima, 27 de Febrero de 1995, p. 4, citada por Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano de Protección.....*, p. 378.

dado casos en que la Comisión luego de haber otorgado medidas cautelares, ha decidido la inadmisibilidad del asunto, como en el caso de Steve Shaw, Desmond Taylor, y otros contra Jamaica,⁵⁶ lo cual muestra el carácter únicamente preventivo y revocable de las medidas. Constituye además una pauta que nos indica que su otorgamiento se debe basar solo en una presunción de la existencia de la amenaza o violación del derecho, y que en caso de duda se debe tomar la decisión aplicando el principio *pro homine, pro libertatis*.

En otras ocasiones la Comisión ha dispuesto medidas cautelares a pesar de la existencia de excepciones, incluso de competencia por parte de los estados, como ocurrió en el caso Hilaire vs Trinidad y Tobago, en el que la Corte a pesar de aquello emitió la resolución de medidas provisionales. Siempre será mas sencillo y moralmente justificable el haber otorgado la medida cautelar y luego tener que revocarla, que no otorgarla so pretexto de no aparecer claramente la violación o amenaza de violación del derecho y luego verificar que efectivamente la violación o amenaza existía y que se ha configurado el daño irreparable.

2.2.- Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.2.1.- Soporte Jurídico de las Medidas Provisionales. Base Convencional

A diferencia de lo referido en torno de las medidas cautelares, que no tienen una base convencional expresa, el artículo 63 numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece la competencia de la Corte para disponer medidas provisionales, en dos supuestos:

⁵⁶ Citado por, Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky, *Medidas Cautelares y Provisionales*, en Cristian Courtis, Denise Hauser, Gabriela Rodríguez, comp., *Protección Internacional de Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 86.

Primero: *Casos en conocimiento de la Corte.*- En este primer supuesto, respecto de asuntos que estén en conocimiento de la Corte, se pueden ordenar medidas provisionales de oficio o a petición de parte, según establece el artículo 26 del Reglamento del órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano;

Segundo: *Casos que aun no están en conocimiento de la Corte.*- Este supuesto hace referencia a asuntos que aún no estén sometidos a conocimiento de la Corte, en los que puede actuar solo a solicitud de la Comisión. Como mencionábamos *supra*, no existe un mecanismo que permita, a las presuntas víctimas, solicitar directamente medidas provisionales cuando se trata de asuntos que no están todavía en conocimiento de la Corte. Sin embargo, cabe recalcar que según establece el artículo 24 del Reglamento de la Corte, los presuntos afectados adquieren la condición de parte una vez que ha sido admitida la demanda, y pueden presentar solicitudes dentro del proceso, entre ellas las de medidas provisionales como faculta expresamente el artículo 26 numeral 3 *ibídem*, lo cual constituye un avance sin precedentes, que otorga a las presuntas víctimas la calidad de sujetos de derecho internacional de los derechos humanos durante todo el proceso instaurado ante la Corte, y que antes les estaba vedado, siendo partes únicamente la Comisión y los Estados Parte.

a) Evolución de la Corte en cuanto a medidas provisionales

La Corte ha evolucionado con el tiempo en cuanto a la aplicación de medidas provisionales, así, en un primer momento tuvo una interpretación restrictiva, señalando que las solicitudes de medidas provisionales realizadas por la Comisión, en asuntos que aun no estaban en su conocimiento, debían considerarse de carácter extraordinario y se limitaba a otorgar medidas provisionales solamente en supuestos en los cuales la vida o la integridad física de la persona se encontraba en peligro. Por el contrario, en los

últimos años, la Corte ha ampliado el horizonte de las medidas en análisis en tres direcciones:⁵⁷

Primera: No solo protegen el derecho a la vida e integridad física de las personas

La Corte Interamericana a través de medidas provisionales ha extendido a la protección de derechos más allá del derecho a la vida o la integridad física, así, en la Resolución de Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸ del 18 de Agosto del 2000, en el caso de Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano, contra República Dominicana, se tomaron medidas provisionales para evitar la deportación o expulsión de individuos, permitir el retorno inmediato a República Dominicana de algunas personas, y la reunificación familiar de dos personas con sus hijos menores. La parte resolutive en sus numerales 3, 4 y 5 dispuso:

3. Requerir al Estado de la República Dominicana que *se abstenga de deportar o expulsar de su territorio* a Benito Tide Méndez y Antonio Sension.

4. Requerir al Estado de la República Dominicana que permita el *retorno inmediato* a su territorio de Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras.

5. Requerir al Estado de la República Dominicana que permita, a la mayor brevedad, *la reunificación familiar* de Antonio Sension y Andrea Alezy con sus hijos menores en la República Dominicana.

La Resolución de Medidas Provisionales de la Corte Interamericana del 23 de mayo del 2001, en el caso Periódico “la Nación” contra Costa Rica se *protege la*

⁵⁷ Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky, *Medidas Cautelares y Provisionales*, en Cristian Courtis, Denise Hauser, Gabriela Rodríguez, comp., *Protección Internacional de Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 73

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medidas Provisionales*, en <http://www.corteidh.or.cr/medidas.cfm> (todas las resoluciones que en este acápite se citan son extraídas de la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hacemos esta aclaración para evitar citar la fuente, en casa Resolución que se cita)

libertad de expresión; en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartado, vs. Colombia, de fecha 24 de Noviembre de 2000, protege el derecho a la residencia, así el numeral 5 de la Resolución de medidas provisionales requirió al Estado de Colombia “que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para asegurar que las personas beneficiadas con las presentes medidas *puedan seguir viviendo en su residencia habitual.*”;

La Resolución de Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de Julio del 2004, en el caso Pueblo Indígena de Sarayacu, contra Ecuador, se protege el derecho a la circulación. El numeral 2 de la parte resolutive, ordenó: “Requerir al Estado que garantice el derecho de *libre circulación* de los miembros del pueblo kichwa de Sarayaku.”

En este sentido el cúmulo de derecho que se pueden proteger a través de medidas provisionales es vasto. La Corte no ha limitando la protección solo a ciertos derechos a través de medidas provisionales. Su jurisprudencia nos muestra que estas medidas son procedentes en todos los casos en que concurran las circunstancias dañosas de urgencia y gravedad para el derecho. Al Respecto Cancado Trindade,⁵⁹ refiriéndose a las medidas provisionales, y su aplicación mas allá de los derechos a la vida e integridad personal, ha señalado, “siendo todos los derechos humanos interrelacionados e indivisibles, no parece haber, jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno a que viniera a amparar otros derechos humanos, siempre y cuando se reunieran las precondiciones de la extrema gravedad y urgencia, y de la prevención de daño irreparables, consagrados en el artículo 63(2) de la Convención Americana”.

⁵⁹ Antonio Augusto Cancado Trindade, *Reflexiones Sobre la Evolución y Estado Actual de las Medidas Provisionales de Protección en el Derecho Internacional Contemporáneo*, p. XXIII y XIV, prólogo, Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales y Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Temis S.A., 2005

Segunda: No se protegen solamente a personas individualmente consideradas sino también a colectivos humanos innominados

En este sentido la Corte ha otorgado medidas provisionales colectivas o innominadas, v.gr. La Resolución de Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de Noviembre de 2000, en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartado, contra Colombia, en la parte resolutive, numeral 3 se dispuso: “Requerir al Estado de Colombia que amplíe, sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal *de todos los demás miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartado*” (Cursiva nuestra);

La Resolución de Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de julio de 2004, en el caso de la cárcel de Urso Branco, contra Brasil, que en la parte resolutive, literal a) se requirió al Estado: “Adopte de forma inmediata todas las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad personal *de todas las personas reclusas en la cárcel de Urso Branco, así como de todas las personas que ingresen a ésta, entre ellas los visitantes y los agentes de seguridad [...]*”;

En el caso Pueblo Indígena de Sarayacu, contra Ecuador, la Resolución de Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de Julio del 2004, el numeral 1 de la parte resolutive, ordenó al Estado “que adopte, sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal *de los miembros del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y de quienes ejercen su defensa en los procedimientos requeridos ante las autoridades*”.(Cursiva nuestra).

En todos estos casos se trataba de personas innominadas, pero identificables en función de elementos objetivos, como el área geográfica en la que se encuentran

asentados, la etnia, circunstancia común que atraviesan. De esta forma se ha ampliado en mucho el círculo de las personas protegidas.

Tercera: Las medidas cautelares dispuestas por la Corte son específicas

En este sentido la Corte ha ordenado medidas específicas para que sean adoptadas por parte de los estados sin ningún tipo de dudas ni inconvenientes. No divaga, ni entra en genéricos, sino que puntualiza las acciones que deben tomarse como medida provisional del derecho afectado, v.gr. Caso de Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano, contra República Dominicana, citado anteriormente. De todo lo analizado podemos concluir que las medidas provisionales si bien es cierto son excepcionales pero no de aplicación ni interpretación restrictiva.

2.2.2.- Requisitos de las Medidas Provisionales

El artículo 63, numeral 2 de la Convención Americana, establece: “En casos de *extrema gravedad y urgencia*, y cuando se haga necesario *evitar daños irreparables* a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar ha solicitud de la Comisión.” (Cursiva nuestra) De lo anterior se desprende que los requisitos para que proceda la solicitud de medidas provisionales son, la extrema gravedad y urgencia y la prevención de daños irreparables. Estas condiciones son ratificadas en el artículo 26 numeral 1 del Reglamento de la Corte, que señala, “En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables de las personas, la Corte de oficio o a instancia de parte podrá ordenar medidas provisionales [...]”.

a) Extrema Gravedad y Urgencia.-

Asdrúbal Aguiar-Aranguren,⁶⁰ ex magistrado de la Corte Interamericana, señala que la noción de gravedad parece aludir tanto a la *jerarquía del derecho* humano cuya inminente violación busca ser prevenida o atenuada en sus efectos perjudiciales, y en cuanto a la *importancia de las acciones u omisiones violatorias* que pueden atribuirse al Estado presuntamente responsable. La noción de gravedad se ha de relacionar con hechos o situaciones que pongan en peligro derechos humanos fundamentales, es decir aquellos que bajo ningún aspecto pueden verse menoscabados o limitados en su ejercicio, ni siquiera en situaciones de emergencia constitucional. De este modo la gravedad hace referencia a la necesidad de defensa de los derechos o libertades que la doctrina ha definido como inatacables por mandatos, prohibiciones o acciones.

Sergio García Ramírez,⁶¹ ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose a los requisitos de gravedad y urgencia, señala que:

Extrema gravedad y urgencia implica que existe un riesgo de daño sumamente grave y que resulta apremiante, en virtud de las circunstancias existentes que deben ser apreciables de forma casuística, adoptar sin demora la medida que aparezca necesaria conforme a la hipótesis de riesgo que se contemple. La gravedad del caso no se desprende solamente de la naturaleza mas o menos relevante del bien que se halla en peligro pues, si así fuera, solo habría lugar a la adopción de medidas cuando fuese aquel la vida, la integridad o la libertad, sino de la intensidad del riesgo al que se

⁶⁰ Asdrúbal Aguiar – Aranguren, *Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Rafael Nieto Navia, editor, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, CIDH, 1994, p. 25, citado por Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales....*, p. 211.

⁶¹ Sergio García Ramírez, *Medidas Precautorias*, en, *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, México, UNAM, 2002, p. 130, citado por Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales....*, p. 213.

sujeta el bien tutelado, cualquiera que sea identidad de este. Así las cosas, se abre la posibilidad de disponer medidas cautelares respecto de cualquier derecho reconocido por la Convención.

La gravedad de la amenaza o vulneración, lleva implícita la condición de urgencia, estos dos requisitos están íntimamente ligados, pudiendo decirse que tienen una relación de causa – efecto, como se trata de una amenaza o violación grave del derecho, es por lo mismo urgente. En este sentido la urgencia es un presupuesto objetivo de concesión de medidas cautelares y/o provisionales íntimamente ligado con el requisito de gravedad.

b) Necesidad de evitar daños irreparables

García Ramírez,⁶² comentando este requisito enseña:

La irreparabilidad del daño que se originaría, alude a la imposibilidad de rescatar, preservar o restituir el bien amenazado a través de alguna medida posterior a la lesión causada. Hay hipótesis en que es obvia la irreparabilidad del daño, como sucede cuando este consiste en la pérdida de la vida o el menoscabo de la integridad física. En otros supuestos, generalmente relacionados con asuntos patrimoniales, suele existir la posibilidad de reparar el daño causado.

⁶² Sergio García Ramírez, *Medidas Precautorias*, en, *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, México, UNAM, 2002, p. 130, citado por Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales...*, p. 214.

En un primer momento, en el Sistema Interamericano este requisito se interpretó de manera extremadamente estricta señalándose que se trata de una condición que solo puede ser aplicada o encontrarse respecto de ciertos derechos, como el derecho a la vida, integridad física y libertad, y que en la vulneración del resto de derechos no existe esta condición de que su afección sea irreparable, por lo que las medidas cautelares y/o provisionales eran procedentes solo respecto de esos derechos mencionados. Este es un punto de vista superado, en cuanto se señala que todos los derechos están íntimamente relacionados y son de carácter indivisible, por lo que si concurren los requisitos de gravedad y urgencia nos encontraremos ante la posibilidad de que se produzcan daños irreparables en el derecho.

2.2.3.- Aspectos procesales de las medidas provisionales

Según establece el artículo 26 numeral 4 y siguientes del Reglamento de la Corte, la solicitud de medidas provisionales puede ser presentada al Presidente, a los jueces o a la Secretaría de la Corte, por cualquier medio de comunicación, puede por lo tanto presentarse solicitudes vía fax, correo convencional o electrónico, e incluso una llamada telefónica, en casos de extrema gravedad, como bien señala Rey Cantor,⁶³ lo cual es obvio ya que se tratan de casos de extrema gravedad y urgencia, en que la necesidad impone que se actúe sin formalismos, haciendo prevalecer el principio del informalismo procesal.

Si la Corte no está reunida, el Presidente en consulta con la Comisión Permanente y de ser posible con los demás jueces, debe disponer las llamadas *providencias urgentes*, a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que puede tomar la Corte durante el próximo período de sesiones ordinario. Aquí

⁶³ Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, Medidas Provisionales..., p. 217

encontramos dos supuestos: la Corte se encuentra reunida y luego de verificar las condiciones o requisitos de extrema gravedad y urgencia y evitar daños irreparables, dicta las medidas provisionales; si ésta no se encuentra reunida se le faculta al Presidente para que en consulta con la Comisión Permanente dicte las medidas urgentes, lo que consideramos acertado dada la naturaleza de la Corte, cuyos jueces no están permanentemente en su seno y el hecho de que las violaciones de derechos se dan sin previo aviso. Ésta es una práctica común, en muchas ocasiones los Presidentes de la Corte han ordenado medidas urgentes que han sido ratificadas luego por el pleno. Es facultativo de la Corte o su Presidente convocar a las partes a una audiencia para tratar sobre las medidas provisionales, no obstante una vez adoptadas las medidas provisionales se suele pedir a los estados informes sobre las medidas adoptadas.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la adopción de las medidas provisionales o urgentes ordenadas por el Presidente de la Corte no supone necesariamente un proceso contradictorio, ni la demostración de lo argüido. Para su aplicación ha bastado lo que en la doctrina se ha denominado apariencia del buen derecho o *fumus bonis iuris*. No se ha exigido una prueba concluyente, basta un cierto grado de verosimilitud del derecho, de evidencia de que se está ante un caso, que reúne los requisitos de procedencia de las medidas provisionales: extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables. Esto se justifica por las condiciones especiales de vulneración del derecho y porque las medidas provisionales no constituyen una decisión sobre el fondo del asunto. Sobre el tema a modo de ejemplo, en la Resolución de Medidas Provisionales del 30 de Abril del 2009, en el caso Fernández Ortega y otros, contra México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el considerando 14 indicó: “Que el estándar de apreciación *prima facie* en un caso y la aplicación de presunciones

ante las necesidades de protección han llevado a la Corte Interamericana a ordenar medidas en distintas ocasiones”.⁶⁴

Si el caso no está en conocimiento de la Corte, la Comisión puede solicitar medidas provisionales, sin que sea necesario para la solicitud y otorgamiento de estas medidas que la Corte conozca del caso previamente o que llegue a conocerlo, por ejemplo los casos Chunimá, Colotenango, Bustíos Rojas, Chipoco, no estuvieron en conocimiento de la Corte, ni llegaron a estarlo. Al respecto Faúndez Ledesma,⁶⁵ señala: “teniendo en cuenta que en el derecho interno de los Estados este tipo de medidas constituye un incidente dentro de un procedimiento ya iniciado, hay que subrayar la muy amplia competencia que se ha conferido a la Corte para disponer medidas incluso en casos que aún no han sido sometidos a consideración de la Corte y que podría no serlo nunca”. Se entiende este proceder ya que se tratan de casos de extrema gravedad y urgencia y se busca evitar daños irreparables, en los que los análisis de cuestiones de fondo no se dan debido al objetivo que se busca con el otorgamiento de las medidas provisionales.

Una vez adoptadas las medidas provisionales, la Corte ha establecido un mecanismo de monitoreo continuo del cumplimiento de las mismas por parte de los Estados, requiriendo de éstos informes periódicos sobre las medidas tomadas para su cumplimiento, y solicitando a la Comisión realice observaciones sobre los informes presentados por los Estados. Cabe aclarar, que en éste estado también las presuntas

⁶⁴ V.gr. Cfr. *Asunto del Internado Judicial de Monagas (“La Pica”)*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2006, Considerando vigésimo segundo; *Asunto Adrián Meléndez Quijano y otros*. Medidas Provisionales respecto de El Salvador. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de mayo de 2007, Considerando décimo primero. *Caso Mack Chang y otros*. Medidas Provisionales respecto de Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de enero de 2009, Considerando trigésimo segundo.

⁶⁵ Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano de Protección.....*, p. 510.

víctimas pueden hacer observaciones a los informes presentados por los Estados sobre el cumplimiento de las medidas dispuestas, según establece el artículo 26, numeral 7 del Reglamento de la Corte. De esta manera la Corte no se limita únicamente a disponer las medidas, sino y sobre todo a verificar que las mismas se cumplen en la realidad, entendiendo que no se hace justicia solo con dar una orden judicial, sino cuando la misma se verifica, se objetiviza y se convierte en una realidad de protección vivida por parte de las víctimas.

Las medidas provisionales, como su nombre señala tienen éste carácter, no obstante en el Sistema Interamericano, específicamente la Corte las ha mantenido por años, mientras estén presentes los requisitos analizados anteriormente de extrema gravedad, urgencia y la necesidad de evitar daños irreparables a las personas, v.gr. Caso Chunimá, Colotenago, Carpio Nicolle; en otra ocasiones, como en el caso Caballero Delgado y Santana, la corte ha mantenido las medidas provisionales, incluso luego de haberse emitido la sentencia. Al respecto Faúndez Ledesma⁶⁶ indica: “Independientemente de que al momento de su adopción la Corte pueda haber indicado un lapso para su duración, en todo momento la vigencia de las medidas provisionales debe estar justificada por la estricta necesidad de las mismas para evitar daños irreparables a las personas; en consecuencia, la duración de estas medidas pueden prorrogarse cuando subsistan las circunstancias que las motivaron”.

En este sentido existe unanimidad de criterios entre los diferentes autores y la Corte, las medidas provisionales se mantienen mientras subsistan las condiciones que dieron lugar a su otorgamiento. Así éstas medidas dejan de ser solamente instrumentales a un proceso o a una sentencia, ya no son exclusivamente un mecanismo que sirve para garantizar la eficacia del proceso o de una eventual sentencia estimatoria, se convierten

⁶⁶ Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano.....*, p. 581.

en un mecanismo autónomo de protección preventiva de los derechos humanos. Si existe o llega a existir un proceso por añadidura garantizarán que la decisión definitiva tenga sentido práctico, pero las medidas cautelares en cuanto protección de derechos humanos y/o fundamentales, van más allá, buscan asegurar la vigencia del derecho, con carácter preventivo, porque no constituye una decisión de naturaleza definitiva, pero su fin no es lograr solamente que el proceso tenga sentido y que la sentencia no pierda su utilidad práctica, sino asegurar el derecho, protegerlo preventivamente. Esta protección puede ser de unos días o de muchos años, incluso después de dictada la sentencia definitiva si las condiciones dañosas se mantienen en el tiempo.

Al igual que las medidas cautelares, las medidas provisionales dictadas por la Corte no prejuzgan sobre los méritos de la petición sometida a la Comisión o de la demanda introducida ante la Corte, el otorgamiento de las medidas provisionales no puede considerarse como una sentencia provisional, siempre se tratará de una medida preventiva del derecho, no decidora del derecho, propio de los procesos de conocimiento.

Creemos que sobre el carácter obligatorio de las medidas provisionales no cabe discusión, toda vez que éstas tienen una base convencional, como señalamos *supra*, y se pronuncia respecto de los Estados partes de la Convención y que han aceptado expresamente la competencia contenciosa de la Corte. “Por lo tanto el acatamiento de las medidas provisionales no es solamente el resultado de consideraciones prácticas, dirigidas a evitar una publicidad adversa, sino la consecuencia del deber jurídico que tienen los Estados de cumplir sus compromisos internacionales”.⁶⁷

⁶⁷ Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano.....*, p. 587

Los Estados en su mayoría han respetado las medidas provisionales ordenadas por la Corte, existiendo un solo precedente de incumplimiento de medidas provisionales en el caso James y otros por parte de Trinidad y Tobago. Cabe comentar que ha existido por parte de los Estados un respeto mayor, -si podemos decir así- a las decisiones de medidas provisionales dictadas por la Corte, que sobre las medidas cautelares dispuestas por la Comisión, “de hecho en los últimos tiempos, todas las solicitudes de medidas provisionales a la Corte han sido precedidas de medidas cautelares incumplidas”,⁶⁸ así la Comisión, como mecanismo de presión, en alguna oportunidad había señalado, que si las medidas cautelares requeridas no eran adoptadas en el plazo de 10 días, se verían obligados a solicitar medidas provisionales a la Corte, como efectivamente ocurrió.⁶⁹

No vamos a profundizar en este tema, por no ser motivo expreso de nuestro estudio, sin embargo cabe recalcar que las medidas cautelares y provisionales tienen un contenido común indiscutible. Ambas son, si podemos decirlo sin mayor elegancia, la misma cosa, no se trata de instituciones contrapuestas o irreconciliables, más bien todo lo contrario, son instituciones complementarias. Si las medidas cautelares ordenadas por la Comisión producen el efecto esperado, es decir evitan o suspenden la violación del derecho no habrá necesidad de recurrir a la Corte a solicitar medidas provisionales. Por el contrario si no tienen el efecto esperado o no son acatadas por los Estados habrá que recurrir a la Corte y solicitar medidas provisionales, convirtiéndose el irrespeto a la medida cautelar ordenada por la Comisión un elemento de juicio más con el que contará la Corte para el otorgamiento de las medidas solicitadas.

⁶⁸ Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky, *Medidas Cautelares y Provisionales*, en Cristian Courtis, Denise Hauser, Gabriela Rodríguez, comp., *Protección Internacional de Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 85

⁶⁹ Caso penales peruanos, citado por Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano.....*, p. 518

La aplicación de las medidas cautelares y provisionales han ido cobrando paulatinamente una creciente importancia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Desde un primer momento en que su aplicación e interpretación era un tanto restrictiva por parte de la Corte, como denota el criterio de Fix-Zamudio, que recomendó “establecer algunas reglas generales para evitar que proliferen las solicitudes de medidas cautelares”,⁷⁰ hasta convertirse en un instrumento si bien es cierto excepcional de protección preventiva de derechos, pero no de carácter restrictivo, con un uso progresivo, cada vez mayor de medidas provisionales, alcanzando así mismo, un número, cada vez mayor de personas protegidas. Igualmente, en el trascurso de estos años la jurisprudencia internacional ha ido clarificando la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, como un mecanismo autónomo de protección de derechos, de carácter esencialmente preventivo, indicadas u otorgadas sin perjuicio de la decisión final en cuanto al fondo del asunto.⁷¹

En resumen, tanto las medidas cautelares y provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, son un mecanismo de protección preventiva de derechos humanos, que no decide el fondo del asunto, por ello su otorgamiento no presupone un conocimiento pleno, ni hay en principio una exigencia de pruebas, se actúa únicamente en base al *fomus bonus iuris*, consecuencia de esto solo tienen un carácter provisional, siendo susceptibles de ser revocadas una vez que ya no existan las condiciones de extrema gravedad y urgencia que motivaron su otorgamiento. Su trámite, empezando desde la solicitud, hasta la concesión no reviste formalidad alguna, lo que se justifica a la luz del objetivo que persiguen, el cual es evitar un daño

⁷⁰ Héctor Fix-Zamudio, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derecho Humanos de 14 de diciembre de 1992, sobre las medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana, citado por Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano de Protección.....*, p. 514.

⁷¹ Antonio Augusto Cancado Trindade, *Reflexiones sobre la Evolución y Estado Actual de las Medidas Provisionales de Protección en el Derecho Internacional Contemporáneo*, p. XVIII, prologo, Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey, *Medidas Provisionales....*

irreparable. Si bien es cierto en la generalidad de los casos han estado encaminadas a proteger especialmente los derechos a la vida e integridad física, ello no ha sido impedimento para que tanto la Comisión como la Corte amplíen el radio de derechos protegidos por este tipo de medidas. De esta manera las medidas provisionales aplicadas al ámbito de protección de derechos humanos se liberan del formalismo jurídico existente en las medidas cautelares en el derecho tradicional, tales medidas además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos humanos en la medida que buscan evitar daños irreparables a las personas.

CAPITULO TERCERO

Medidas Cautelares como Instrumento de Protección de Derechos Constitucionales en el Ecuador.

En el presente capítulo haremos un análisis de la regulación ecuatoriana de las medidas cautelares autónomas, institución que se encuentra contemplada en el artículo 87 de la Constitución, que reza: “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.

Esta institución, así establecida y con ese fin específico es totalmente nueva en nuestro país. No decimos que antes de dicha norma no habían medidas cautelares en Ecuador, así en los procesos civiles, penales, e incluso constitucionales, siempre concurrieron medidas cautelares, pero no existió una regulación de medidas cautelares como institución autónoma de protección preventiva de derechos humanos y/o fundamentales. Esto sin duda, es una novedad jurídica, que está inspirada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con las medidas cautelares dictadas por la Comisión y las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana, siendo este el antecedente más visible e inmediato del actual sistema ecuatoriano de medidas cautelares autónomas establecidas por la Constitución y desarrolladas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

3.1.- Finalidad de las Medidas Cautelares

El artículo 87 de la Constitución señala que “Se podrán ordenar medidas cautelares [...] con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”; a su vez el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece:

Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. (Cursiva nuestra)

Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrá ordenar medidas privativas de la libertad.

Esta disposición está en armonía y debe ser analizada conjuntamente con el artículo 87 de la Constitución e inciso segundo del artículo 6 de la Ley *ibídem*, que establece: “Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”

a) Derechos Protegidos.- De las regulaciones transcritas encontramos en primer lugar que la Constitución y la Ley, de un modo genérico, hacen referencia a las medidas cautelares como instrumento de protección de *derechos*, creemos que al hacerlo se refiere a los derechos humanos y derechos constitucionales sin excepción. El artículo 26 de la Ley hace una distinción más precisa y menciona expresamente que las medidas cautelares son un instrumento de protección preventiva de los derechos regulados en la Constitución y los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, se ratifica

así, que la protección de las medidas cautelares está dada a los llamados derechos humanos y constitucionales.⁷² Sin embargo, a la luz del artículo 11, numeral 7 de la Carta Suprema, que reza: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos, y nacionalidades [...]”, las medidas cautelares son un instrumento de protección de todos los derechos que se derivan de la dignidad humana, así no estuvieren expresamente formulados en la Constitución o Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Al respecto el anterior Tribunal Constitucional, en la Resolución N^o 022-2002-RA, refiriéndose al artículo 19 de la Constitución del 98, que tenía una regulación similar a la transcrita en el párrafo anterior, comentó: “Con esta disposición, la Norma Suprema declara que no es taxativa la lista de derechos fundamentales que reconoce, sino que tal reconocimiento está abierto a otros que se fundan en la misma naturaleza del ser humano”.⁷³

De todo lo anterior se desprende que tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional extiende el beneficio de las medidas cautelares a todos los derechos constitucionales, sin salvedad: todos en efecto pueden ser amenazados o lesionados en forma grave y en todos los casos puede

⁷² Pablo Peres Trems, señala que si bien es cierto la expresión derechos humanos y fundamentales se las suele utilizar como sinónimas, son diferente según la perspectiva jurídica desde las que se aborda, así la expresión de *derechos humanos* suele encontrarse utilizada desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional y que la expresión *derechos fundamentales*, tiende a reservarse refiriéndose a aquellos derechos reconocidos por la constitución de un ordenamiento jurídico estatal concreto, por lo que podría afirmarse -dice- que los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados. Pablo Pérez Tremps, *Los Derechos Fundamentales*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 10

⁷³ Primera Sala. Resolución N^o 022-2002-RA, citada por, Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2006, p. 123.

plantearse la inminencia y gravedad del daño; todos los derechos humanos están interrelacionados y son indivisibles, por lo que no hay jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno para que todos sean objeto de protección a través de las medidas cautelares,⁷⁴ siempre y cuando se reúnan las condiciones exigidas por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para el efecto. De esta forma las medidas cautelares “son un escudo para la protección integral del conjunto de los derechos”.⁷⁵

Como vimos en el capítulo anterior este criterio es el que en la actualidad es aplicado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el que en un primer momento se pensó en la utilización de medidas cautelares solamente para proteger los derechos a la vida, integridad física y libertad personal, ya que se partía del criterio que solo éstos pueden ser afectados de manera irreparable o irreversible, no obstante en el presente la aplicación de este tipo de medidas se ha extendido a otros derechos. Se ha flexibilizado la interpretación anterior en pro de la vigencia de los derechos humanos, que se han entendido como un todo indivisible e interrelacionado. Así, las medidas cautelares han sido utilizadas para proteger derechos a la propiedad, la libertad de expresión, el derecho a reingresar al territorio del estado del cual se es nacional,⁷⁶ entre otros, ampliándose la cobertura de los derechos protegidos, sin otro límite que la concurrencia de los requisitos exigidos en el Sistema Interamericano: gravedad, urgencia y la irreparabilidad del daño.

Hacemos esta puntualización respecto de los derechos que son susceptibles de protección a través de las medidas cautelares a fin de evitar interpretaciones restrictivas,

⁷⁴ Antonio A. Cancado Trindade, *Reflexiones sobre la Evolución y Estado Actual de las Medidas Provisionales de Protección en el Derecho Internacional Contemporáneo*, prólogo, en Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales*..., p. XXIII y XXIV

⁷⁵ Sergio García Ramírez, *Reflexiones sobre las Medidas Provisionales en la Jurisdicción Interamericana*, presentación, en Ernesto Rey y Ángela Rey, *Medidas Provisionales*... XXXIX.

⁷⁶ Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano*..., p. 379.

que quieran entender que los requisitos de procedencia de estas medidas: inminencia y gravedad del daño, son concurrentes sólo en ciertos derechos, como la vida, por ejemplo. Creemos que si coexisten los presupuestos de Ley mencionados, las medidas cautelares pueden ser solicitadas y sobre todo otorgadas para proteger cualquiera de los derechos humanos y/o constitucionales, sin excepción alguna.

b) Objeto de las medidas cautelares.- Según establece el artículo 26 de la Ley que estamos comentando las medidas cautelares tienen *por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos*, así éstas medidas se podrían solicitar en cuatro circunstancias, cuyo objeto sería:

Primera: evitar la amenaza;

Segunda: cesar la amenaza;

Tercera: evitar la violación, y

Cuarta: cesar la violación del derecho.

La redacción de la Ley en este aspecto nos genera un poco de dudas. Consideramos que los supuestos tercero y cuarto, evitar la violación y/o cesar la violación del derecho tiene sentido en cuanto objeto de las medidas cautelares, también lo tiene el supuesto segundo: cesar la amenaza del derecho, sin embargo cuando se habla de evitar la amenaza, como objeto de protección de la medida cautelar creemos que se trata de un supuesto incierto, difícilmente justificable.

Amenaza es un “dicho o hecho con que se da a entender el propósito mas o menos inmediato de causar un mal”,⁷⁷ o en un sentido corriente, amenaza es dar a

⁷⁷ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, 25ª edición, p. 272.

entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro, afectado el derecho que las personas tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida.⁷⁸ En este sentido la amenaza es algo que debe existir en la realidad al momento de solicitar las medidas cautelares, por esto el supuesto de “cesar la amenaza” es correcto, se cesa lo que existe, en este caso la amenaza. Cuando hablamos de “evitar la amenaza” nos encontramos ante un supuesto incierto. Antes de la amenaza del derecho no hay afección del derecho en ningún sentido, como evitamos algo que aún no sucede objetivamente.

Creemos que hay dos momentos en la violación o afección del derecho:

1.- El de la amenaza del derecho, en el que evitamos, a través de la medida cautelar, que la violación se consuma; y

2.- El de la violación del derecho, en el que interrumpimos o cesamos la violación a través de la medida.

En estos dos supuestos deben concurrir elementos objetivos que den *indicios* al juzgador de que la amenaza o violación del derecho existen. Sin embargo, al hablar de *evitar la amenaza*, -como hace la Ley- entramos en un supuesto poco objetivo y creemos que la regulación debió decir que las medidas cautelares tendrán por objeto *cesar la amenaza* – ya que la amenaza existe- y *evitar o cesar la violación del derecho*, o simplemente, como bien lo hace la el artículo 6 de la Ley en mención, continuar señalando que la finalidad de las medidas cautelares es “prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”. En cuyo caso se hace referencia a los dos momentos que comentamos *supra*: el de la amenaza del derecho, en el que a través de la medida

⁷⁸ Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales....*, p. 167.

prevenimos, impedimos la violación del mismo, y el de la violación del derecho en cuyo caso se buscará suspender o interrumpir la violación del derecho.

De lo observado, nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece como finalidad de las medidas cautelares tanto evitar o cesar la *amenaza* o *violación* del derecho, por lo que cabe diferenciar conceptualmente una y otra. La Corte Constitucional Colombiana⁷⁹ refiriéndose a la amenaza y violación ha señalado:

La violación lleva implícito el concepto de daño o perjuicio. Se vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado: se amenaza un derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua. En el primer caso la persona afectada ya ha sido víctima de la realización ilícita. En el segundo, por el contrario, la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de un daño. Con respecto al término amenaza es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de elección, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

Finalmente, cuando la violación del derecho ya tuvo lugar, el acto dañoso se ejecutó, la medida cautelar buscará suspender, cesar, interrumpir la violación del derecho. En este supuesto las medidas cautelares solo serían aplicables a aquellos casos de violaciones de derechos que persisten y se mantienen en el tiempo, solo estas violaciones son susceptibles de ser suspendidas, v.gr. la denegación de justicia, la desaparición forzada de personas, la imposibilidad de comunicarse, la vulneración de la

⁷⁹ Corte Constitucional Colombiana, sentencia T-225, de 15 de Julio de 1993, citado por Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales...*, P. 168.

libertad de expresión, entre otras. No hay medidas cautelares respecto de aquellas violaciones que no se extienden en el tiempo, o que son instantáneas. Las medidas cautelares solo actúan previniendo, evitando la violación o suspendiendo la violación, nunca a posteriori.

Al respecto Ramiro Ávila⁸⁰ señala que para entender la finalidad de las medidas cautelares hay que tomar en cuenta la división del tiempo, el antes, durante y después de la violación del derecho.

La medida cautelar debe operar siempre en el *antes* de la violación del derecho. La idea es prevenir que se provoque el daño grave a través de la violación del derecho. En este supuesto al no haber violación de derechos tampoco habrá lugar para plantearse una acción posterior, por ejemplo la acción de protección;

También las medidas cautelares se pueden solicitar *durante* la violación del derecho, por ejemplo en casos de tortura. La idea en este imaginario es frenar, detener la violación del derecho y al haberse producido la violación de un derecho se puede presentar la medida cautelar mas la acción constitucional correspondiente. En este caso es aplicable la regulación establecida en el inciso segundo del artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que da la posibilidad que la petición de medidas cautelares se interponga conjuntamente con las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución.

Después de la violación del derecho no caben las medidas cautelares, solo sería procedente la acción correspondiente v.gr. la acción de protección.

En este sentido a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho, como el civil por ejemplo, en el que las medidas cautelares están orientadas a garantizar la

⁸⁰ Entrevista, Ramiro Ávila, Quito, 23 de Septiembre del 2009.

eficacia de los resultados del proceso, o la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, en el marco de los derechos humanos y fundamentales el propósito de las medidas cautelares es preservar esos derechos de las personas, su función es proporcionar un remedio temporal a quien alega ser víctima de una violación de un derecho. Así, la función de las medidas cautelares aplicadas al ámbito de la protección de derechos constitucionales va mas allá de la función propia del derecho tradicional, por cuanto, además de su carácter esencialmente preventivo, ellas protegen efectivamente derechos fundamentales, en la medida que buscan evitar daños irreparables.⁸¹

3.2.- Requisitos que deben configurarse para la procedencia de las medidas cautelares.

La Constitución no se refiere en su regulación de medidas cautelares a los requisitos que deben configurarse para la procedencia de las mismas, éstos se encuentran reglados en el artículo 27 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que reza:

Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tengan conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de *modo inminente y grave* con violar un derecho o viole un derecho. (Cursiva nuestra)

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

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

⁸¹ Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano...*, p. 529

En la regulación transcrita, encontramos básicamente dos condiciones o requisitos para la procedencia de las medidas cautelares: a) la inminencia y b) la gravedad. La posibilidad de daños irreversibles así como la intensidad o frecuencia de la violación, según la redacción del artículo citado, son elementos indicativos de la gravedad de la violación del derecho, no un requisito más de procedencia.

a) **La Inminencia.**- Según Cabanellas,⁸² inminencia es la “proximidad, inevitable por lo común de un mal”. De modo general la inminencia hace referencia a un hecho futuro que amenaza suceder prontamente. Pero Jurídicamente, la inminencia de daño grave no solo atañe a hechos futuros sino también a hechos que están ocurriendo. La inminencia implica que el daño no es eventual ni remoto. Lo eventual es lo que pueda suceder pero que no existe certeza o mayor seguridad que suceda, se trata de una contingencia, lo remoto es lo lejano. Así un hecho ocurrido hace tres años y que en su momento ocasionó daño grave no reúne las características de inminencia, por lo que no podrá ser protegido de ninguna manera por una medida cautelar sino por un proceso de conocimiento.⁸³ Esta afirmación se halla vinculada y guarda armonía con lo señalado *supra* en el sentido que las medidas cautelares nunca operan en el “después” de la violación del derecho. Siempre están orientadas a evitar la violación o suspenderla cuando se trata de violaciones que se mantienen en el tiempo.

El artículo 29 de la Ley *ibídem* establece que las medidas cautelares deben ser ordenadas de manera inmediata y urgente. Los jueces si las consideran pertinentes deben ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que reciben la petición. Esta urgencia con la que se deben otorgar las medidas cautelares se deriva de la inminencia

⁸² Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual....*, p. 425

⁸³ Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional....*, p. 126, 127.

del daño grave, de modo que cualquier demora resulta peligrosa (*periculum in mora*). Es la naturaleza de la emergencia, la inminencia del daño, la que hace imposible acudir a vías ordinarias de la justicia, o esperar la decisión final del asunto, por lo que se requiere la adopción de acciones inmediatas que eviten o suspendan el daño grave. A modo de ejemplo: el asesinato de uno de los testigos claves por la rendición de su testimonio, configuraría la inminencia del daño grave para el resto de testigos, para quienes las medidas cautelares serían una opción de protección.

b) La Gravedad.- Para la procedencia de las medidas cautelares se necesita de un daño calificado como grave. Se trata de medidas excepcionales cuya utilización se justifican cuando existe una amenaza o violación grave del derecho, a la que no se puede hacer frente con las garantías ordinarias existentes, dada la inminencia del daño grave. La gravedad de la amenaza debe ser la consecuencia de un peligro real, no meramente hipotético, y la violación del derecho debe ser de aquellas que se mantienen o persisten al momento de la solicitud de las medidas cautelares a fin de que las mismas, las puedan suspender o interrumpir.

Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, expone: “gravedad es un peligro o dificultad considerable”; el anterior Tribunal Constitucional, lo entendió, según la resolución del caso signado con el N° 0711-2003-RA,⁸⁴ de la siguiente manera: “El daño grave se determina cuando el efecto que ha de producir el acto ilegítimo es grande, cuantioso o casi permanente, es decir, cuando la declaración de voluntad del accionado produce o va a producir una lesión real en el derecho o los derechos del accionante o administrado y sus efectos son perjudiciales en gran medida”

⁸⁴ Citado por Ramiro Rivadeneira Silva, *La Acción de Amparo Constitucional*, en Rafael Oyarte Martínez, coord. *Procesos Constitucionales en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, p. 104.

Sergio García Ramírez,⁸⁵ comentando este requisito señala:

Extrema gravedad y urgencia implica que existe un riesgo de daño sumamente grave y que resulta apremiante, en virtud de las circunstancias existentes que deben ser apreciables de forma casuística, adoptar sin demora la medida que aparezca necesaria conforme a la hipótesis de riesgo que se contemple. La gravedad del caso no se desprende solamente de la naturaleza más o menos relevante del bien que se halla en peligro pues, si así fuera, solo habría lugar a la adopción de medidas cuando fuese aquel la vida, la integridad o la libertad, sino de la intensidad del riesgo al que se sujeta el bien tutelado, cualquiera que sea identidad de éste. Así las cosas, se abre la posibilidad de disponer medidas cautelares respecto de cualquier derecho reconocido por la Convención.

El inciso segundo del artículo 27 de la Ley en mención establece que “*se considerará grave* cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación”. Un *daño irreversible*, sería aquel en el que existe la “imposibilidad de rescatar, preservar o restituir, el bien amenazado a través de alguna medida posterior a la lesión causada [...]”.⁸⁶ Vale hacer notar que en el sistema interamericano, la noción de *daños irreparables* es un requisito más de procedencia de las medidas cautelares, entre nosotros se trata de un elemento que serviría para establecer los casos en que una violación podría considerarse grave.

⁸⁵ Sergio García Ramírez, *Medidas Precautorias*, en, *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, México, UNAM, 2002, p. 130, citado por Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales....*, p. 213.

⁸⁶ Sergio García Ramírez, *La Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Actualidad y Perspectiva*, México, UNAM, 2000, p. 309, citado por Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales....*, p. 214

Sin embargo, cabe recalcar que el artículo 27 de la Ley *ibídem*, comentado en el párrafo anterior, en su inciso segundo, no establece “se considera grave *cuando ocasione* daños irreversibles”, el artículo reza: “se considerará grave cuando *pueda ocasionar* daños irreversibles [...]”. Utiliza el subjuntivo⁸⁷ *pueda*, que indica posibilidad. De tal forma que el requisito de daños irreversibles no es una condición obligatoria para definir si se está ante una situación de gravedad, lo cual nos parece coherente, con la definición constitucional y legal de las medidas cautelares como un instrumento de protección preventiva de *todos* los derechos, humanos y/o constitucionales, e incluso de aquellos que, aunque no regulados expresamente en la Constitución o tratados internacionales se deriven de la dignidad humana, ya que en *stricto sensu* la noción de “daños irreversibles” pudo entenderse como coexistente solo respecto de ciertos derechos, v.gr. derecho a la vida. Al no establecerlo como requisito de procedencia creemos que se evita ese error interpretativo.

Si la violación o amenaza de violación de un derecho debiera considerarse grave exclusivamente cuando se está ante la posibilidad de causar daños irreversibles al derecho, entonces como bien señala Faúndez Ledesma,⁸⁸ las medidas cautelares solo procederían respecto de ciertos derechos ya que “un daño irreparable para las personas solo puede ser el resultado de una violación de su derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal y probablemente de la violación de las garantías judiciales que tengan una incidencia directa sobre el disfrute de esos derechos”. De esta forma se correría el riesgo de limitar el universo de derechos a ser protegidos preventivamente a través de las medidas cautelares, y podríamos terminar dando a las medidas cautelares un carácter residual que no lo tiene.

⁸⁷ Subjuntivo/va: Se dice del modo del verbo con significación de duda, posibilidad o deseo. Diccionario Consultor ESPASA, Madrid, Editorial Espasa Calpe, S.A., 1998, p. 349.

⁸⁸ Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano de Protección...*, p, 544.

De igual manera *la intensidad o frecuencia de la violación* son aspectos que nos sirven de pauta para definir la gravedad de la violación. Según el Diccionario de la Real Academia Española,⁸⁹ intensidad “es el grado de fuerza con que se manifiesta un agente natural, una magnitud física, una cualidad, una expresión, es la vehemencia de los afectos del ánimo; frecuencia es la “repetición mayor o menor de un acto o de un suceso”; Cabanellas refiriéndose a intensidad señala: “grado de fuerza, energía, vehemencia”⁹⁰.

En este sentido la intensidad de la violación hace referencia a la magnitud de la amenaza o violación del derecho. Creemos que este supuesto encierra dos nociones, por un lado el valor, la categoría del derecho violado o amenazado y por otro la fuerza impetuosa con que se afecta ese derecho.

La frecuencia de la amenaza o violación hace relación a la repetición de estos actos dañosos para el derecho. Vale la pena aclarar que el juez no ha de exigir que haya repetición en la amenaza o violación para conceder una medida cautelar, sino que debe considerar a ésta –la frecuencia- como un elemento que le servirá de pauta para establecer que está ante una amenaza o violación grave del derecho. La redacción del artículo de la Ley que estamos comentando nos permite colegir que se tratan de supuestos que deben evaluarse a la luz de las circunstancias, no son una camisa de fuerza. El legislador ha establecido pautas para que los jueces las apliquen tomando en cuenta las situaciones fácticas de cada caso.

c) Medidas cautelares no residuales.- Otro aspecto que hay que resaltar es que las medidas cautelares no tienen un carácter residual, así el artículo 27 de la Ley que se analiza en este numeral establece que las medidas cautelares proceden, cuando los

⁸⁹ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, en www.rae.es

⁹⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual...*, p. 355

jueces tengan conocimiento de un *hecho* por parte de *cualquier persona* que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un *derecho*.

A diferencia de lo que ocurre con otras garantías jurisdiccionales, que protegen derecho específicos, como por ejemplo el hábeas corpus, el habeas data, las medidas cautelares son instrumentos de protección preventiva de todos los derechos, ya que cualquier derecho –como habíamos comentado anteriormente- está en la posibilidad de ser afectado de modo inminente y grave. Además los derechos humanos se encuentran interrelacionados entre si de tal forma que establecer distinciones innecesarias para la protección de derechos a través de una medida cautelar terminaría siendo atentatorio a los derechos constitucionales.

Otras garantías proceden en ciertos casos específicos, y respecto de actuaciones de las autoridades o de los particulares, siempre y cuando concurren ciertas circunstancias, como en el caso de un particular, que preste un servicio público, v.gr. la acción de protección. En cambio las medidas cautelares proceden contra actos de *cualquier persona*, sea pública o privada, naturales o jurídica, siempre y cuando la amenaza o violación del derecho reúna las condiciones de inminencia y gravedad.

Las medidas cautelares no son residuales ni subsidiarias, ya que no es necesario para su solicitud, la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial para prevenir o suspender la violación, tampoco se requiere haber agotado otras vías de impugnación. El carácter no residual de las medidas cautelares es coherente con el objeto que persiguen: proteger preventivamente el derecho, ya sea evitando la violación o suspendiendo la violación del derecho. Si los jueces deben de manera urgente ordenar una medida cautelar debido a la inminencia del daño grave, por el peligro que existe en la demora, exigir al recurrente que demuestre que no hay otro mecanismo de defensa del

derecho, u obligarlo a acudir a tal mecanismo, o exigir que se agoten otras vías de impugnación, sería totalmente absurdo, sería ir contra la esencia y finalidad de estas medidas. Por esta razón las medidas que se analizan no son residuales, son preventivas, ya que buscan prevenir o suspender la violación de un derecho, partiendo de un conocimiento no exhaustivo.

Finalmente dada la naturaleza y el propósito de las medidas cautelares, en la práctica los jueces no han de requerir evidencia concluyente de que se encuentran presentes o concurren las circunstancias de inminencia o gravedad; no deben justificarse plenamente estas condiciones, basta con un cierto grado de verosimilitud de lo alegado, que existan aspectos que permitan presumir que la amenaza o violación existen (*fumus bonis iuris*), esto debido al peligro en la demora.

d) Casos de improcedencia de las medidas cautelares.-

El inciso tercero del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional refiere los casos en los que no es posible la solicitud de medidas cautelares. Esta imposibilidad se da en tres circunstancias:

- a) Cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias;
- b) Cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales;
- c) Cuando se interponga en la acción extraordinaria de protección de derechos.

El artículo 37 de la Ley *Ibidem*, también prohíbe interponer una medida cautelar contra otra medida cautelar por la misma causa.

a.- Existencia de medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias.-

Coincidimos plenamente con este primer caso de improcedencia de las medidas cautelares. Si ya existiesen medidas cautelares en otras vías de impugnación, no tiene sentido ordenarlas nuevamente, estaríamos duplicando innecesariamente la cautela para un derecho que ya se encuentra resguardado por una medida dictada en la vía administrativa u ordinaria.

Consideramos que la prohibición de interponer una medida cautelar contra otra medida cautelar por el mismo hecho violatorio o amenaza al derecho, es igualmente correcta, lo contrario sería generar algo así como una guerra de medidas cautelares que desnaturalizaría la institución que estamos estudiando. Si el sujeto pasivo de la medida cautelar cree que ésta no tiene fundamento, la Ley le otorga en el artículo 35 un mecanismo de impugnación de esa medida otorgada, siendo este el mecanismo a seguirse en caso de que una medida cautelar afecte un derecho de la persona que soporta la medida. No puede interponerse una medida cautelar contra otra ya existente.

b.- Ejecución de órdenes judiciales.-

También consideramos correctamente establecido este segundo caso de improcedencia de medidas cautelares cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales, ya que se entiende que esas decisiones son tomadas luego de que el juez ha logrado un convencimiento sobre algún aspecto relevante en el proceso, por eso ha llegado al momento procesal de emitir una orden judicial, que se encuentra en ejecución. En este supuesto, el conocimiento sobre el asunto en controversia es mucho mas profundo, que el que se va a justificar o se debe justificar para la solicitud de una medida cautelar autónoma, para cuyo otorgamiento, dado el carácter sumario con el que se adopta la medida, no es necesario que quien la solicite acredite plenamente en ese momento la

amenaza o violación del derecho. La urgencia permite realizar solo un examen superficial del asunto y conceder la medida.

Estamos frente a dos casos en el que el grado de conocimiento sobre el asunto controvertido es diferente: 1) la orden judicial que está en ejecución pasó o está en el trámite del proceso, lo cual da al juez la posibilidad de tener una mayor certeza sobre el asunto en controversia; 2) en el caso de las medidas cautelares autónomas no hay certeza plena sobre la amenaza o violación del derecho, solo se presenta un cierto grado de verosimilitud de lo alegado.

Además si las medidas cautelares fueren procedentes contra órdenes judiciales en ejecución, crearíamos un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica que tornaría inoperable la administración de justicia, v.gr. una solicitud de medidas cautelares contra una orden de prisión preventiva. Por ello creemos correctamente establecida la imposibilidad de suspender una orden judicial a través de una medida cautelar autónoma.

c.- No proceden cuando se interponga la acción extraordinaria de protección.

El tercer caso de improcedencia, establece que no se puede solicitar medidas cautelares cuando se interponga en la acción extraordinaria de protección de derechos. Tenemos ciertos reparos sobre esta prohibición, creemos que se trata de un caso de improcedencia erróneamente establecido, por las siguientes consideraciones:

1) Por el fin que persigue la acción extraordinaria de protección, que es la protección de derechos constitucionales. A través de ella se busca solventar una violación grave de derechos ocurrida en sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia;

2) Para que la acción extraordinaria de protección sea admitida a trámite se deben verificar previamente estrictos requisitos. Uno de ellos, según establece el artículo 62, numeral 2 de la Ley que comentamos, es la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión; a su vez el numeral 8 del mismo artículo señala que previamente a admitirse la acción debe verificarse que al hacerlo se *“permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional”*. Se trata de requisitos de admisión sumamente exigentes. Y si la acción logró pasar ese “filtro”, se puede decir que existe al menos una leve posibilidad que el recurrente esté en la razón, es decir existe la posibilidad de que efectivamente la sentencia o auto definitivo viole de manera *grave* un derecho constitucional, ¿por que no permitir entonces que a través de una medida cautelar se suspenda la ejecución de la sentencia impugnada hasta que la Corte Constitucional decida sobre el asunto?;

3) Según establece el inciso segundo del artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuando se solicita una medida cautelar conjuntamente con la garantía jurisdiccional, *“de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción”*. Esta posibilidad debió haberse establecido como regla aplicable a casos de solicitud de medidas cautelares conjuntamente con la acción extraordinaria de protección;

4) Para llegar al momento procesal de la sentencia o auto definitivo, se ha transcurrido generalmente todo el largo camino que dura el proceso, pueden haber transcurrido años, hasta llegar al momento de la sentencia. Es decir ya ha habido un momento de espera y no se ejecutó la sentencia, el auto definitivo o la resolución con fuerza de sentencia. ¿Porqué no esperar el tiempo que durará el trámite en la Corte

Constitucional hasta su pronunciamiento, para que dichas decisiones con carácter definitivo se ejecuten?

5) Finalmente, la Constitución en su artículo 87 establece de manera categórica que: “Se podrán ordenar medidas cautelares *conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos* (cursiva nuestra) [...]”. El constituyente otorgó la posibilidad constitucional de solicitar medidas cautelares *conjunta* o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, *sin distinción alguna*. Entre estas acciones constitucionales se encuentra sin duda alguna la acción extraordinaria de protección. El legislador al establecer el limitante que estamos analizando infringe claramente la Constitución. Se trata de una restricción no prevista por la Carta Suprema, de tal forma que esta imposibilidad planteada es a todas luces inconstitucional;

Además, si concurren los requisitos de procedencia de las medidas cautelares: gravedad e inminencia de amenaza o violación de un derecho constitucional, no existe imposibilidad constitucional alguna para que concurren las medidas cautelares conjuntamente con la acción extraordinaria de protección. Estas medidas existen justamente para evitar que la amenaza de violación de un derecho se concrete o para suspender una violación de derecho existente.

Cabe recordar que el objetivo de las medidas cautelares es evitar y/o suspender la violación de un derecho constitucional. En la acción extraordinaria de protección estos objetivos se lograrían de la siguiente manera:

Primero.- Si la sentencia o auto firme no se ejecuta aun, a través de la medida cautelar solicitada conjuntamente con la acción extraordinaria de protección se *evitaría*

la violación del derecho, impidiendo que se ejecute la resolución o sentencia que está siendo impugnada a través de dicha acción;

Segundo.- Si la sentencia o resolución impugnada esta en ejecución, la medida cautelar *suspendería* la ejecución del auto o sentencia firme hasta que la Corte Constitucional resuelva sobre la acción extraordinaria de protección propuesta, cumpliéndose así otra de las finalidades de las medidas cautelares que es suspender la violación de un derecho; y,

Si la sentencia o auto firme se ejecutó completamente y luego de aquello se plantea la acción extraordinaria de protección, solo habría lugar a la reparación integral si es que la Corte Constitucional llega a determinar que dicha sentencia o auto definitivo violó derechos constitucionales.

Por todo lo señalado anteriormente este caso de improcedencia de las medidas cautelares es inconstitucional y absurdo, ya que permite que efectivamente se ejecute una sentencia o auto definitivo, que está siendo impugnado a través de la acción extraordinaria de protección, que puede contener violaciones, por acción u omisión, de derechos constitucionales, sobre los cuales existe al menos una posibilidad de que aquello sea real, ya que previamente se le ha admitido a trámite. Se permite vulnerar el derecho ejecutando la sentencia o auto definitivo, para luego ordenar su reparación integral, lo cual podía haberse impedido a través de una medida cautelar. Esta incongruencia de manera expresa se establece en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que reza: “La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.”

Por estas razones consideramos que este caso de improcedencia de las medidas cautelares es totalmente ilógico e inconstitucional, no coherente con los principios de

interpretación *pro homine, pro libertatis*, establecido expresamente en el artículo 11, numeral 5 de la Carta Magna. Creemos que simplemente no debió establecerse, o, a fin de evitar la inseguridad jurídica, señalarse de manera expresa, como un inciso más del artículo 32 de la Ley que estamos analizando, que:

Cuando se solicite una medida cautelar conjuntamente con la acción extraordinaria de protección, la medida será procedente una vez declarada la admisibilidad de la acción.

3.3.- Procedimiento a seguirse para la obtención de una medida Cautelar.

3.3.1.- Juez Competente y Características de la Petición.

a) Juez Competente.- El inciso primero del artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala de modo general que la solicitud de medidas cautelares puede realizarse ante cualquier jueza o juez, y de existir más de uno de ellos la competencia se radicará por sorteo. El artículo 7 de la Ley *ibídem* aclara la situación al señalar que las garantías jurisdiccionales se interponen ante cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos; a su vez el artículo 167 de la Ley que estamos tratando establece: “Compete a las juezas y jueces de primer nivel conocer y resolver en primera instancia, la [...] petición de medidas cautelares [...]”

El artículo 38 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que integran la función judicial, entre otros, las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales, Tribunales y *Juzgados de primer nivel* (La cursiva es nuestra), a su vez el artículo 45 de la Ley *Ibídem*, señala que el ingreso a la carrera judicial se hará a la categoría uno, de *juez de primera instancia*. Jueces de primera instancia son aquellos que actúan en los juzgados de primer nivel, y son estos los competentes para conocer y

resolver las solicitudes de medidas cautelares. Cabe reparar en que la ley señala que se puede acudir, para efectos de solicitar medidas cautelares, ante “cualquier jueza o juez de primera instancia [...]”, lo que indica que no importa la materia, sino únicamente debe tratarse de jueces de primera instancia o primer nivel.

En lo concerniente a la competencia territorial, la Constitución en su artículo 86, numeral 2, así como el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que se pueden solicitar las garantías jurisdiccionales, en este caso las medidas cautelares, ante la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto u omisión, o donde se producen sus efectos. Tanto la Norma Suprema como la Ley mencionada otorgan al agraviado la posibilidad de escoger el lugar donde solicitar las medidas cautelares. Esto guarda coherencia con la inminencia y gravedad de la amenaza o violación del derecho, que son presupuestos de concesión de las medidas cautelares, y busca proteger de manera más efectiva el derecho que se encuentra amenazado o que está siendo vulnerado, dándole a la víctima, la posibilidad de escoger el lugar en el que le es más fácil acceder a la protección requerida.

Al ser las medidas cautelares un mecanismo de protección preventiva de derechos humanos, que han de usarse en casos excepcionales, dada la inminencia y gravedad del daño, y por la urgencia con que deben conocerse a fin de evitar que la violación del derecho se concrete o se mantenga, si es que se trata de un caso en el que la violación se está ejecutando, la Constitución y la Ley han establecido que para realizar este tipo de solicitudes son hábiles todos los días. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 7 establece, que en los días feriados, o no laborables, o fuera de los horarios de labor de los juzgados, son competentes para conocer las solicitudes de medidas cautelares los jueces que se encuentren de turno. Los jueces de lo civil, laboral, entre otros, no laboran bajo la

modalidad de turno, los únicos que lo hacen son los jueces de lo penal, por ello en casos de días feriados, o fuera de horarios de trabajo son los jueces de lo penal de primer nivel los competentes para conocer de las solicitudes de medidas cautelares.

b) Características de la Petición.- La petición de medidas cautelares no requiere cumplir con los formalismos rituales del tradicional procesalismo civil. “La formulación de éstas peticiones está amparada por el principio de la informalidad procesal, es decir no se requiere de una técnica especializada o sofisticada, en la redacción y formulación de la petición”,⁹¹ tanto así que no se necesita del patrocinio de un abogado para su solicitud. La Constitución, refiriéndose a las garantías jurisdiccionales, en su artículo 86, numeral 2 literal c), reza: “Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado [...]”; la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ratifica el principio constitucional, aclarando que en el caso de que la petición fuese verbal y se requiera sorteo, éste se realizará solo con la identificación personal.

En este sentido, en el Sistema Interamericano se actúa de una manera totalmente informal, las solicitudes de medidas cautelares se pueden presentar vía fax, o por correo electrónico “excepcionalmente, la Comisión ha recibido peticiones orales en el curso de sus investigaciones *in loco*, e incluso, también ha recibido y tramitado peticiones formuladas por vía telefónica, cuando existen suficientes garantías de la seriedad de la denuncia y de quien la presenta”.⁹² Consideramos que dada la naturaleza y la finalidad que persiguen las medidas cautelares en cuanto protección preventiva de derechos humanos, estas prácticas, totalmente informales, del Sistema Interamericano de

⁹¹ Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales...*, p. 270.

⁹² Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano de Protección...*, p. 224.

Derechos Humanos, son totalmente aplicables en nuestro sistema autónomo de medidas cautelares, donde la regulación establece que todas las horas y días son hábiles, que la aplicación del derecho debe orientarse hacia el cumplimiento de las normas constitucionales.⁹³ Además las características y las condiciones que debe verificar el juez para ordenarlas en nada impide que se actúe ante una petición verbal e incluso telefónica de medidas cautelares, e igualmente el juez las puede ordenar vía telefónica.⁹⁴ Siempre serán las circunstancias específicas de cada acontecimiento el que marque la pauta para que el juzgador actúe precautelando el derecho.

3.3.2.- Sujetos Activos-Beneficiarios

El artículo 86 de la Constitución refiriéndose a las garantías jurisdiccionales, en su numeral 1, reza: “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”. Esta norma es desarrollada en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece:

Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:

a.- Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por si misma o a través de representante o apoderado; y.

b.- Por el Defensor del Pueblo.

Se considerarán personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce [...]

⁹³ Art. 2, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁹⁴ Art. 33, inciso tercero, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El artículo 32 de la Ley *Ibidem*, refiriéndose específicamente a la petición de medidas cautelares ratifica la postura constitucional al señalar que: “Cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares [...]”

De las transcripciones realizadas encontramos que nuestra Constitución y Ley regulan con amplitud lo relativo a la legitimación activa en las garantías jurisdiccionales y concretamente respecto de las medidas cautelares. Lo que consideramos oportuno, toda vez que nos evita dudas innecesarias y a la vez posibilita que los derechos sean protegidos de manera más eficaz. Este es un criterio que encontramos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así el Reglamento de la Comisión en su artículo 23 establece: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas [...]”.

Partiendo de lo establecido en la Constitución y en el artículo 32 de Ley, que refiere específicamente a la petición de medidas cautelares, *cualquier persona o grupo de personas puede solicitar medidas cautelares*. Consideramos que la solicitud de medidas cautelares puede realizarla, siguiendo el texto estricto y literal de la Ley, “cualquier persona”, sea que se trate de una persona afectada, víctima directa o indirecta, de la amenaza o violación del derechos, *o incluso si no lo fuere*. “Cualquier persona significa que un individuo distinto a la presunta víctima de las violaciones es quien podría presentar la petición”.⁹⁵ Creemos que esta afirmación está corroborada por la regulación constitucional citada (art. 86.1), según la cual las medidas cautelares

⁹⁵ Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales...*, p. 268.

podrían ser solicitadas por cualquier persona independientemente si se trata o no de la víctima.

Ramiro Ávila,⁹⁶ refiriéndose al artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece que las garantías jurisdiccionales pueden ser presentadas “Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por si misma o a través de representante o apoderado” (Subrayado del autor citado), comenta:

Al poner la palabra “sus” retornamos sutilmente a la teoría del derecho subjetivo, que la Constitución explícitamente evitó al enunciar que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”. Se ha afirmado que uno de los más grandes obstáculos para la exigibilidad de derechos es la falta de reconocimiento de las propias personas que sufren la violación de derechos como víctimas. Para suplir este defecto, que no es nuevo en nuestro sistema jurídico, la Constitución estableció este *actio popularis*, mediante el cual nadie puede ser indiferente a la violación de derechos que sufren otras personas y puede denunciarla. Además, parecería que es un contrasentido la reducción de la legitimidad activa [para solicitar medidas cautelares], cuando la misma Constitución establece como responsabilidad de las personas el “respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento” (Subrayado del autor). Sin duda, una de las formas más eficaces para luchar por el cumplimiento de los derechos es por medio de la denuncia y la litigación de derechos [...] Si se llega a entender “sus” derechos como aquella teoría del derecho subjetivo, por medio de la cual solo las víctimas pueden reclamar, se estaría atentando seriamente el espíritu de la norma constitucional.

⁹⁶ Ramiro Ávila Santamaría, *Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, editores, *La Protección Judicial de los derechos Sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 558-560.

Por otro lado, no puede ser justo que solo exista la acción popular para hacer conocer la violación de derechos que tienen que ver con lo penal, cuando permite la ley que cualquier persona, aún sin poder, puede denunciar la existencia de una infracción. Con más razón en materia constitucional, que el modelo de Estado y la solidaridad que se impregna en toda la Constitución, no debería tolerar cualquier tipo de violación.[...]

Consideramos que esta interpretación amplísima en cuanto a la legitimación activa en las medidas cautelares es viable debido a la finalidad que persigue, los efectos que producen, las especiales características y condiciones de concesión que las rodean. Debemos entender que nos encontramos ante una excepcional situación de amenaza o violación inminente y grave de un derecho fundamental; además la decisión que otorga medidas cautelares no prejuzga el fondo del asunto, no constituye una declaración de la violación, ni tiene valor probatorio en caso de existir una acción por violación de derechos (art. 28 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), se trata siempre de una medida preventiva; son fácilmente revocables; en caso de un abuso o mala fe en la petición de medidas cautelares caben las sanciones establecidas en el artículo 23 de la Ley *Ibidem*.

Dadas las condiciones objetivas que deben concurrir para que los jueces concedan medidas cautelares y por la naturaleza de su trámite, observamos que la jueza o juez debe limitarse *solamente* a verificar por la sola descripción de los hechos si se reúnen los requisitos para que operen o sean concedidas las medidas cautelares y de serlo deberá otorgarlas. No debe entrar a analizar, -en caso de que no concurra directamente la presunta víctima- si quien comparece, actúa en legal representación de la víctima, o si realmente es el apoderado, con poder suficiente para iniciar acciones a

favor del mandante, etc., debe ordenarlas de manera inmediata y urgente (art. 29 Ley *Ibídem*), sino estaríamos desnaturalizando las medidas cautelares.

Además hay circunstancias en las cuales las víctimas directas de la afectación del derecho se encuentran en total indefensión, y las personas que podrían considerarse víctimas indirectas, y que estarían en posibilidad de solicitar medidas cautelares de protección, v.gr. ascendientes o parientes, conocen y/o permiten deliberadamente la vulneración del derecho, por ejemplo en casos de violaciones de derechos de niños y adolescentes. Por las consideraciones expuestas, consideramos que la regulación constitucional y legal que establece que “cualquier persona o grupo de persona” puede solicitar medidas cautelares debe aplicarse en sentido amplio y literal.

Cuando la Constitución señala que “cualquier persona”, puede solicitar medidas cautelares, lo hace sin distinción, lo cual da la posibilidad de que también las personas jurídicas puedan solicitar dichas medidas. La constitución en su artículo 87 señala que a través de las medidas cautelares se busca “evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”. La regulación transcrita hace una referencia amplia a los derechos en general, y es obvio que las personas jurídicas gozan de ciertos derechos fundamentales como el derecho a la propiedad, la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, la libertad de contratación, el debido proceso, la libertad de empresa, que pueden ser vulnerados o amenazados.

Hay que recordar que la razón de ser de una persona jurídica son las personas naturales que las integra, por lo que al amenazar o violentar un derecho de una persona jurídica indirectamente se violentan los derechos de las personas que las conforman. Además, si la Constitución no ha hecho ninguna distinción al momento de establecer qué persona puede solicitar una medida cautelar, aplicando el aforismo que señala

“donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir”, no se debe discriminar a las personas jurídicas, e impedir que a su favor se puedan ordenar medidas cautelares, ya que la afectación a éstas, indirectamente vulnera derechos constitucionales de las personas naturales que las integran.⁹⁷

De esta forma consideramos que si un derecho fundamental, de los que dada su naturaleza gozan las personas jurídicas es amenazado o violado de modo inminente y grave, configurándose los presupuestos de concesión de una medida cautelar, no existe impedimento jurídico alguno para que opere la protección a través de este mecanismo de protección preventiva de derechos humanos.

El artículo 32 de la Ley, que estamos comentando, señala que cualquier persona o *grupo de personas* podrá interponer una petición de medidas cautelares. Esto da la posibilidad de que colectivos humanos, que comparten condiciones objetivas, puedan solicitar medidas cautelares, que tendrían la característica, una vez ordenadas de ser medidas colectivas o innominadas, en las que como habíamos señalado anteriormente y siguiendo el ejemplo del Sistema Interamericano, las personas beneficiarias no necesariamente deben ser individualizadas, pero si identificables en base a las condiciones objetivas que hacen de ellos una comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo.

En lo referente a los denominados derechos difusos, que son aquellos “en los que no se puede determinar *prima facie* al titular del derecho vulnerado, como en el caso de la afectación al medio ambiente y a los derechos de los consumidores”,⁹⁸ las medidas cautelares pueden ser solicitadas de igual manera por cualquier persona. La

⁹⁷ Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional.....* p. 40, 41.

⁹⁸ Resolución del ex Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución N° 316-RA-01-I.S. en el caso N° 106-2001-RA, citado por, Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional...*, p. 49

diferencia entre los derechos de las comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos con los derechos difusos, es que en los primeros casos los titulares del derecho son identificables, lo cual no ocurre respecto de los derechos difusos.

El artículo 9 de la Ley comentada, en su literal b) señala que las garantías jurisdiccionales pueden también ser solicitadas por el Defensor del Pueblo, situación que es totalmente coherente con las funciones constitucionales asignadas a este órgano de derecho público en el artículo 215 de la Constitución.

3.3.3.- Procedimiento.-

Por la naturaleza y el propósito de las medidas cautelares, basada precisamente en la urgencia y en el peligro en la demora, ellas no suponen un procedimiento contradictorio, para su aplicación basta lo que la doctrina ha denominado la apariencia del buen derecho o *fumus bonis iuris*, lo que se justifica plenamente dado el fin que persiguen, que es evitar que los derechos humanos sean menoscabados.⁹⁹

El procedimiento para ordenar medidas cautelares es informal, sencillo, rápido y debe ser eficaz, por ello es obligación de los jueces buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho que esté siendo amenazado o vulnerado, como bien ordena el artículo 31 de la Ley en estudio. Se trata de un procedimiento flexible e informal en el que no se requiere agotar otras instancias, ni concurrir a solicitar medidas cautelares ante la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial, precisamente porque se trata de una situación de urgencia y gravedad que no da espera y lo que se busca es evitar la afectación del derecho. En este sentido se trata como se dijo de una institución *no subsidiaria*, sino de un mecanismo preventivo de

⁹⁹ Héctor Faúndez Ledesma, *Sistema Interamericano de Protección.....*, p. 555.

protección de derechos por lo que se ha de actuar con celeridad, eficacia y diligencia para lograr el objetivo planteado.

El trámite de las medidas cautelares se inicia con la petición, que puede realizarla cualquier persona o grupo de personas, esta petición puede realizarse de manera escrita o verbal, sin que se requiera el patrocinio de una abogada o abogado. Una vez presentada la petición, si existiese más de un juez que pueda conocer de la solicitud, se debe proceder a realizar un sorteo a fin de fijar la competencia. Si la petición es verbal, el sorteo debe realizarse con la identificación personal. Cabe recalcar que la diligencia del sorteo se hará de manera inmediata, atendiendo prioritariamente a la persona que solicite la medida cautelar. Sea que la petición la realice por escrito o de manera verbal el peticionario debe declarar si ha interpuesto otra medida cautelar por el mismo hecho.

a) Pruebas.- Una vez que el juez conoce de la solicitud de las medidas cautelares, por tratarse de circunstancias excepcionales, no va a requerir ni actuar pruebas, debe actuar de manera inmediata y urgente, en el tiempo más breve posible, en términos de la Ley. El otorgamiento de medidas cautelares no constituye una decisión de fondo, por ello no es necesario contar con una prueba concluyente, sino únicamente bases razonables, cierta evidencia que nos permitan presumir que existen y concurren los requisitos de otorgamiento de medidas cautelares, inminencia y gravedad de la amenaza o violación del derecho.

La regla general es que las medidas cautelares se decretan *inaudita alteram parte*, o sea, sin audiencia de otra parte, por lo que no es necesario escuchar a las dos partes para otorgar una medida cautelar, solamente de manera *excepcional* se puede convocar a los involucrados a una audiencia *previamente* a ordenarlas. Si lo narrado es

dudable, se podrá correr traslado a la “otra parte” y convocar a una audiencia previamente a dictar la medida.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 33, inciso primero señala que: “No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas”; a su vez, el artículo 36 de la Ley *Ibidem*, establece: “De manera excepcional y de considerarlo necesario, la jueza o juez podrá convocar a los involucrados a una audiencia para ordenar las medidas [...]”. La convocatoria a la audiencia es facultativa del juez, sin embargo su utilización debe ser *excepcional*. Se necesitará de conocimiento y buen criterio de los jueces para evitar considerar a la audiencia que refiere el artículo anterior, como la regla o parte esencial del procedimiento de las medidas cautelares. Su utilización indiscriminada puede provocar se desvirtúen dichas medidas, cuyo fin es dar una protección preventiva *inmediata* al derecho sea que se encuentre amenazado o violentado.

Vale hacer notar que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se pueden apreciar dos etapas: la primera exigente en relación con la aportación de prueba; y la segunda, es más amplia y flexible. En la primera etapa, la Corte para decretar medidas provisionales, prácticamente exigía que se aportaran pruebas que demostrasen la concurrencia de los requisitos de concesión de medidas provisionales. En la segunda, etapa se volvió menos exigente para demostrar los requisitos que deben reunirse para la procedibilidad de las medidas provisionales. Mediante presunciones se ha inferido la existencia de los requisitos de concesión de este tipo de medidas.¹⁰⁰

3.3.4.- Resolución

¹⁰⁰ Ernesto Rey Cantor y Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales.....*, p. 238, 239.

Según el artículo 33 de la Ley que analizamos, el juzgador debe formar su convicción de concesión o no de las medidas a partir de la descripción de los hechos narrados en la petición, verificando que concurren los requisitos de otorgamiento de las medidas cautelares: inminencia y gravedad de la amenaza o violación del derecho. No se requiere prueba concluyente o prueba plena, sino únicamente “indicios que de primera intención permitan suponer, razonablemente que existen los requisitos solicitados por la norma.[...] Para resolver el fondo de la controversia se necesita algo más que esos indicios [...] pero aquellos bastan para disponer la medida cautelar, [...] que no prejuzga acerca del fondo y solo quiere dejar a salvo, fuera de todo riesgo severo, el bien tutelable”.¹⁰¹ Se debe actuar tomando en cuenta el *fomus bonis iuris* comentando *supra*, no exigiendo certeza plena, sino un cierto grado de verosimilitud de la vulneración del derecho.

Hemos de partir del hecho de que la persona acude pidiendo auxilio, y debemos operar aplicando el principio de interpretación *pro homine, pro libertatis*, que desde 1998 se encuentra incluso constitucionalizado.¹⁰² Debemos dar el beneficio de la duda en sentido positivo, es decir, presumiendo que efectivamente la amenaza o violación existe, y no a la inversa. Siempre será preferible y moralmente justificable tener que revocar una medida cautelar que posiblemente no era necesaria, que ver concretarse la violación de un derecho en el caso de una amenaza, o mantenerse en el tiempo la violación, cuando ésta ya existe.

Además la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 23, instituye la figura del abuso del derecho, de esta forma establece sanciones para los peticionarios o abogadas o abogados que presenten solicitudes de

¹⁰¹ Sergio García Ramírez, *Reflexión Sobre las Medidas Provisionales en la Jurisdicción Interamericana*, Presentación de la Obra, en Ernesto Rey Cator y Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales...*, p. XLI.

¹⁰² Constitución 2008, art.11 numeral 5.

medidas cautelares de mala fe, desnaturalizando el objetivo de las medidas. La buena fe se presume, la mala fe debe probarse, por ello el juez de primera instancia, que es el llamado a conocer las solicitudes de medidas cautelares, ha de obrar presumiendo la buena fe del peticionario, y en base a ello si concurren los requisitos debe otorgar la medida cautelare solicitada. Si se obró de mala fe, luego de probarla, quien abusó del derecho será sancionado, y el juez será libre de culpa.

Cabe reparar en el hecho, que si se configuran los presupuestos o requisitos exigidos por la Ley para la concesión de medidas cautelares y la jueza o juez no las otorga, a más de permitir que se mantenga la amenaza -con el peligro que se concrete el daño- o violación del derecho que motivó la petición, con las consecuencias que esto implica, se estará lesionando otro *derecho* más, *el derecho a la tutela judicial efectiva*, reconocido en el artículo 75 de la Constitución. Lo que consideramos, provocaría responsabilidad al juzgador, e incluso al Estado ya que se estaría incurriendo en lo establecido en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial,¹⁰³ que instaura como uno de los casos de error judicial la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Una vez que el administrador de justicia forme su convicción sobre el pedido debe proceder a dictar la resolución ya sea otorgando o negando las medidas cautelares. Sobre esta decisión no es posible interponer recurso de apelación. Cabe aclarar que esta imposibilidad de apelar la resolución inicial de medidas cautelares no constituye bajo

¹⁰³ Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 15.- [...] el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, *violación del derecho a la tutela judicial efectiva*, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. [...] Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley.

ningún concepto cosa juzgada. Si luego de la decisión de otorgar o negar las medidas cautelares, se da un cambio en las condiciones fácticas que existían al momento de la resolución se puede solicitarlas nuevamente, si fueron negadas, o pedir sean revocadas si se las concedió.

En caso de que la jueza o juez ordene las medidas éstas no pueden ser imprecisas o vagas, no podrá limitarse a señalar que se otorgan las medidas cautelares a favor de tal persona y nada más, deberá especificar e individualizar las obligaciones, positivas o negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse. Sin perjuicio de que, por las circunstancias del caso los jueces actúen de forma verbal. Una vez otorgadas las medidas, el juzgador deben utilizar todos los medios que estén al alcance para hacer efectivas las medidas cautelares, como llamadas telefónicas, envíos de fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos. Las medidas deben ser adecuadas a la violación que se pretende evitar, tales como comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial,¹⁰⁴ etc.

3.4.- Efecto Jurídico y Duración de las Medidas Cautelares

Hemos insistido durante todo este capítulo que el otorgamiento de las medidas cautelares, como bien señala el artículo 28 de la Ley de la materia, no constituye prejuzgamiento sobre la declaración del derecho, ni tienen valor probatorio en casos de acciones por violaciones de derechos. La función de las medidas cautelares no es declarar el derecho, sino únicamente protegerlo de manera preventiva. La tutela o protección que otorga, no es definitiva, no se declara el derecho ni se resuelve un asunto de lato conocimiento. Es una garantía de protección preventiva que busca prevenir la

¹⁰⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Arts. 26 inciso segundo y 33 inciso tercero.

violación del derecho, o evitar se continúe con la violación, de este modo la concesión de una medida cautelar no significa en absoluto que se haya resuelto una situación jurídica de fondo y de modo definitivo, sino únicamente se previene, impide o interrumpe la violación de un derecho.

Por ello para su otorgamiento se requiere solo un *fumus bonis iuris*, un cierto grado de verosimilitud del derecho, no una demostración exhaustiva de lo señalado en el escrito o petición verbal de la medida cautelar, ya que no se va a resolver el fondo del asunto, ni su otorgamiento prejuzga sobre la declaración de la violación. Mediante una medida cautelar se toman medidas urgentes de seguridad encaminadas a resguardar el derecho, ante las condiciones de gravedad e inminencia, ¿con que efecto?, solo provisorio.

Duración de las Medidas en el Tiempo.- En el primer capítulo de este trabajo habíamos insistido que las medidas cautelares son provisionales y por lo mismo revocables. Su duración en el tiempo está supeditada a la duración de las condiciones dañosas para el derecho. Por ello provisional, no tiene que darnos la idea de que son cortas en el tiempo, sino que se mantendrán temporalmente mientras existan las condiciones de inminencia y gravedad de la amenaza o violación del derecho que se requieren para su otorgamiento, su duración puede ser de un día o de años, todo dependerá de las condiciones fácticas y de su permanencia en el tiempo, como habíamos señalado anteriormente.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala en su artículo 35 que la revocatoria de las medidas cautelares procederán solo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos para su otorgamiento *o se demuestre que no tenía fundamento*. En este último caso la

persona o institución contra la que se dictó la medida deberá justificar argumentadamente la falta de fundamento de la medida y solicitar al juez su revocatoria. *Si el juez considera que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, que podrá ser apelado en el término de tres días.* Creemos que la posibilidad de apelar en este supuesto es totalmente pertinente, ya que en la generalidad de los casos la medida cautelar deberá dictarse *inaudita pars*, esto es, sin que haya intervenido el sujeto pasivo de la medida, previamente a su concesión; de existir argumentos que tienden a demostrar la falta de fundamento de una medida cautelar otorgada, en nada afecta que pueda ser discutida en apelación por un juez diferente; además, la posibilidad de apelación en este sentido no repercute en el interés de protección del derecho, ya que éste se encuentra reguardado por la medida cautelar otorgada y que está siendo cuestionada.

No debemos confundir la posibilidad de apelación del auto al que nos referimos en este apartado, con la imposibilidad de apelar la resolución del juez que admite o deniega la *solicitud inicial* de medidas cautelares, la cual no es susceptible de apelación según establece el inciso segundo del artículo 33 de la Ley Ibídem, que reza: “La jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación”.

Es importante señalar que las medidas cautelares no solo pueden ser revocadas, sino que también pueden ampliarse si se llega a demostrar que las medidas cautelares concedidas son insuficientes para lograr el objetivo pretendido.

3.5.- Obligatoriedad y Seguimiento de las Medidas Cautelares

Creemos que uno de los aciertos de la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es el haber establecido

consecuencias concretas respecto de los funcionarios públicos y particulares que incumplieren las sentencias o resoluciones de los jueces en materia de garantías jurisdiccionales. Al efecto, el artículo 30 de la Ley mencionada reza: “El incumplimiento de las medidas cautelares será sancionado de la misma manera que en los casos de incumplimiento de la sentencia en las garantías jurisdiccionales constitucionales”; a su vez el numeral 4 del artículo 86 de la Constitución señala: “Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución se hará efectiva la responsabilidad determinada en la Ley”.

De este modo las resoluciones de medidas cautelares emitidas por las juezas o jueces, no son invitaciones o sugerencias, recomendaciones o propuestas, son resoluciones jurisdiccionales que poseen el mismo efecto vinculante que las restantes emitidas por los jueces. Son actos jurisdiccionales, expresiones de la voluntad judicial, que no quedan en el aire, o que están sujetas a la buena voluntad de los involucrados o sujetos pasivos de las medidas. La obligatoriedad es característica de los actos jurisdiccionales que entrañan una manifestación de la voluntad judicial, a la que se recurre precisamente, para que decida con poder vinculante lo que no es posible alcanzar de otra manera, de modo que su incumplimiento acarrea consecuencias civiles, penales y si se trata de funcionarios públicos, la más alta sanción administrativa, que es la destitución de cargo.

Esto nos conduce al tema de la supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares. El artículo 34 de la Ley reza: “La jueza o juez tiene la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares que ordene, para lo cual podrá delegar a la Defensoría del Pueblo o a cualquier otra institución estatal

encargada de la protección de derechos, la supervisión de la ejecución de medidas cautelares”. Regulación totalmente pertinente, ya que los jueces no pueden desentenderse de la suerte que corran sus decisiones; esta norma les obliga a dejar atrás la actitud extremadamente pasiva que en algunos casos han tenido los administradores de justicia, los cuales generalmente llegan a dictar la sentencia o resolución y hacen caso omiso de los efectos reales o cumplimiento efectivo que tienen sus resoluciones.

El artículo citado permite al juez la delegación a la Defensoría del Pueblo o a cualquier institución encargada de protección de derechos la supervisión de la ejecución de las medidas cautelares. Sin embargo consideramos, que la obligación de garantizar el cumplimiento de la resolución de medidas cautelares es en primer término de los jueces y sigue siendo luego de realizada dicha delegación, ya que según la Ley solo éstos pueden tomar acciones correctivas en casos de incumplimiento de las medidas, o reformarlas, sustituirlas o revocarlas. Corresponderá a los jueces hacer el seguimiento de ejecución de la resolución, ya sea solicitando informes mensuales, quincenales, al Defensor del Pueblo o al representante de la institución delegada, a los beneficiarios de las medidas, permitiendo que estos últimos hagan las observaciones que crean pertinentes a los informes presentados por las instituciones delegadas, etc. con el fin de que las medidas se cumplan y no sean solo letras en un papel.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose al tema de la supervisión de las medidas provisionales por ella ordenadas, en la Resolución de Medidas Provisionales, de fecha 4 de mayo del 2004, en el caso Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcátegui; María Colomina y Liliana Velásquez, contra Venezuela, en los considerandos 9 y 11 señaló:

9. El Tribunal tiene como facultad inherente a sus funciones, supervisar el cumplimiento de las medidas provisionales de protección por ella ordenadas y de emitir, a petición de parte o *motu proprio*, instrucciones para el cumplimiento de las mismas, teniendo en cuenta la naturaleza expedita del procedimiento referente a dichas medidas.¹⁰⁵

11. Que la supervisión sobre el cumplimiento de las medidas provisionales adoptadas por este Tribunal, es una potestad consustancial al ejercicio normal de las funciones jurisdiccionales.

De esta forma consideramos que las juezas y jueces nacionales no pueden desentenderse de la fase de cumplimiento y ejecución de las resoluciones por ellos emitidos en lo referente a las garantías jurisdiccionales y concretamente respecto de las medidas cautelares. “Las juezas y jueces son garantes jurisdiccionales de todos los derechos. Esto no es fácil de asumir y el reto es enorme”,¹⁰⁶ no obstante, creemos que si la función judicial asume el reto encomendado constitucionalmente será un ente transformador de nuestro país.

De las disposiciones constitucionales y legales analizadas encontramos que las medidas cautelares son una nueva garantía jurisdiccional en nuestro país, que ofrece una protección preventiva efectiva de los derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en múltiples resoluciones, entre ellas, la Resolución de Medidas

¹⁰⁵ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, supra nota 8, párr. 68; *Caso del periódico “La Nación”. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2002, considerando sexto; *Caso del Tribunal Constitucional. Competencia*, supra nota 10, párr. 33; *Caso Ivcher Bronstein. Competencia*, supra nota 10, párr. 34; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 9, párr. 18; *Caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares*, supra nota 9, párr. 72; *Caso Benjamin y otros. Excepciones Preliminares*, supra nota 9, párr. 72; y *Caso Hilaire. Excepciones Preliminares*, supra nota 9, párr. 81.

¹⁰⁶ Ramiro Ávila Santamaría, *Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, editores, *La Protección Judicial de los derechos Sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 545.

Provisionales, de fecha 4 de mayo del 2004, en el caso Lilitana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcátegui; María Colomina y Lilitana Velásquez, contra Venezuela, refiriéndose a este tema ha señalado: “Que las medidas urgentes y provisionales, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de su finalidad esencialmente preventiva o cautelar, tienen carácter tutelar dado que protegen efectivamente derechos fundamentales en cuanto buscan evitar daños irreparables a las personas. De esta manera, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de naturaleza preventiva.”¹⁰⁷

Conclusiones

De todo lo desarrollado en el presente trabajo investigativo podemos concluir señalando lo siguiente:

1) Las medidas cautelares aplicadas al ámbito de los derechos humanos, o como hemos señalado en esta investigación, al ámbito de la protección preventiva de derechos humanos adquiere matices especiales, que rompen el esquema de las medidas cautelares percibidas desde una concepción clásica, como un instrumento indefectiblemente ligado a la existencia de un proceso con el fin de garantizar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.

2) Desde la concepción de los derechos humanos las medidas cautelares cambian el enfoque. Ya no se encuentran necesariamente ligadas a la existencia de un proceso.

¹⁰⁷ Cfr. *Caso Lilitana Ortega y otras. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de diciembre de 2003, considerando 6; *Caso Luisiana Ríos y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de diciembre de 2003, considerando 6; *Caso Luis Uzcátegui. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de diciembre de 2003, considerando 6 y *Caso Marta Colomina y Lilitana Velásquez. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de diciembre de 2003, considerando 6.

Para su solicitud y otorgamiento no necesariamente debe haber una demanda o la existencia de un proceso, previo ni de manera posterior, su objetivo se base en la protección urgente, inmediata del derecho a fin de evitar sea vulnerado –cuando se trata de una amenaza- o en busca a suspender la violación actual del derecho.

3) Siempre se trata de una protección preventiva ya que no prejuzga el fondo del asunto, sino únicamente da un remedio provisional a la amenaza o violación del derecho. Por ello, a más de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales, convirtiéndose en una verdadera *garantía jurisdiccional de carácter preventivo*, en cuanto mecanismo jurídico de protección de derechos constitucionales. Institución que así regulada constituye una novedad jurídica en el sistema constitucional y legal ecuatoriano.

4) El antecedente más cercano que tenemos para nuestro sistema autónomo de medidas cautelares es el que encontramos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde operan las llamadas medidas cautelares y/o provisionales cuya naturaleza, características, enfoque y objetivos coincide con la de nuestra regulación constitucional y legal de medidas cautelares como una nueva garantía jurisdiccional de carácter preventivo. El enfoque no es mantener el *status quo*, o preservar el derecho de las partes en la controversia, ni garantizar la eficacia de los resultados del proceso o de la sentencia, sino preservar los derechos fundamentales de las personas, haciendo valer la primacía, Convencional y Constitucional en uno y otro caso.

5) La Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha extendido a la protección de derechos más allá del derecho a la vida, la integridad física o la libertad de las personas, como se creía en un inicio, sino que el espectro de derechos protegidos

por este tipo de medidas se ha ampliado a todos los derechos que se han entendido como un todo indivisible.

6) En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no se protegen solamente a personas individualmente consideradas sino también a colectivos humanos innominados.

7) Las medidas cautelares dispuestas por la Corte y la Comisión son específicas, tratan de no divagar, ni entra en genéricos, sino que puntualiza las acciones que deben tomarse como medida provisional del derecho afectado.

8) El trámite de concesión de medidas cautelares autónomas es totalmente informal, sencillo, se libera del formalismo jurídico que rigen las medidas cautelares en la concepción clásica

9) La petición de medidas cautelares puede ser realizada por *cualquier persona*, sin que se necesite ser víctima directa o indirecta de la amenaza o violación del derecho para poder plantear la solicitud. Esta interpretación es fiel al texto constitucional que las establece.

10) El artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional tiene visos de inconstitucionalidad al establecer que las garantías jurisdiccionales pueden ser planteadas por cualquier persona o colectivo afectado en *sus derechos*, lo cual contradice el texto constitucional que señala que cualquier persona puede plantear las acciones constitucionales, entre ellas las medidas cautelares, independientemente que se trate o no de la persona afectada.

11) El caso de improcedencia establecido en el artículo 27 de la Ley *Ibídem* que señala que no se puede solicitar medidas cautelares conjuntamente con la acción extraordinaria de protección es ilógico e inconstitucional.

12) La aplicación de las medidas cautelares implica una actitud proactiva y abierta de quienes administran justicia para lograr con el objetivo de estas medidas. Nuestras Juezas y Jueces adquieren un papel protagónico en la defensa de los derechos humanos, dejan de ser meros espectadores y se convierten en verdaderos guardianes de la vivencia de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Courtis, Cristian, Hauser, Denise, Rodríguez Huerta, Gabriela, (Compiladores) *Protección Internacional de Derechos Humanos Nuevos Desafíos*, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José. 2004.

García Sarmiento, Eduardo, García Olaya, Jeannette, *Medidas Cautelares*, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005

González Chévez, Hector, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo, desde la Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares*, Primera Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2006.

Greif, Jaime, (Coordinador) *Medidas Cautelares*, Primera Edición, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2002.

Kielmanovich, Jorge, *Medidas Cautelares*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2000.

Nieto Navia, Rafael, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Primera Edición, Editorial Mars Editores S.A., San José, 1994.

Oyarte Martínez, Rafael (Coordinador), *Procesos Constitucionales en el Ecuador*, Primera Edición, Editorial Corporación Editora Nacional, Quito, 2005.

Pérez Tremps, Pablo (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Primera Edición, Editorial Corporación Editora Nacional, Quito, 2005.

Pérez Tremps, Pablo (Coordinador), *Los Derecho Fundamentales*, Primera Edición, Editorial Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.

Prieto San Juan, Rafael (Coordinador), *Sociología Jurídica: Análisis del Control y del Conflicto Sociales*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Priori Posada, Giovanni, *La Tutela Cautelar*, Editorial ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2006.

Ramírez, Jorge, *Función Precautelar*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.

Rey Cantor, Ernesto, Rey Anaya, Ángela, *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Temis, Bogotá, 2005.

Vallefin, Carlos, *Protección Cautelar Frente al Estado*, Primera Edición, Editorial LexisNexis Argentina, Buenos Aires, 2002.

Enciclopedias:

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, 25ª edición.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 2001.

Real Academia Española, *Diccionario Consultor Espasa*, Madrid, Espasa Calpe, 1998

Enlaces de Internet:

López Olvera, Miguel Alejandro, Las Medidas Cautelares en el Juicio de Amparo, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.bibliojuridica.org/libro

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos año 1996*, Medidas Cautelares Acordadas por la Comisión durante el año 1996, en <http://www.cidh.org/medidas/1996.sp.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos año 1998*, Medidas Cautelares Acordadas por la Comisión durante el año 1998, en <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Peru11.762.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos año 1998*, Medidas Cautelares Acordadas por la Comisión durante el año 1998, caso en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Canada11862sp.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, Medidas Cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante 1999, en <http://www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo3.htm#1>. Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos año 2000*, Medidas Cautelares Acordadas por la Comisión durante el año 2000, en <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/Belice12.053.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000*, Medidas Cautelares acordadas por la Comisión durante el año 2000, en <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/indice.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia, *Casos Contenciosos*, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medidas Provisionales*, en <http://www.corteidh.or.cr/medidas.cfm>