



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO – HUMANITARIA

TITULO DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Análisis de la tutela judicial efectiva y las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo del Código Orgánico General de Procesos.

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR : Medina Trujillo, Andrés Felipe

DIRECTOR: Blacio Aguirre, Galo Stalin, Dr. Ph.D.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2016



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Abril, 2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Doctor.

Galo Stalin Blacio Aguirre Ph.D.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación denominado: “Análisis de la tutela judicial efectiva y las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo del código orgánico general de procesos” realizado por Medina Trujillo Andrés Felipe, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, febrero de 2016

f)

Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph.D.

Director de la tesis

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Andrés Felipe Medina Trujillo, declaro ser autor del presente trabajo de maestría: “Análisis de la tutela judicial efectiva y las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo del código orgánico general de procesos”, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f)

Andrés Felipe Medina Trujillo

C.C. 171154664-6

DEDICATORIA

A mi madre Patricia Trujillo, a mi padre Patricio Medina, a mis hermanos María Paulina, Juan Patricio, María Daniela, María Alejandra y María Estefanía por su permanente apoyo en este importante logro profesional.

f)

Andrés Felipe Medina Trujillo

C.C. 171154664-6

AGRADECIMIENTO

Un muy sentido agradecimiento a los catedráticos de la Maestría en Derecho Administrativo y muy especialmente al Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph.D., Director de la presente tesis por su asesoría y dirección.

f).....

Andrés Felipe Medina Trujillo

C.C. 171154664-6

Índice de contenidos

Contenido

CARATULA.....	I
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN.....	II
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
INTRODUCCIÓN.....	3
Descripción.-	4
Antecedentes.-	6
Justificación.....	6
Conceptualizaciones básicas	7
Factibilidad.....	9
Logro de objetivos.....	10
CAPÍTULO I	11
MARCO TEÓRICO.....	11
LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ANTICIPADA EN MATERIA ADMINISTRATIVA	11
1.1 Tutela Judicial Efectiva. Concepto.	12
1.2 Breve referencia histórica de la tutela judicial efectiva	14
1.3 Características de la tutela judicial efectiva.....	15
1.3.1 Comprende el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia.	15
1.3.2 Comprende el derecho a obtener una decisión en derecho.....	16
1.3.3 Comprende el derecho que esa decisión sea efectiva.	17
1.3.4 Garantiza una justicia equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos o reposiciones inútiles.....	17
1.4 La tutela judicial efectiva en el derecho comparado	18
1.4.1 Colombia	18
1.4.2 Costa Rica	19
1.4.3 España	21

1.5 La tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico nacional	21
1.5.1 Tutela judicial anticipada.....	22
1.5.2 La tutela judicial anticipada en el derecho comparado.	23
Art. 311. Universalidad de la aplicación.	25
Art. 316. Medidas específicas.....	25
Art. 317. Medidas provisionales y anticipadas.	26
1.5.3 La tutela judicial anticipada en materia administrativa en el derecho nacional.	26
CAPÍTULO II	28
LAS MEDIDAS CAUTELARES	28
2.1 Concepto de medidas cautelares	29
2.2. Objeto de las medidas cautelares.....	30
2.3. Breve referencia histórica de las medidas cautelares.....	30
2.4. Requisitos de las medidas cautelares.....	31
2.4.1. Fumus boni juris.	32
2.4.2. Periculum in mora.	34
2.5. Clasificación de las medidas cautelares	34
2.5.1. Medidas cautelares en el Código General de Procesos.	35
2.6. Características de las medidas cautelares.....	37
2.7 las medidas cautelares en el procedimiento administrativo comparado	41
2.7.1 Colombia.	41
2.7.2 España	45
2.7.3 República Bolivariana de Venezuela.....	46
2.8 Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo nacional	48
2.8.1 Generalidades de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo nacional	48
2.8.3 Medidas cautelares en los juicios declarativos o de conocimiento	48
2.9 El recurso de anulación	54
2.9.1 Legitimación activa en el recurso de anulación	56
2.9.3 El interés directo en el recurso de anulación.....	57
2.9.4. Medidas cautelares en el recurso de anulación.....	58
CAPÍTULO III	59
INVESTIGACIÓN DE CAMPO	59
3.1. Modalidad de la investigación	60
3.2. Tipo de investigación.....	60
3.3 Población y muestra de la investigación.....	60

3.4	Análisis de los resultados de las encuestas aplicadas a 40 abogados en libre ejercicio de la Provincia de Los Ríos	61
3.5	Entrevistas	66
3.5.1.	Entrevista al juez de la Corte Nacional de Justicia Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado.	66
3.5.2	Entrevista al Director Provincial del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Diego Fernando Camacho García.	70
3.5.3	Entrevista al Asesor Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Juan Pablo Cordero Chiriboga	72
3.5.4	Entrevista al Director Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Jaime Adrián Ortiz Mocha.	75
3.6	Triangulación de resultados	77
3.7	Verificación de objetivos e hipótesis	77
CAPÍTULO IV		79
PROPUESTA		79
4.1	Título de la propuesta.....	79
4.2	Objetivos	79
4.3	Justificación	80
4.4	Propuesta	81
4.4.1	Exposición de motivos.	81
CAPÍTULO V		84
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		84
5.1	Conclusiones.....	84
5.2	Recomendaciones	85
BIBLIOGRAFÍA.....		86
LINKOGRAFÍA		90
ANEXOS		91
ANEXO I.....		91
Análisis de los resultados de las encuestas aplicadas a 40 abogados en libre ejercicio de la Provincia de Los Ríos.....		91
ANEXO II.....		92
Entrevista al juez de la Corte Nacional de Justicia Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado; al Director Provincial del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Diego Fernando Camacho García; al Asesor Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Juan Pablo Cordero Chiriboga y Entrevista al Director Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Jaime Adrián Ortis Mocha.		92

Índice de Tablas

Tablas	Descripción	Páginas
1	Medidas precautorias en juicio	61
2	Medidas precautorias anticipadas	62
3	Tutela Judicial efectiva	63
4	Falta de tutela judicial	64
5	Soluciones omisiones legales	65

Índice de Figuras

Figuras	Descripción	Páginas
1	Medidas precautorias en juicio	61
2	Medidas precautorias anticipadas	62
3	Tutela Judicial efectiva	63
4	Falta de tutela judicial	64
5	Soluciones omisiones legales	65

RESUMEN

La Constitución del Ecuador trae consigo una variedad de principios y derechos constitucionales que someten a todos los poderes públicos y privados. También impone diferentes reglas en materia de aplicación de derechos constitucionales. En la misma, existe un reconocimiento expreso al arbitraje y demás mecanismos alternativos de solución de conflictos. Convierte en verdaderos administradores de justicia que al amparo de la nueva constitución, los obliga a proteger y aplicar los distintos derechos y principios constitucionales. Entre estos, los derechos constitucionales procesales como el derecho a la tutela judicial efectiva que comprende el derecho a la tutela cautelar. Todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario. Lo anterior permite concluir que, en esta materia, se ha subsanado las omisiones de medidas cautelares, aunque ellas se establecen de manera general como "Providencias Preventivas" en los Arts. 122 a 133 del Código Orgánico General de Procesos, las que en virtud del Art. 327 ibídem son aplicables en materia contencioso administrativa.

PALABRAS CLAVES: Tutela judicial efectiva, medidas cautelares, procedimiento contencioso administrativo, código orgánico general de procesos

ABSTRACT

The Constitution of Ecuador brings with it a variety of principles and constitutional rights that subject to all the public and private powers. It also imposes different rules in the application of constitutional rights. In it, there is an express recognition of arbitration and other alternative dispute resolution mechanisms. It becomes real administrators of Justice which, under the aegis of the new Constitution, requires them to protect and apply the different rights and constitutional principles. Among these, the procedural constitutional rights such as the right to effective judicial protection which includes the right to guardianship precautionary. All actions contentious administrative will be processed in ordinary procedure, except for actions relating to the positive administrative silence and the payment by deposit which will be processed in summary procedure. This allows to conclude that, in this matter, has rectified omissions of measures precautionary, although they settled in general as "Preventive measures" in the Arts. 122 to 133 of the code organic General process, which under Article 327 *ibid* are applicable in administrative contentious matters.

KEY words: Guardianship judicial effective precautionary measures, administrative contentious procedure, general organic code of processes

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, a fin de establecer la importancia del tema que se desarrolla en la presente tesis, me permito, respetuosamente citar al jurista argentino Dr. Juan Francisco Linares, quien con claridad meridiana expresó respecto de la justicia contencioso administrativa: “Antes que nada debe recordarse que la justicia administrativa se hizo para proteger al individuo contra el Estado y no al Estado contra el individuo”. (Linares, 1986, pág. 906)

En concordancia a lo expresado por el señalado jurista, un Estado de Derecho y Justicia, como el Ecuador, debe tener una justicia administrativa que proteja a los individuos frente a los abusos del Estado, lo que obedece, igualmente al concepto de Estado Democrático de Derecho, caracterizado por la democracia, donde el ciudadano es el legítimo titular del poder y lo ejerce por intermedio de sus representantes y por el límite al poder estatal.

Hasta el momento, no existe en el Ecuador una normativa vigente que regule adecuadamente las medidas cautelares en materia administrativa, pero se contiene en el Código Orgánico General de Procesos, subsanándose las omisiones de medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, derogada por la disposición derogatoria tercera del actual código.

Con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 506, de 22/05/2015, que entrará en vigencia, de acuerdo a su Disposición Segunda Transitoria transcurrido doce meses de su publicación en el mencionado registro, se constató que en el Procedimiento Contencioso Administrativo, contemplado en la Sección III del Capítulo II del señalado código (Arts. 326 a 333), específicamente el Art. 327 se aplican las “providencias preventivas” de los Arts. 124 a 133 del Código General de Procesos y la suspensión del acto administrativo del Art. 330 del mismo cuerpo legal, razón por la cual el nuevo código significó avances en esta materia, porque se contempla medidas cautelares administrativas – aplicables a todo proceso - en favor de los particulares por los excesos

o errores de la Administración.

Descripción.-

De acuerdo a lo expuesto, si se impidió medidas cautelares contra el Estado en la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y se subsana la omisión en el actual Código Orgánico General de Procesos, como se señaló en el párrafo anterior.

Si bien el procedimiento contencioso administrativo es un procedimiento especial, en el Art. 327 del Código Orgánico General de Procesos, se establece:

Art. 327.- Procedimiento.- *Todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario.*

Lo anterior permite concluir que, en esta materia, se ha subsanado las omisiones de medidas cautelares, aunque ellas se establecen de manera general como “Providencias Preventivas” en los Arts. 122 a 133 del Código Orgánico General de Procesos, las que en virtud del Art. 327 ibídem son aplicables en materia contencioso administrativa.

De acuerdo a lo que expresa el jurista argentino Dr. Fernando García Pullés: “en el cuestionamiento de la legalidad, justicia y validez de los actos administrativos ante la jurisdicción, las medidas cautelares se presentan como un capítulo esencial de la garantía de tutela judicial efectiva del ciudadano, frente a una administración que puede ejercer por sí sus decisiones, aun cuando estuvieren cuestionadas en aquella sede, favoreciéndose el uso del poder público” . (García, 2009, pág. 19)

En consecuencia, en el caso de los particulares afectados por actos administrativos o resoluciones administrativas de cualquier especie, de acuerdo a lo que expresa el

jurista invocado, en nuestro país, con la nueva normativa se está respetando plenamente, la tutela judicial efectiva de los particulares con las Arts. 122 a 133 del Código Orgánico General de Procesos

De conformidad al Art. 75 de la Constitución de la República “toda persona tiene derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”.

En virtud de lo anterior, como ocurre en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico, digno es destacar los administrados afectados por una resolución, reglamento o acto administrativo están facultados para interponer las “providencias preventivas” de los Arts. 124 a 133 o la “suspensión del acto administrativo” contemplado en el Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos.

Sin perjuicio de las medidas cautelares a que se ha hecho referencia, en el caso que ninguna de las existentes fuera aplicable, hace un análisis de las medidas cautelares innominadas que contempla el Código General del Proceso de la República de Colombia y en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, que contempla la aplicación de las medidas cautelares innominadas existentes en el Código de Procedimiento Civil del mencionado país.

Las legislaciones de los dos países mencionados innovan en materia de medidas cautelares, señalando que ellas deben sustentarse en la tutela judicial efectiva, la cual muchas veces, con la existencia de las medidas cautelares clásicas no puede cumplir con su objetivo principal de garantizar el resultado de la acción deducida por los particulares contra un acto de la Administración.

De acuerdo a la legislación comparada y con el objeto de garantizar, mas adecuadamente la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de reconocer el esfuerzo legislativo

reciente de nuestro legislador al establecer medidas cautelares generales aplicables en materia administrativa, más la medida de suspensión del Art. 330 del Código General de Procesos, se propone complementar la actual legislación con medidas cautelares innominadas en proceso contencioso administrativo.

Antecedentes.-

Gracias a las medidas cautelares o “providencias preventivas” contempladas en los Arts. 124 a 133 o la “suspensión del acto administrativo” contemplado en el Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos, nuestro Estado logró dar un paso positivo para su consolidación como Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cumpliendo con su deber primordial establecido en el numeral 1 del Art. 3 de la Constitución de la República de “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

Queda, en consecuencia, de manifiesto que no existe, con la nueva normativa, una desprotección de las personas afectadas por actos, resoluciones o reglamentos estatales, ya que nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia al asegurar los efectos del juicio contencioso administrativo mediante una medida cautelar, respeta el debido proceso y la tutela cautelar y anticipada de los particulares, aunque siguiendo las tendencias normativas de medidas cautelares innominadas de Colombia y Venezuela, se garantiza en forma más íntegra la tutela judicial efectiva de los particulares.

Justificación

La presente investigación se justifica porque se ha indagado acerca de la existencia de trabajos de grado en las Universidades Central, Pontificia Universidad Católica de Quito, Universidad de San Francisco y Universidad Andina Simón Bolívar, constando que no existe ninguna tesis que haya analizado la normativa relacionada con las medidas cautelares o “providencias preventivas” que se contempla en los Arts.

124 a 133 y la “suspensión del acto administrativo” contemplado en el Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos.

Con el establecimiento de esta clase de medidas cautelares o “providencias preventivas”, el Ecuador evitó los resabios de un Estado omnipotente que velaba más por sus intereses, ya que con esta normativa plena aplicación de el principio “pro homine” en materia contencioso administrativa que implica, que nuestro Estado, en materia de medidas cautelares administrativas, desconoce que toda persona humana, como lo expresan los juristas portugueses Dres. Diogo Freitas do Amaral y Mario Amoroso de Almeida, es titular de “*derechos fundamentales anteriores y superiores a cualquier forma de organización política*”. (Freitas & Amoroso de Almeida, 2004, pág. 18)

En virtud del objetivo general, se ha propuesto como objetivos específicos: a) Legitimar a cualquier persona para pedir medidas cautelares contra un reglamento, acto o resolución administrativa que cause estado y vulnere un derecho o interés directo del demandante; b) Evitar el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del particular y que el posterior reconocimiento de derechos no pierda virtualidad, esto es, que la sentencia no sea ineficaz en razón de que, al haber transcurrido un tiempo, ya no pueda ejercerse luego el derecho que ha sido reconocido y c) Establecer un procedimiento informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases

Conceptualizaciones básicas

Acto Administrativo: Es una declaración jurídica unilateral y concreta de la Administración Pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o a producir actos jurídicos, creadores e situaciones jurídicas subjetivas, al par que aplicar el derecho al hecho controvertido. (Dromi, 1996, pág. 203)

Derecho Administrativo: La rama del derecho público que regula; 1) La organización de la empresa de la administración pública y de las diversas personas administrativas en las cuales se ha encarnado; 2) Los poderes y los derechos que poseen

estas personas administrativas para manejar los servicios públicos; 3) El ejercicio de estos poderes y de estos derechos por la prerrogativa especial, por el procedimiento de acción de oficio y las consecuencias contenciosas que se siguen. (Fraga, 1999, pág. 91)

Medidas Cautelares: los actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces. (Podetti, 1995, pág. 33)

Tutela Judicial Efectiva: La garantía de la tutela judicial efectiva, en su complejidad de contenidos, no tiene otro designio que el expresado: la consagración práctica de los derechos cuya tutela ante los Tribunales se impetra. De nada sirve obtener una decisión judicial razonada y razonable, con todas las salvaguardias de contradicción y pleno debate, sobre la cuestión suscitada ante aquellos si el formal pronunciamiento que se adopte no tiene su reflejo en el mundo de los hechos. En definitiva «un sistema de tutela judicial efectiva no es sólo un sistema que permita abrir los procesos y en cuyo seno se produzcan sentencias ponderadas y sabias. Esas sentencias tienen también que ser efectivas ellas mismas y, por tanto, deben necesariamente ejecutarse». (García de Enterría, 1987 pág. 10)

La importancia de la presente investigación consiste en que la existencia de un “Estado blindado” es inadmisibles en el Siglo XXI, puesto que un Estado de Derechos y Justicia debe aplicar por sobre todas las cosas el principio pro homine por sobre sus intereses, razón por la cual, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico medidas cautelares en materia administrativa, se está frente un resabio de un Estado todopoderoso e intocable contrario a los principios neoconstitucionalistas en los que se sustenta nuestro actual ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el Código General de Procesos, en materia contencioso administrativa, contiene resabios en donde se privilegia al Estado por sobre la persona humana, cuando el primero podría verse afectado, lo que se contradicen con nuestro ordenamiento constitucional y con el principio de justiciabilidad y la supremacía constitucional, ya que es imperioso que cualquier persona tenga derecho a obtener, en un plazo razonable una decisión judicial que garantice una pretensión deducida en juicio contra la administración y el otorgamiento de medidas que aseguren el resultado de la señalada pretensión.

La investigación tiene gran importancia porque nuestros asambleístas en caso alguno han pretendido hacer de nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, un Estado omnipotente, razón por la cual en la presente tesis se propone modificar el Código General de Procesos, a fin de que se contempe medidas cautelares administrativas, para dar a las personas naturales y jurídicas la necesaria tutela judicial efectiva, de acuerdo a lo expresamente dispuesto en el Art. 75 de la Constitución de la República.

Igualmente, con esta investigación se consolida, desde un punto de vista administrativo la seguridad jurídica, consagrada en el Art. 82 del mismo cuerpo normativo, a fin que se respete la Constitución y que existan normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes en lo que dice relación con las medidas cautelares administrativas, para estar en pie de igualdad con el Estado y sus órganos cuando afectan los derechos de las personas, especialmente cuando dictan actos administrativos arbitrarios e incluso susceptibles de nulidad, a los cuales se les presume ajustados a la ley.

Factibilidad

En la elaboración de este trabajo investigativo, a fin de hacerlo factible, se ha efectuado un amplio y acucioso estudio de la legislación, doctrina y jurisprudencia, esencialmente comparada, en donde existen las medidas cautelares administrativas, modelos comparados que se ha tenido en consideración para hacerlos aplicables en nuestro ordenamiento jurídico e igualmente, se ha hecho un acucioso estudio de las

medidas cautelares en las diversas normas jurídicas nacionales en donde se las establece.

Logro de objetivos

Desde mi modesto entender, se ha logrado cumplir con el objetivo general y los objetivos específicos que se incluyó en el plan de tesis aprobado para obtener la Maestría en Derecho Administrativo en la Escuela de Ciencia Jurídicas de la prestigiosa Universidad Técnica Particular de Loja.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ANTICIPADA EN MATERIA ADMINISTRATIVA

1.1 Tutela Judicial Efectiva. Concepto.

La Constitución de la República, con meridiana claridad, se refiere a la tutela judicial efectiva en el Art. 75, cuando dispone que: “Toda persona tiene derecho a [...] la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por ley”.

Nuestra carta magna señala que la tutela judicial efectiva no solo implica el acceso a la justicia, sino que hacer valer los derechos en forma efectiva, aplicándose los principios de inmediación y celeridad, pero además los relacionados con el debido proceso, al exponerse que ninguna persona quedará en la indefensión, añadiendo, además, la ejecutoriedad de las resoluciones judiciales, las cuales en caso de no cumplirse generarán las sanciones establecidas en la ley.

Para un adecuado concepto de tutela judicial efectiva, se utilizó el concepto formulado por el jurista español Dr. Eduardo García de Enterría en su obra “*Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso administrativas*”, el cual se insertó textualmente en las conceptualizaciones básicas de la introducción del presente trabajo, pero que respetuosamente me permito reiterar a fin de dar un contexto lógico y ordenado al presente estudio, señalando que el Dr. García de Enterría define a la tutela judicial efectiva cuando expresa:

La garantía de la tutela judicial efectiva, en su complejidad de contenidos, no tiene otro designio que el expresado: la consagración práctica de los derechos cuya tutela ante los Tribunales se impetra. De nada sirve obtener una decisión judicial razonada y razonable, con todas las salvaguardias de contradicción y pleno debate, sobre la cuestión suscitada ante aquellos si el formal pronunciamiento que se adopte no tiene su reflejo en el mundo de los hechos. En definitiva «un sistema de tutela judicial efectiva no es sólo un sistema que permita abrir los procesos y en cuyo seno se produzcan sentencias ponderadas y sabias. Esas sentencias tienen también que ser efectivas ellas mismas y, por tanto, deben necesariamente ejecutarse. (García de Enterría, 1987 pág. 10)

El concepto de tutela judicial efectiva dado por el jurista español, no es aceptable en el Ecuador, si se aplica a materias administrativas, siendo la razón de ello la inexistencia de medidas cautelares en contra de la administración, lo que implica que las pretensiones de

los administrados son inciertas, puesto que a los particulares afectados por el Estado no se les puede asegurar, anticipadamente, el resultado de una acción interpuesta contra la Administración, cuando un acto administrativo les afecta, ya que a éste se le otorga una presunción de legitimidad que sólo puede dejarse sin efecto solicitando la nulidad del acto ante la justicia competente, pudiendo este acto nulo, mientras se tramita la nulidad, causar daños irreversibles al administrado, lo que constituye una aberración jurídica.

La tutela judicial efectiva es definida, igualmente como un derecho constitucional de carácter procesal, según expresan los juristas venezolanos Humberto Bello Tabares y Dorgi Jiménez Ramos, en su obra *“Tutela Judicial Efectiva y otras garantías”*, quienes refieren a la tutela judicial efectiva, la definen como:

Un derecho constitucional procesal de carácter jurisdiccional, que ostenta todo sujeto de obtener por parte de los órganos del estado (especialmente del judicial) en el marco de procesos jurisdiccionales, la protección efectiva o cierta de los derechos peticionados y regulados en el estamento jurídico, no sólo fundamental sino de menor categoría. (Bello & Jiménez, 2009, pág. 41)

Pero atendida la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, éstas presuponen un derecho aparentemente evidente, posibilitando la anticipación de los derechos de la sentencia de mérito, ya que la medida cautelar busca evitar o minimizar el riesgo de ineficacia de la resolución final que recaiga en la causa, dando respaldo a la acción principal, pero no siempre la providencia de la medida cautelar coincide con la resolución final del proceso, conociéndose a este segmento de la tutela judicial efectiva como “tutela anticipada”.

El derecho a la tutela judicial efectiva, según los juristas chilenos Dres. Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, en su artículo *“El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”*, tienen una doble dimensión adjetiva y sustantiva, cuando expresan:

La primera [adjetiva] se entiende en función de otros derechos o intereses (civiles, comerciales, laborales, etc.), mientras que la segunda [sustantiva] es considerada por la justicia constitucional, como un «derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho». Por tanto, la tutela será plena cuando se pueda accionar ante la jurisdicción, directa o indirectamente, con requisitos que permitan llegar a ella, que den una respuesta de fondo a los intereses o derechos legít-

timos respecto de los que se reclama y que se traduzca en una sentencia fundada y pública con la efectividad de la cosa juzgada y con garantías de su cumplimiento". (García & Contreras, 2013, pág. 245)

De acuerdo a lo expuesto por los juristas chilenos invocados, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consta, en lo que dice relación con las medidas cautelares administrativas, es meramente retórico, dejando en evidencia deficiencias en nuestra Administración Pública, porque la denegación a estas medidas es una indefensión e incertidumbre contra los actos emanados del Estado.

1.2 Breve referencia histórica de la tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva de los administrados se encuentra expresamente consagrada en el Art. 75 de la Constitución de la República, ya que no basta solo otorgar facilidades para tener acceso a los tribunales, sino también a la información y consulta jurídica, a ser el administrado acompañado por su abogado, a obtener dentro de un plazo razonable y mediante un debido proceso el aseguramiento de los derechos constitucionales y los consagrados en los instrumentos internacionales, así como asegurar el cumplimiento de la respectiva sentencia.

Destacable es señalar lo que expresa la Corte Constitucional respecto de la tutela judicial efectiva, cuando señala en sentencia N° 015-13-SEP-CC, caso N° 0235 – 12 – EP, de fecha 14 de mayo de 2013 que:

Cabe recalcar, que la tutela judicial efectiva, bajo el esquema constitucional vigente, se interconecta con el derecho a la defensa del artículo 76 ibídem, aspecto sobre el que, la Corte Constitucional, para el período de transición, (034-12-SEP-CC, pág. 11) ha señalado: De esta forma se establece constitucionalmente el derecho a la defensa de toda persona, y en tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del referido derecho, producirá en última instancia, indefensión [...] Como lo afirma la doctrina, la relación existente entre la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión, se configuran en un único derecho: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. (sentencia N° 015-13-SEP-CC, de fecha 14 de mayo de 2013)

La tutela judicial efectiva, y una de sus aristas, la tutela anticipada, de conformidad a la jurisprudencia expuesta, tienen como sustento el evitar la indefensión, incluyéndose dentro

de ésta el evitar que se hagan ilusorios los derechos o pretensiones de las partes en el juicio, no sucediendo lo sostenido por la Corte Constitucional en lo que dice relación con las medidas cautelares contra el Estado y sus organismos centralizados y descentralizados en materia administrativa.

1.3 Características de la tutela judicial efectiva

El magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela Dr. Jesús Cabrera Romero, en su ponencia relacionada a las características del derecho a la tutela judicial efectiva, en el Exp. N° 01-1114, decisión. N° 1745 del año 2010, expresa:

1.3.1 Comprende el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia.

El Dr. Cabrera, expresa respecto del acceso a la justicia:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. (Tribunal Supremo de Justicia República Bolivariana de Venezuela, 2010, Exp. N° 01-1114, decisión. N° 1745)

No es factible establecer derechos si estos no pueden ejercerse, ello implicaría, simplemente tener textos constitucionales y legales retóricos sin ninguna eficacia, lo que generaría, indefectiblemente la indefensión de toda persona que quiera recurrir a la justicia para ejercer sus derechos.

El ex presidente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay Jorge A. Marabotto Lugaro, en su artículo titulado “*Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia*”, al referirse al acceso a la justicia, con claridad meridiana expresa:

Si el Estado moderno ha proscrito la violencia y ha determinado la prohibición de que se haga justicia por la propia mano, corresponde que haya una amplia posibilidad de acceso a un órgano imparcial para dirimir los conflictos que las personas puedan tener. De otro modo, sería ilusoria esa tesitura de que la autotutela sea excepcional y quienes tengan una discrepancia, si no logran superarla —y no es cuestión que ataña a derechos indisponibles—, la

deban dilucidar a través del proceso. El proceso se convierte, entonces, como bien se ha dicho, en el “medio o instrumento, culturalmente el más avanzado para que, en subsidio de la invocada aplicación espontánea del Derecho, éste pueda, con efectividad y en la realidad concreta humano-social, funcionar adecuadamente. (Marabotto, 2003, pág. 291)

Como expresa el jurista uruguayo invocado, resultaría una aberración jurídica que el Estado haya asumido el monopolio de a la resolución de los conflictos jurídicos entre las partes, si se privara a estas de acceder a la justicia, se estaría denegando el ejercicio de los derechos subjetivos al denegar a toda persona la invocación de la actividad estatal judicial a fin que obtenga expresamente una decisión judicial respecto de su pretensión, sin poder asegurar los resultados de la misma mediante una medida cautelar en contra de aquél.

1.3.2 Comprende el derecho a obtener una decisión en derecho.

El Dr. Cabrera, expresa respecto del derecho a obtener una decisión en derecho:

Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él. (Tribunal Supremo de Justicia República Bolivariana de Venezuela, 2010, Exp. N° 01-1114, decisión. N° 1745)

El derecho a la tutela judicial efectiva está consagrado en el Art. 75 de la Constitución de la República, el cual constituye un derecho tanto constitucional como humano consagrado en diversos instrumentos internacionales, entendiéndose la tutela judicial efectiva tiene estrecha relación con la viabilidad de que la jurisdicción sea invocada por el particular que está interesado en obtener la prestación jurisdiccional y que ésta, en caso de ser ajustada a derecho, produzca efectos jurídicos.

Esta tutela judicial efectiva debe garantizar la gratuidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad y celeridad en la administración de justicia, acompañándose a ello las medidas cautelares que tienden a asegurar el resultado de la acción deducida, cosa que no ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, porque no se ha

legislado respecto de las medidas cautelares que pueden ejercerse en contra de la administración.

1.3.3 Comprende el derecho que esa decisión sea efectiva.

El Dr. Cabrera, expresa respecto de la ejecutoriedad de las decisiones judiciales que:

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello [...] podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades. (Tribunal Supremo de Justicia República Bolivariana de Venezuela, 2010, Exp. N° 01-1114, decisión. N° 1745)

El jurista venezolano destaca todos los aspectos que comprende la tutela judicial efectiva, ya que si no se puede tramitar la pretensión del accionante en forma imparcial y expedita, no se llegará a una decisión efectiva, destacando que la resolución adquiere una importancia relevante cuando adquiere el carácter de firme o ejecutoriada para ser plenamente efectiva, porque la tutela judicial sería un absurdo si no comprendiera el cumplimiento de la resolución obtenida por el accionante en caso de serle favorable.

1.3.4 Garantiza una justicia equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos o reposiciones inútiles.

El Dr. Cabrera, expresa respecto de la garantía de una justicia equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos o reposiciones inútiles, que:

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que con-

lleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado. (Tribunal Supremo de Justicia República Bolivariana de Venezuela, 2010, Exp. N° 01-1114, decisión. N° 1745)

Concuerda lo expuesto por el jurista venezolano con lo consagrado en el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone:

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

1.4 La tutela judicial efectiva en el derecho comparado

1.4.1 Colombia

El Art. 229 de la Constitución de Colombia garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-279/13, al referirse a la tutela judicial efectiva, expresa:

El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como «la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes». Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso. (Corte Constitucional de Colombia, 2013, Sentencia C-279-13)

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido en términos más amplios, el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, destacando que es el núcleo esencial del debido proceso, comprendiéndose la igualdad de armas en el proceso y la sujeción a los procedimientos

previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes, lo que comprende la ejecutoriedad de la sentencia respectiva, y las medidas cautelares innominadas en materia administrativa a las que anteriormente se hizo referencia y que respetuosamente me permito reiterar, porque en materia de medidas cautelares en materia administrativa, el Código General del Proceso, ha establecido medidas cautelares innominadas, cuando establece en el inciso 1° del literal c) del numeral 1 del Art. 590 de la Ley N° 1564 por medio de la cual se expidió el Código General del Proceso, ley que se publicó en el Diario Oficial N° 48489 de 12/07/2012, y cuyo texto, **respetuosamente reitero para sustentar el respeto a la tutela judicial efectiva en el vecino país**, cuando expresa:

Art. 590. Medidas cautelares en procesos declarativos. *En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:*

1.- Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. (Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, 2012, Art. 590)

Importante es destacar que, de conformidad al párrafo primero del precepto transcrito, estas medidas se aplican en toda clase de procesos, párrafo que dispone

Parágrafo primero: *En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad. (Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, 2012, Art. 590)*

El párrafo primero expresamente permite las medidas cautelares innominadas en toda clase de procesos, siendo, en consecuencia, plenamente aplicables estas medidas en materia administrativa.

1.4.2 Costa Rica

La jurista costarricense abogada María Alejandra Fernández Celedón, en su tesis de grado titulada “*La tutela judicial y efectiva de la aplicación del Código Procesal Contencioso Administrativo, sus dimensiones constitucionales*”, al referirse a la tutela judicial efectiva, lo hace en términos amplios, que van desde el acceso a la justicia hasta la ejecución de la sentencia, sobre todo en materia administrativa, cuando expresa:

Ahora los justiciables cuentan con una jurisdicción contencioso-administrativa plenaria y universal, sumamente expedita y celeridad por los diversos mecanismos procesales que incorpora al ordenamiento jurídico esa legislación, tales como el acortamiento de los plazos para realizar los diversos actos procesales, la amplitud de la legitimación, las medidas cautelares, el numerus apertus de las pretensiones deducibles, la oralidad -y sus subprincipios concentración, inmediatez y celeridad-, la única instancia con recurso de apelación en situaciones expresamente tasadas, la conciliación intra-procesal, el proceso unificado, el proceso de trámite preferente o "amparo de legalidad", los procesos de puro derecho, las nuevas medidas de ejecución (multas coercitivas, ejecución sustitutiva o comisarial, embargo de bienes del dominio fiscal y algunos del dominio público), los amplios poderes del cuerpo de jueces de ejecución, la extensión y adaptación de los efectos de la jurisprudencia a terceros y la flexibilidad del recurso de casación". . (Fernández M. , 2009, págs. 25 y 26)

La Constitución de Costa Rica en sus Arts. 27 y 49 garantiza la tutela judicial efectiva, cuando garantiza, en el Art. 27, la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución, y, especialmente respecto de la jurisdicción contencioso administrativa, cuando dispone:

Art. 49.- *Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.*

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

De acuerdo a las dos disposiciones constitucionales transcritas, cualquier persona puede accionar ante los tribunales, en especial los contencioso administrativos y están los tribunales obligados a dar pronta resolución y ejecutoriedad a las decisiones, destacando que en materia de medidas cautelares, el Código Procesal Contencioso Administrativo, en su Título III contiene las medidas cautelares que pueden presentarse incluso de manera anticipada en los Arts. 19 a 30.

1.4.3 España

La Constitución del Reino de España de 1978, actualmente vigente, en su Art. 24.1. Dispone:

Art. 24.1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Respecto de la disposición transcrita, el constitucionalista español Dr. Francisco Fernández Ssegado, citando al Dr. José Almagro Nosete, en su obra “El sistema constitucional español”, refiriéndose a la tutela judicial efectiva, expresa:

El Art. 24 de nuestra Norma Suprema constitucionaliza la instrumentalización de un derecho fundamental: el derecho a la defensa jurídica de todos los demás derechos por medio del bien que podemos denominar «derecho a la jurisdicción», a cuyo alrededor giran conceptos que aun siendo funcionalmente autónomos se nos presentan en la realidad como absolutamente inseparables, como es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, al derecho al juez predeterminado por la ley o de las garantías procesales de lo que se conoce como derecho al debido proceso”. (Fernández, 1992, pág. 265)

El común denominador de la carencia de un derecho a la tutela judicial efectiva en España es la indefensión de toda persona humana, situación que no existe de acuerdo a lo señalado por el autor invocado y el Art. 24 de la Constitución del Reino de España.

1.5 La tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico nacional

Tal como se expresó anteriormente, el derecho a la tutela judicial efectiva se contempla en el Art. 75 de la Constitución de la República, artículo que se transcribió anteriormente y que consagra el acceso gratuito a la justicia y la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de los derechos e intereses de una persona con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, manifestándose que en ningún caso quedará en la indefensión.

El derecho a la tutela judicial efectiva en nuestro ordenamiento jurídico tiene directa relación con los principios del debido proceso y el derecho a defensa, consagrado ampliamente en el Art. 76 de la Constitución de la República, dejándose igualmente constancia que de obtenerse sentencia favorable el accionante podrá pedir su ejecución.

Sin embargo, en materia administrativa, los particulares que accionan contra el Estado carecen del derecho a solicitar medidas cautelares en el juicio que siguen contra el Estado y sus organismos dependientes o autónomos, de acuerdo a lo dispuesto en el Código General de Procesos, que contempla medidas cautelares o “providencias preventivas” en los Arts. 124 a 133 y el Art. 330 del referido cuerpo legal, que regula la “suspensión del acto administrativo”.

1.5.1 Tutela judicial anticipada.

El objetivo primordial de la tutela anticipada es minimizar los efectos del tiempo en el proceso, lo que debería ocurrir, se supone, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que como deber primordial tiene garantizar sin discriminación alguna los derechos constitucionales y los consagrados en los instrumentos internacionales.

El modo de solicitar la tutela judicial anticipada es mediante las acciones cautelares, las cuales requieren de una acción cautelar que provoque la tutela, la cual es definida por el jurista brasileño Diocleciano Torrieri Guimaraes, en su obra titulada *“Diccionario Compacto Jurídico*, como:

La que se interpone para asegurar la eficacia de la sentencia de la acción principal con que está relacionada, garantizando el ejercicio de otra ejecución, siendo así, instrumental, verificándose en ella una pretensión pre procesal. Puede ser instaurada antes o en el curso de la acción principal, pero siempre dependiente de ella. (Torrieri, 2005, pág. 21)

Uno de los mayores problemas de la justicia y que puede causar un enorme daño a quien está sufriendo un perjuicio, en este caso por un acto administrativo, es la morosidad en la causa, ya que si no se tiene un proceso sujeto a los principios de intermediación y celeridad, se contraviene el Art. 75 de la Constitución de la República porque se dejaría al afectado en la más absoluta indefensión.

El jurista argentino Dr. Augusto Morello, en su obra “Anticipación de la tutela”, al referirse a ésta, expresa:

Si el juez adquiere en los estadios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior ¿qué le impide hacerlo? El tiempo de la justicia en esos supuestos se

anticipa y no debe esperar a la sentencia definitiva. Postergar la solución sería malograr la tutela debida, que es continua y debe proveerse según las circunstancias en ese preciso y apropiado instante y no después. (Morello, 1996, pág. 9)

El jurista argentino Dr Roberto Berizonce, en su artículo "La tutela anticipatoria en la Argentina (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)", al señalar que la tutela anticipada es provisional, expresa:

"El pronunciamiento concede, total o siquiera parcialmente, lo pretendido en el mérito, la decisión tiene un alcance meramente provisorio. Sólo excepcionalmente, cuando el objeto de la pretensión se agotare con la decisión, si «no fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo», la decisión recae definitivamente sobre el mérito, configurándose una «medida de efectividad inmediata o autosatisfactiva, lo pretendido en el mérito, la decisión tiene un alcance meramente provisorio». Sólo excepcionalmente, cuando el objeto de la pretensión se agotare con la decisión, si no fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo". (Berizonce, 2004, pág. 4)

En el caso de la tutela anticipada existe una gran diferencia respecto de las medidas cautelares, no es entonces, una tutela cautelar, sino más bien una propia tutela anticipatoria provisional, la cual se garantiza en el Art. 124 del Código General de Procesos, que expresamente faculta a toda persona antes de presentar la demanda y dentro del proceso para solicitar providencias preventivas, aunque se refiere al secuestro o retención de la cosa sobre la que se litiga.

1.5.2 La tutela judicial anticipada en el derecho comparado.

1.5.2.1 Costa Rica.

De acuerdo al artículo transcrito en el párrafo anterior, en Costa Rica, el Art, 26 del Código Procesal Contencioso Administrativo, contempla la tutela judicial anticipada por medio de la facultad de solicitar una medida cautelar antes que se inicie el proceso, exigiendo que la demanda se presente en un plazo fatal de quince días, los cuales se contabilizan a partir de la notificación del auto que le da lugar a la medida, pero si transcurre el plazo y no se interpone la medida, se alzarán ésta y se sancionará al peticionario al pago de daños y perjuicios que se liquidarán cuando se ejecute la sentencia.

El jurista colombiano Dr. Manuel Alberto Restrepo Medina, se refiere a los efectos que produce la ausencia de tutela judicial anticipada en Colombia, lo que deja en evidencia la norma costarricense, cuando en su artículo titulado “La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo”, citando al Dr. Juan Manuel Campo Cabal, expresa: *Las medidas cautelares deben lograr la adecuación tiempo-resolución del fallo, corrigiendo ese desfase o inadecuación temporal del momento del fallo con la realidad jurídica que resuelve, a los efectos de lograr una justicia administrativa plena y eficaz. De poco vale que se reconozca a un sujeto un derecho si ello ocurre en un momento en el cual el fallo ya no sirve para su resarcimiento efectivo, o, igualmente, si se le concede una indemnización por los daños causados cuando en realidad no deberían haberse causado los daños si cautelarmente se le hubiera mantenido en su posición jurídica del momento en que plantea una pretensión cautelar*”. (Restrepo, 2005, pág. 10)

El autor colombiano en forma acertada justifica la existencia de la tutela judicial anticipada, ya que de lo contrario, los derechos del accionante serán meramente ilusorios si no se asegura, la tutela judicial anticipada, puesto que una sentencia tardía puede carecer de efectos resarcitorios, como sería por ejemplo la demolición de una propiedad histórica perteneciente al accionante y ordenada por una Dirección de Obras Municipales.

1.5.2.2 República Oriental de Uruguay.

Según expresa la jurista uruguaya Dra. Selva Anabella Klett Fernández, en su obra “Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay”, la tutela judicial anticipada se contempla en el mencionado país, cuando expresa:

El “poder cautelar genérico” emerge del juego de los arts. 312, 316 y 137 CGP (Código General del Proceso) puede categorizarse como la competencia que posee cualquier órgano con función jurisdiccional para decretar, de oficio o a petición de parte, en cualquier tipo de proceso, en cualquier estado de la causa, cualquier tipo de medida idónea que tienda a la protección de determinados derechos. (Klett, 2013, págs. 1013 y 1014)

Los artículos 311, 312, 316 y 317 del Código General del Proceso del Uruguay, se refieren específicamente a las medidas cautelares y a la tutela judicial anticipada y son de aplicación general, los cuales disponen:

Art. 311. Universalidad de la aplicación.

311.1 Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario, por el tribunal que esté conociendo o deba conocer en el asunto.

311.2 Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionante al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.

Quando para hacer efectiva la medida cautelar se requiera la inscripción en el Registro respectivo, el plazo de caducidad se contará a partir del día hábil siguiente al décimo día hábil posterior al libramiento del oficio.

Declarada la caducidad, la medida no podrá ser propuesta nuevamente si no se acredita la existencia de circunstancias supervenientes. parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite.

Art. 312. Procedencia. Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso.

La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.

Art. 316. Medidas específicas.

316.1 El tribunal podrá disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar (artículo 312).

316.2 La resolución que disponga una intervención necesariamente fijará su plazo, el que podrá ser prorrogado mediante la justificación sumaria de su necesidad y las facultades del interventor, que se limitarán a las estrictamente indispensables para asegurar el derecho que se invoque, debiéndose en lo posible, procurar la continuación de la explotación intervenida. El tribunal fijará, así mismo, la retribución del interventor, la cual, si fuere mensual, no podrá exceder de la que percibiere, en su caso, un gerente

con funciones de administrador en la empresa intervenida; se abonará por el peticionario o, mediando circunstancias que así lo determinen, por el patrimonio intervenido y se imputará a la que se fije como honorario final, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto a la parte que deba soportar su pago.

Art. 317. Medidas provisionales y anticipadas.

317.1 Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.

317.2 Como medida provisional o anticipada podrá disponerse el remate de bienes que se hubieren embargado o, en general, se encontraren sometidos a cualquier medida cautelar cualquiera sea la materia del proceso, que corran riesgo de perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse o cuya conservación irroque perjuicios o gastos desproporcionados a su valor.

En estos casos, el tribunal podrá, a petición de parte y escuchando a la otra, disponer su remate por resolución inapelable y depositar el producto en valores públicos, a la orden del tribunal y bajo el rubro de autos.

317.3 Estas medidas se regularán, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 311 a 316.

En todo supuesto de solicitud de medida provisional antes de disponerse ésta deberá oírse a la contraparte, mediante traslado por seis días o audiencia convocada con carácter urgente.

En el Uruguay existe toda clase de medidas cautelares en contra de cualquier persona pública o privada, las cuales no se encuentran taxativamente establecidas, denominándose “medidas cautelares innominadas”, pero, además, está la tutela judicial anticipada en el Art. 317 del Código General del Proceso, las cuales tienen por objeto evitar que se cause daño al peticionario antes de la sentencia, pero igual en estas medidas debe oírse a la otra parte confiriéndosele traslado por seis días o convocándose a una audiencia con carácter urgente.

1.5.3 La tutela judicial anticipada en materia administrativa en el derecho nacional.

La tutela judicial anticipada en materia administrativa en el derecho nacional, puede ejercerse solicitando las medidas cautelares generales que el Código General de Procesos denomina “providencias preventivas” son **el secuestro o restitución** (Art. 124,125 y 129 del Código General de Procesos), **la prohibición de enajenar bienes inmuebles** (Art. 126 del Código General de Procesos), **la retención** (Art. 130 del Código General de Procesos) y **el arraigo** (Art. 133 del Código General de Procesos), medidas a las que se añade **la suspensión del acto administrativo** (Art. 330 del Código General de Procesos).

Aún no se ha comprobado la eficiencia de las medidas anteriormente señaladas, porque el Código General de Procesos, de acuerdo a la disposición final segunda, entrará en vigencia doce meses después de la publicación del código en el suplemento del Registro Oficial N° 506 de 22/05/2015.

CAPÍTULO II
LAS MEDIDAS CAUTELARES

2.1 Concepto de medidas cautelares

El jurista argentino Dr. Manuel Diez, en su obra “Derecho Administrativo”, define a las medidas cautelares como:

Los actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso, o previamente a él, a solicitud de interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener una situación de hecho, como anticipo de una garantía judicial de la defensa de de la persona y de los bienes y para no tornar ilusorias las sentencias judiciales”. (Diez, 1996, pág. 71)

Las medidas cautelares, según el autor invocado, tienen por objetivo la eficacia del proceso principal, garantizando la utilidad de la futura prestación jurisdiccional. En caso alguno anticipa la decisión sobre el derecho material, solo frente a los requisitos para conceder una medida cautelar, como lo son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, que se analizarán en el punto 2.3. de este capítulo, de lo contrario, no será concedida,

El jurista argentino Dr. Ramiro Podetti, en su obra “Derecho procesal civil, comercial y laboral, Tratado de las medidas cautelares” define a estas medidas como:

“los actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces”. (Podetti, 1995, pág. 33)

El jurista argentino, junto con definir las medidas cautelares, indica el fin que éstas tienen, ya que las medidas cautelares tienen por objeto la eficacia del proceso principal, garantizando la utilidad futura del proceso judicial contencioso administrativo. No constituye una anticipación sobre el derecho material y su tutela cuando están presentes el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, presupuestos fundamentales de toda medida cautelar.

En el caso de las medidas cautelares administrativas en el Ecuador, reitero, por tratarse de materias de Derecho Público deben ser expresamente legisladas, no existiendo disposición alguna que las establezca, destacando, además, que el reciente Código General de Procesos, no contempla en el Procedimiento Contencioso Administrativo, contemplado en la Sección III del Capítulo II del señalado código (Arts. 326 a 333), ningún tipo de medidas cautelares administrativas, no siendo aplicables las “Diligencias preparatorias” ni las “Providencias preventivas” de este código en materia administrativa porque ninguna norma de Derecho Público así lo ordena.

2.2. Objeto de las medidas cautelares

El objeto de las medidas cautelares ha sido señalado con claridad meridiana por la jurista española Dra. Susana de la Sierra, en su obra Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial, cuando expresa:

Las medidas instrumentales que pueden ser acordadas por el juez en un procedimiento, para proteger provisionalmente los bienes, derechos o intereses de las partes y de esta manera evitar que la resolución final del proceso se vea desprovista de su objeto. Sus características son la instrumentalidad, la provisionalidad y, en ciertos casos, la homogeneidad con las medidas de ejecución de la resolución judicial”. (De la Sierra, 2002, pág. 42)

El objeto de las medidas cautelares, es, en términos simples asegurar el resultado de la acción deducida, aunque ello no significa que el accionante tendrá una sentencia favorable, ya que estas medidas se conceden porque concurren los requisitos “fumus boni juris” y “periculum in mora”, a los que se hará referencia más adelante.

2.3. Breve referencia histórica de las medidas cautelares

Históricamente, las medidas cautelares, según expresa el jurista Dr. Flavio Buonaduce Borges, en su obra “Tutelas cautelares y tutelas anticipatorias”, tienen antigua data porque:

*“Como es de conocimiento general, las medidas urgentes ya eran conocidas a la época del derecho romano. Sin embargo, ellas eran postuladas por la vía de fórmulas sacramentales, no poseyendo la autonomía del actual Proceso Cautelar como forma especial de jurisdicción. Existía “**l’operis novi nuntiatio**”, que figuraba como una fase extrajudicial que precedía a la judicial, y que funcionaba como una notificación previa de prohibición de continuidad de una obra. También existía la “**cautio damni infecti**”, que permitía al requirente obtener*

una garantía de resarcimiento en los casos de peligro de dano. Llegó a tener, una forma similar a nuestro secuestro, que consistía en el depósito de una cosa en poder de una tercera persona, a fin de que fuese conservada hasta el final de la Litis". (Buonaduce, 2002, pág. 3)

Tal como se expresó anteriormente, con estas medidas se perseguía asegurar el resultado de la acción deducida y se daba lugar a estas medidas porque había una apariencia de buen derecho a lo que se añadía el peligro de la demora en resolver, de lo contrario el accionante podía sufrir un grave daño.

Con la evolución de las instituciones jurídicas, alejado el derecho del formalismo romano, el procesalista italiano Dr. Francesco Carnelutti, citado por el jurista Dr. Humberto Teodoro Junior, en su obra "El Proceso Cautelar", señala respecto de las medidas cautelares que:

Se conciben como una «composición provisoria de la litis». Más tarde esta concepción fue sustituida por la afirmación que «el proceso cautelar «sirve a la tutela del proceso», como instrumento para garantizar la utilidad práctica del proceso definitivo. Finalmente, perfeccionó la concepción del proceso cautelar, concluyendo que su finalidad era asegurar «el equilibrio inicial de las partes que pueda derivar de la duración del proceso».[...] para Carnelutti la tutela cautelar existe no para asegurar anticipadamente un supuesto y problemático derecho de una parte, sino para tornar realmente útil y eficaz el proceso como remedio adecuado para la justa composición de la litis". (Junior, 1976, págs. 25 y 26)

2.4. Requisitos de las medidas cautelares

La doctrina tanto nacional como comparada es unánime al establecer que para que se conceda una medida cautelar, es requisito que concurren los requisitos de "fumus boni juris" y "periculum in mora", según expresa el procesalista italiano Dr, Piero Calamandrei, quien en su obra "Providencias cautelares", expresó que:

La exigencia de ambos requisitos es consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando la esencia misma de las medidas cautelares". (Calamandrei, 1984, pág. 69)

Las medidas cautelares son decisiones provisionales que se prolongan hasta que la resolución final de la causa sea proferida, pero para concederlas la jueza o juez debe estar convencido

que existen los dos mencionados elementos, ya que la falta de certeza o las imprecisiones acerca del derecho material del accionante, en el caso de esta investigación contra la Administración Pública, pueden hacer ilusorio el resultado del juicio, en caso que obtenga una sentencia favorable, teniendo las medidas cautelares una relación directa con la tutela judicial efectiva

Las medidas cautelares en caso alguno constituyen una sentencia anticipada, porque el derecho del accionante puede ser o no reconocido en la sentencia final, ya que de lo contrario si se tratara de una anticipación de la sentencia, se atentaría de manera expresa contra el principio del contradictorio constitucionalmente consagrado, pero ello no quiere decir, que no pueda garantizarse la integridad de la decisión de la causa y de su ulterior ejecutabilidad.

Si bien las medidas cautelares no constituyen una sentencia anticipada, son una anticipación de la tutela, siempre que la parte interesada tenga una prueba inequívoca en donde existe el fundado recelo de un daño irreparable, grave y de difícil reparación si es que no se aseguran los resultados del juicio, aunque la sentencia no sea favorable al accionante.

2.4.1. Fumus boni iuris.

En términos generales, el “fumus boni iuris” consiste en una “apariencia de bien derecho”, refiriéndose a este requisito en términos doctrinarios el procesalista argentino Dr. Lino Palacio, en su obra “Derecho Procesal Civil”, cuando expresa al respecto:

En virtud del “fumus boni iuris” resulta suficiente la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor, de manera tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho, suponiendo que el desarrollo de ese proceso principal no resulte un obstáculo para alcanzar esa certeza. (Palacio, 2001, pág. 32)

Esta apariencia de buen derecho procede porque existen poderosos indicios de la certeza de un derecho alegado, el cual, obviamente precisa ser comprobado en el curso de la causa, razón por la cual la medida cautelar se confiere con el objeto que la resolución que recaiga en la causa no se torne en ineficaz.

El magistrado de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia Dr. José Ramón Chaves García, en su artículo titulado “La apariencia en Derecho importa: últimas Políticas del fumus boni iuris”, con claridad meridiana señala:

“Es triste que alguien que considera que le asiste la razón y el Derecho se vea obligado a soportar las demoras de un proceso judicial para demostrarlo. El problema se agrava cuando quien actúa bajo sospecha es una todopoderosa Administración Pública e impone una sanción, exige un tributo, deniega una licencia o adopta otra gravosa decisión administrativa. El ciudadano que se siente vejado y atropellado en su derecho observa como la ejecutividad del acto administrativo comporta que hasta que no recaiga sentencia judicial firme tendrá que soportar la decisión pública, y además con el riesgo de que quizás cuando llegue la sentencia judicial anulando la decisión administrativa el mal estará consumado. Para remediar esta situación, y en palabras del Catedrático Calamandrei, impedir que la medicina llegue cuando el enfermo ha fallecido, están las medidas cautelares.. [...] En suma, los únicos pero valiosísimos supuestos en que puede invocarse con éxito la doctrina del fumus boni iuris para conseguir la inmediata suspensión cautelar del acto administrativo por decisión judicial, son los siguientes: a) Actos nulos de pleno derecho (que son supuestos tasados y de interpretación restrictiva) pero eso sí, “que sea manifiesta” (o sea evidente y sin grandes exégesis jurídicas); b) Actos dictados en ejecución de una disposición general declarada nula (o sea, actos en cumplimiento de reglamentos que han sido anulados posteriormente a dictarse aquéllos); c) Actos anulados por sentencia en instancia anterior, aunque no sean firmes (o sea si se anuló un acto sustancialmente similar por sentencia judicial apelada o sometida a recurso de casación, la apariencia de ilegalidad juega a favor de la suspensión).y d) Actos dictados ignorando el criterio reiterado de la jurisprudencia (o sea, cuando la Administración una y otra vez desoye los fallos judiciales sobre una misma cuestión). Con ello se da un importante avance en el Estado de Derecho, ya que bajo la espada de Damocles de tal doctrina del fumus boni iuris, la Administración no podrá aprovecharse de su capacidad de sostenella y no enmendarla. Ni tampoco podrá dictar un aberrante acto nulo de pleno derecho en la confianza (ilegítima) de que mientras el afectado lo recurre y obtiene una sentencia, para entonces, ya se habrá consumado la felonía y el responsable político estará lejos. Estamos ante un valioso regalo de creación jurisprudencial ya que no olvidemos que el legislador no incluyó tan sensatas previsiones, y han sido los tribunales los que han aplicado el Derecho con mayúsculas para no dejar indefenso al justiciable. (Chaves, 2009, pág. 1)

En nuestro ordenamiento jurídico, no es ampliamente aceptada la doctrina del “fumus boni iuris”, porque prevalece “la presunción de legalidad del acto administrativo”, sucediendo que, aun cuando nos encontremos ante un absurdo jurídico que causa daño a un particular, como ocurre con las situaciones expuestas por el autor español, éstas siguen causando daño pudiendo convertirse en situaciones irreversibles.

2.4.2. Periculum in mora.

La morosidad judicial, implica - de acuerdo a la famosa frase del filósofo romano Lucio Anneo Séneca (2 a.C. 65 d.C.) que “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía” – el descrédito de la justicia, reiterando que un juicio prolongado, especialmente de un ciudadano común contra la Administración Pública, implicarán para el actor una serie de gastos y dilaciones que su patrimonio está en imposibilidad de soportar.

En virtud de lo anterior, la jurista costarricense Dra. Natalia Martínez Ovares, en su obra “Las Medidas Cautelares en la Protección del Ambiente y las Jurisdicciones de mayor incidencia en su Tutela Efectiva”, expresa que el periculum in mora:

Consiste en el peligro que puede provocarse si no se dicta una medida cautelar, se traduce en el daño que podría causarse durante la tramitación del proceso principal. Este presupuesto se basa en el riesgo que implica no sólo la tramitación de los procesos sino los retrasos que se producen durante el desarrollo del mismo y que van en detrimento del bien que se desea proteger”. (Martínez, 2001, pág. 40)

Los principios de celeridad y de duración razonable del proceso deben ser aplicados integralmente con los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, de modo que la tramitación del proceso no se extienda más allá de lo razonable, ni tampoco que el proceso se acelere lo suficiente al punto de comprometer el principio del contradictorio.

2.5. Clasificación de las medidas cautelares

El jurista brasileño Flavio Buonaduce Borges, en su artículo titulado “Tutelas cautelares y tutelas anticipatorias”, invoca a varios autores destacando que no existe unanimidad en la doctrina, invocando a los autores italianos Dres. Piero Calamandrei y Francesco Carnelutti, cuando expresan:

*Para Calamandrei, las medidas cautelares deben ser divididas en cuatro especies: a) **Providencias instructorias anticipatorias**, destinadas a asegurar pruebas; b) **Providencias destinadas a asegurar el resultado práctico de una futura ejecución forzada**, cuyo objetivo primordial es el de evitar la dispersión de bienes sobre los que debe incidir la ejecución; c) **Providencias que deciden provisoriamente una situación controvertida**, con las cuales se procura evitar un daño futuro e irreparable en razón de la demora de la obtención definitiva; d) **Providencias cuya finalidad consiste en la imposición de una caución**, que*

*están dirigidas a asegurar los eventuales daños que la concesión de otra medida cautelar pueda eventualmente acarrear a la parte contraria [...] Carnelutti, en su último análisis del proceso cautelar, clasificó a las medidas cautelares como a) **Proceso cautelar inhibitorio**: cuando la medida busca impedir la modificación de una situación; b) **Proceso cautelar res-titutorio**: cuando la medida procura una alteración de una situación ya ocurrida y c) **Proce-so cautelar anticipatorio**, cuando la medida importa anticipación de un cambio probable o posible de la situación en que se encuentran las partes". (Buonaduce, 2002, pág. 8)*

En base a las clasificaciones señaladas se analizará las medidas cautelares en el proceso civil, penal y administrativo.

2.5.1. Medidas cautelares en el Código General de Procesos.

En primer lugar, a fin de determinar la aplicabilidad de las medidas cautelares en el Código Orgánico General de Procesos, en primer lugar, de acuerdo a las normas que rigen el Proceso Contencioso Administrativo, es necesario hacer mención al Art. 304 del referido código, cuando se refiere a la legitimación pasiva, cuando dispone:

Art. 304.- Legitimación pasiva. *La demanda se podrá proponer contra:*

- 1. La autoridad o las instituciones y entidades del sector público de quien provenga el acto o disposición a que se refiere la demanda.*
- 2. La o el director, delegado o jefe de la oficina u órgano emisor del título de crédito, cuando se demande su nulidad o la prescripción de la obligación tributaria o se proponga excepciones al procedimiento coactivo.*
- 3. La o el funcionario recaudador o el ejecutor, cuando se demande el pago por consignación o la nulidad del procedimiento de ejecución.*
- 4. Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor deriven derechos del acto o disposición en los casos de la acción de lesividad.*
- 5. Las personas naturales o jurídicas que hayan celebrado contratos con el Estado.*

Establecidos los sujetos pasivos en contra de los cuales se puede presentar acciones administrativas y medidas cautelares o providencias preventivas, el Código General de Procesos contempla como tales a las siguientes

2.5.1.1. El secuestro o retención. (Art. 124, 125, 129 y 130 del Código General de Procesos)

El jurista brasileño Tauã Lima Verdan Rangel, en su artículo *Comentarios a la medida cautelar de secuestro: un abordaje procesal del tema*, al referirse a esta medida, expresa:

La medida cautelar de secuestro rememora al Derecho Romano, siendo denominada de sequestrum. En efecto, hay que destacar que la medida romana consistía en la entrega de una cosa, hecha por dos o más personas, a un tercero, nombrado “sequester”, con la misión de guardarla, restituyéndosela a uno de los depositantes que se encontraba en una condición preestablecida. Cabe anotar que la figura en análisis recuerda al depositario, diferenciándose de aquella porque en el derecho romano la figura era considerada poseedora de la cosa, y no mero detentor, sólo pudiendo devolver la cosa, cuando se verificase el acontecimiento de la situación establecida. (Verdan, 2012, pág. 2)

Considerado el secuestro o retención de bienes el depósito de una cosa mueble en poder de un tercero, hasta resolver su propiedad, no se aprecia cómo puede aplicarse contra los bienes del Estado, particularmente si se analiza el Art. 304 del Código General de Procesos que se refiere a los legitimados pasivos y, específicamente, respecto de actos o disposiciones de la autoridad que son imposibles de una medida cautelar de esta naturaleza.

2.5.1.2. La prohibición de enajenar bienes inmuebles (Art. 126 del Código General de Procesos)

La prohibición de enajenar bienes inmuebles del Estado, tampoco constituye una medida cautelar que impida los efectos de un acto administrativo nulo o arbitrario, destacando que la única medida adecuada es la suspensión del mismo, ya que esta medida generalmente procede en los juicios ejecutivos.

2.5.1.3. El arraigo (Art. 133 del Código General de Procesos)

El arraigo es una medida cautelar de orden personal, la cual, de acuerdo a lo expuesto por el jurista y ministro de la Corte Suprema de Chile Dr. Osvaldo Erbeta, quien en un voto disidente de un fallo recaído en causa rol N° 5.360/1983 recaído en recurso de amparo, cuando expuso que: *El arraigo del procesado es la radicación obligada del reo en el lugar que se le sigue el proceso y aún más en el territorio de la República, a fin de que no pueda abandonar ni uno ni otro, evitándose de este modo su ausencia subrepticia al del proceso y posterior declaración de rebeldía.* (Solari & Tudela, 2010, pág. 210)

En el caso de la medida cautelar personal de arraigo procedería contra los legitimados pasivos a los que se refiere el Art. 304 del Código Orgánico General de Procesos, sin embargo, el solo arraigo de éstos no suspenderá los efectos de los actos administrativos que se presumen legales si es que no se pide la nulidad de los mismos, lo cual puede causar daños irreversibles al accionante, en consecuencia, se trata de una provisión preventiva que no ampara integralmente la tutela judicial efectiva del accionante.

2.5.1.4. La suspensión del acto administrativo (Art, 330 del Código General de Procesos).

Debe tenerse presente que cuando se solicita la nulidad de un acto administrativo estamos frente a un juicio declarativo o de cognición, el cual se define por el procesalista español Dr. Jaime Guasp como:

Aquel que tiene por objeto una pretensión en que se reclama del órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad: si se da a esta declaración de voluntad el nombre de sentencia, el proceso de cognición es, característicamente, el que tiende a obtener una sentencia del Juez". (Guasp, 2002, pág. 589)

Si mediante un juicio declarativo o de conocimiento se solicita la nulidad de un acto administrativo que causa daño a un tercero, el accionante, obviamente, debe solicitar la suspensión del acto que lo daña, no existiendo ninguna otra medida cautelar que corresponda. En el juicio de nulidad de un acto administrativo, la sentencia anulatoria tiene una naturaleza declarativa porque deja de manifiesto que el acto viola una regla de derecho y, por ello, lo anula y de igual modo, debido a su invalidez, declara su extinción retroactiva, razón por la cual las medidas cautelares existentes en la causa cumplen el objetivo de no hacer ilusorios los derechos del accionante.

2.6. Características de las medidas cautelares

Los juristas argentinos Dres. Natalia Maques Battaglia y Matías Sac, en el Capítulo II titulado "*Las medidas cautelares contra la Administración Pública*", contemplado en el Libro Compilado del autor Marcelo Bruno dos Santos titulado "*Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*" citando al jurista de la misma nacionalidad Dr. Pablo Gallegos Fedriani, señalan que las características de las medidas cautelares son las siguientes:

- a) **No causan instancia:** la decisión que recae al respecto no produce cosa juzgada, pues ante hechos sobrevinientes pueden cesar, ser sustituidas unas por otras más prácticas y menos gradosas, ampliadas o disminuidas.

El jurista uruguayo Dr. Eduardo J. Couture, en su obra *“Vocabulario Jurídico”* define a la instancia como: *Cada una de las etapas o grados del proceso que van, sucesivamente, desde la iniciación del juicio hasta la primera sentencia definitiva que se dicte y desde la interposición de la apelación hasta la sentencia que se promuncie sobre ella.*

De acuerdo a lo expuesto por el jurista uruguayo, la instancia no constituye un grado o etapa del proceso, sino que es una medida accesoria que se extingue cuando se extingue el juicio, pudiendo incluso dejarse sin efecto cuando desaparecen las causas por las cuales fue dictada, asegurándose el resultado de la acción deducida sin necesidad de éstas.

- b) **Carácter sumario del trámite:** el conocimiento judicial previo a su dictado es limitado, superficial y fragmentario, no es precedido por un contradictorio y se cumple sin audiencia de la otra parte con el fin de asegurar su eficacia.

La sumariedad del trámite se debe a la celeridad con que deben decretarse, tramitarse y resolverse, ya que precisamente para que sean concedidos uno de los requisitos es combatir el “periculum in mora”, es decir la demora judicial, que atenta contra las pretensiones de quien solicitó la medida.

El Art. 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se refiere a esta característica, cuando dispone:

Art. 29.- Inmediatez.- Las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición.

La inmediatez implica la concesión inmediata, en tiempo sumario a fin de evitar peligro grave a los intereses de quien las solicita, como se expresa en el Art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dispone:

Art. 27.- Requisitos.- Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.

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

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

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el inciso 3° del Art. 27 deniega la procedencia de las medida cautelares respecto de la amenaza a los derechos constitucionales o los consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando existan otras medidas cautelares y, expresamente, hace referencia a “medidas cautelares administrativas”, las cuales no existen en nuestro ordenamiento jurídico.

- c) **Son acumulables:** con el fin de cubrir sectores de seguridad, cuando una sola no es suficiente, por ejemplo, embargo – inhibición.

Las medidas cautelares pueden ser varias porque lo que se pretende es evitar que la pretensión del solicitante asegure el resultado de la acción deducida, aunque ello no implica que anticipadamente se resuelva el caso favorable a sus intereses, tal como se expuso al dar el ejemplo, no sería lógico embargar un bien si no se prohíbe su enajenación, ya que de lo contrario podría fácilmente burlarse las pretensiones de la persona en favor de la cual se dictaron.

- d) **Se tramitan por expedientes separados: a él se añaden las copias pertinentes de las actuaciones principales:** (Copia del poder y la demanda principal). Lo trascendente es la reserva del expediente, puesto que, las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin la audiencia de la otra parte.

La tramitación en expedientes separados tiene por objeto que no obstruyan el proceso principal, sino que sean un accesorio que asegure el resultado de la acción deducida, ya que como se expreso anteriormente, por ejemplo, un embargo y prohibición de enajenar impide que el demandado enajene las especies sobre las cuales recayeron las medidas restrictivas de los derechos reales.

- e) **Son recurribles; por vía de reposición y apelación:** Si se concede este último recurso, será sólo en el fecto devolutivo.

Los autores que caracterizan a las medidas cautelares se refieren al recurso de reposición o por contrario imperio, el cual se deduce ante la misma autoridad que acogió las medidas cautelares, solicitándoles que no se les dé lugar, siendo el juez de la causa quien resuelve en definitiva. En general en el derecho comparado la medida cautelar contra la cual se presenta reposición va acompañada del recurso de apelación en subsidio, en el caso que no sean concedidas por el juez de primera instancia, resolviendo, en definitiva, los jueces de segunda instancia.

- f) **Caducan de pleno derecho:** si hubieran sido decretadas antes del juicio principal y éste no se promoviera dentro de los diez días de su traba.

Cuando se habla de la caducidad de las medidas cautelares, se refiere al caso de las medidas cautelares anticipadas, es decir, las que obedecen a la tutela judicial anticipada, en la cual se otorga a la persona a quien se les concedió las medidas que presente la demanda dentro de cierto lapso, el cual, una vez vencido sin que se hubiese interpuesto la demanda genera ipso jure la caducidad de la o las medidas, es decir, ésta o éstas quedan sin efecto.

- g) **Instrumentalidad:** dado que las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, cumpliendo una función de aseguramiento en función de otros procesos.

Cuando se habla de la instrumentalidad del proceso cautelar es porque sirven de base para asegurar los resultados de la acción, pero no valen por sí mismas, a lo que se añade que son provisionales, ya que duran el tiempo necesario para el pronunciamiento de la sentencia definitiva o puede acontecer que se modifiquen asegurando los resultados con otra medida cautelar.

La instrumentalidad obedece, que son accesorias y provisionales, ya que están destinadas a durar mientras no sobrevenga un acontecimiento o un cambio de circunstancias que demuestre la conveniencia de su cesación, no produciendo cosa juzgada la resolución que las decreta, tanto porque pueden ser levantadas, sustituidas (los que les otorga el carácter de fungibles) ampliadas, mejoradas o reducidas. Una característica por demás relevante es que se disponen inaudita parte, porque de otra manera se correría el riesgo de que se tornaran ilusorias, siendo su ejecución inmediata. (Maques & Sac, págs. 45 y 46)

- h) **Son accesorias:** porque siguen la suerte de la acción principal ya que se extinguen en el caso que la sentencia sea desfavorable para la parte que las solicitó.

- i) **Son revocables en cualquier tiempo que se estime necesario:** porque ellas persisten mientras permanezcan las condiciones que permitieron otorgarlas, añadiéndose que la parte perjudicada por una medida cautelar puede recurrir en contra de estas medidas ante la jueza o juez de la causa.

- j) **Son fungibles:** porque si la jueza o juez estiman que existe una medida más adecuada para proteger el derecho de la parte solicitante la aplica.

Los juristas argentinos señalan varias características de las medidas cautelares administrativas, expresando que el proceso cautelar no causa instancia, pero omiten señalar que es un proceso autónomo que tiene individualidad propia, pero que siempre presupone la existencia de un proceso principal, ya que su finalidad es asegurar el derecho del accionante en la causa y no hacer ilusorias sus pretensiones.

Es innegable la autonomía del proceso cautelar porque persigue asegurar el resultado de la acción deducida, tiene una función propia y se extingue con el proceso principal.

2.7 las medidas cautelares en el procedimiento administrativo comparado

2.7.1 Colombia.

La Constitución colombiana en su Art. 238 establece la regla general de la suspensión de los actos administrativos, cuando dispone:

Art. 238.- La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. (Constitución Política de Colombia 1991, www.unesco.org/.../colombia/colombia_constitucion_politica_1991)

Una de las legislaciones más avanzadas administrativamente es la colombiana, la cual en el Capítulo XI del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempla detalladamente las medidas cautelares y su procedimiento, particularmente en el Art. 229, que establece:

Art. 229.- Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, 2011, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011)

En Colombia, las medidas cautelares existentes en un proceso administrativo de carácter declarativo, pueden decretarse cualquier medida cautelar tendiente a proteger y garantizar provisionalmente los resultados de la causa, en caso que la demanda sea aceptada, pero, por tratarse de un juicio declarativo y de un acto administrativo que cause daños, lo obvio es que la medida consista en la suspensión de los efectos del acto por los daños que causa con su existencia.

En absoluta concordancia con el Art. 229, el Art. 231 del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo, dispone que en los casos de solicitarse la nulidad de un acto administrativo procede la medida de suspensión del acto, señalando una serie de requisitos para concederla, cuando dispone:

Art. 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, 2011, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011)

Del inciso primero del Art. 231 transcrito, se determina que cuando se solicite la nulidad de un acto administrativo procederá de pleno derecho la suspensión provisional por violación de las disposiciones invocadas o cuando se pruebe en el curso del proceso, procediendo la indemnización de perjuicios en el caso que el perjudicado haya sido perjudicado con el acto administrativo nulo.

La legislación colombiana, igualmente, en el Art. 230 del Código de Procedimiento Administrativo, clasifica las medidas cautelares en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, teniendo la disposición una claridad normativa en la cual se determinan los efectos de cada una de estas medidas cautelares, cuando dispone:

Art. 230.- Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, 2011, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011)

En general, la suspensión del acto administrativo reviste caracteres preventivos, conservativos, anticipativos o de suspensión, pudiendo señalarse que estos caracteres consisten en lo siguiente. El carácter preventivo o cautelar, en términos simples consiste en no hacer ilusorios los resultados de la acción interpuesta, respecto de los efectos conservatorios, consisten en no modificar el estado actual de las cosas alterado por un acto administrativo, y, finalmente, los efectos anticipativos o de suspensión tiene por objeto evitar las consecuencias dañinas de un acto administrativo.

En Colombia, además de las medidas cautelares nominadas, el inciso 1° del literal c) del numeral 1 del Art. 590 de la Ley N° 1564 por medio de la cual se expidió el Código General del Proceso, ley que se publicó en el Diario Oficial N° 48489 de 12/07/2012, contempla las medidas cautelares innominadas, cuando dispone:

Art. 590. Medidas cautelares en procesos declarativos. *En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:*

1.- Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. (Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, 2012, Art. 590)

Importante es destacar que, de conformidad al párrafo primero del precepto transcrito, estas medidas se aplican en toda clase de procesos, párrafo que dispone

Parágrafo primero: *En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin nece-*

idad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.
(Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, 2012, Art. 590)

El párrafo primero expresamente permite las medidas cautelares innominadas en toda clase de procesos, siendo, en consecuencia, plenamente aplicables estas medidas en materia administrativa.

2.7.2 España

La Ley 29 de 13/07/1998, regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el Reino de España, conteniéndose las medidas cautelares en el Capítulo II de dicha ley, en sus Arts. 129 a 136, procedimiento que tiene por objeto, según expresa el numeral 1 del Art. 129 de la referida ley, “que los interesados soliciten en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

En efecto, en concordancia con lo anterior, el numeral primero del artículo 133 de la Ley 29 de 13/07/1998, regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el Reino de España, dispone.

Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos. (Ley 29 de 13/07/1998 de Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, 1998)

En virtud de lo expuesto y el principio de proporcionalidad, el inciso primero del Art. 130 de la ley española establece que una medida cautelar se concede

“previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

Los Arts. 131 y 132 de la ley española determinan que el incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el Secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

Las medidas cautelares, de acuerdo al numeral 1 del Art. 132 de la referida ley: *“estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado”*.

De acuerdo al tenor de las disposiciones analizadas, por lo general, se aplica la suspensión del acto administrativo, porque se pretende mediante un juicio declarativo, evitar los efectos supuestamente perniciosos de éste para los particulares, quienes solicitan la nulidad del acto administrativo.

El jurista español Dr. Eduardo García de Enterría, en su obra *“La batalla por las medidas cautelares”*, al referirse a las medidas cautelares en el proceso español expresa que el juez puede conceder estas medidas en cualquier tiempo, cuando expresa que *“se encuentra consagrada una cláusula abierta que permite al juez la concesión de cualquier medida adecuada”*. (García de Enterría, 1992, pág. 251)

Conforme expuso el Dr. García de Enterría, en España se ha justificado la posibilidad de conceder una medida cautelar no prevista y de carácter «positivo» cuando existe la necesidad de asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos ya que el sustento constitucional para ello se encuentra en el Art. 24 de la Constitución en la cual se exige la concesión de todas las providencias necesarias para asegurar el derecho en disputa y evitar los daños que la Administración pudiere causar, aún cuando las normas contencioso administrativas no contemplen otra medida cautelar que la «suspensión de la eficacia del acto», porque en virtud del señalado precepto constitucional existe.

En España, de acuerdo a lo expuesto por el jurista Dr. García de Enterría, existe la posibilidad de aplicar medidas cautelares innominadas que concuerdan con la suspensión de la eficacia del acto.

2.7.3 República Bolivariana de Venezuela.

En la República Bolivariana de Venezuela existen medidas cautelares nominadas e innominadas, destacando que, respecto de las medidas innominadas, el Tribunal Supremo de Justicia de dicho país, expresó en una de sus sentencias:

Las medidas innominadas constituyen dentro de nuestro ordenamiento jurídico – procesal, un tipo de medidas de carácter cautelar, cuyo contenido no está expresamente determinado por la Ley, sino que constituye el producto del poder cautelar general del órgano jurisdiccional, quien a solicitud de parte, puede decretar y ejecutar las medidas adecuadas pertinentes para evitar cualquier lesión o daño que una de las partes amenace infringir, en el derecho de la otra, dentro de un juicio, todo ello con la finalidad de garantizar tanto la eficacia como la efectividad de la sentencia definitiva y de la función jurisdiccional misma, de lo anterior se infiere, que las medidas cautelares innominadas a diferencia de las medidas precautelativas típicas, van dirigidas a evitar que la conducta de las partes pueda hacer inefectivo el proceso judicial y la sentencia que allí se dicte, aunado a lo anterior, la doctrina y jurisprudencia patria, se ha encargado de definir los requisitos de procedencia a los cuales debe atenerse el Juez, a fin de decretar medidas cautelar innominadas. (Tribunal Superior de Justicia de Venezuela, 2010, pág. 1)

Las medidas cautelares innominadas tienen directa relación con la tutela judicial efectiva, ya que ésta es la necesaria protección que el Estado debe prestar a las personas a fin de paralizar los efectos de la ejecución de un acto administrativo, de modo que la ejecución del mismo no haga fracasar la satisfacción del derecho alegado.

Respecto de las medidas cautelares innominadas en la República Bolivariana de Venezuela, el jurista Dr. Víctor Rafael Hernández-Mendible, en su artículo *El desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela*, expresa:

La Corte Suprema de Justicia guiada por la obligación que corresponde a todo juez de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y de efectuar un control jurisdiccional pleno de toda la actividad o inactividad administrativa de los Poderes Públicos inaugura una nueva etapa a partir de 1989, cuando le otorga visa de ingreso y residencia en el proceso administrativo, a la aplicación de las medidas cautelares innominadas contempladas en el Código de Procedimiento Civil. Es así como de manera paralela y complementaría, la Corte Suprema de Justicia va irradiando en forma expansiva tanto las medidas cautelares nominadas o típicas como las innominadas o atípicas, que oscilarán desde la mera suspensión total o

parcial de la ejecución de los actos administrativos individuales (medida conservativa o asegurativa), hasta la concesión de lo pretendido por el legitimado activo, aunque de manera provisional (medida innovativa o regulatoria). (Hernández - Mendible, 2007, pág. 155)

2.8 Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo nacional

2.8.1 Generalidades de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo nacional

El catedrático de nuestra Universidad, Dr. Marco Jirón Coronel, expresa en su artículo titulado “El juicio contencioso administrativo” que:

Desafortunadamente en nuestra legislación no contamos con un Código de Procedimientos Administrativos, por lo que la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se encarga de describirlo, la misma que subsidiariamente manda a aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en todo lo no previsto en la ley y que fuere pertinente. (Jirón, 2010, pág. 1)

En efecto, el Art. 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dispone:

Art. 77.- En todo lo no previsto en esta Ley se aplicarán, en cuanto fueren pertinentes, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Código de Procedimiento Civil perderán su vigencia cuando entre el vigor el Código General de Procesos, de acuerdo a lo dispuesto en las disposiciones derogatorias primera y tercera de éste último.

2.8.3 Medidas cautelares en los juicios declarativos o de conocimiento

En efecto, cuando se interpone un recurso contencioso administrativo en contra de un acto administrativo sea de plena jurisdicción o de anulabilidad, estamos frente a un juicio declarativo o de conocimiento, el cual se define por el jurista nacional Dr. Simón Fernández Jaramillo, como:

Aquellos juicios en que hay una declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor, configurándose sentencias que se denominan determinativas o de condena, que pueden ir acompañadas o no de la imposición al demandado en el

cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. el proceso de conocimiento viene a constituirse en el resultado de una actividad racional o intelectual que hace el juzgador en base a los hechos y pruebas que aportan las partes procesales. se anota que los procesos de conocimiento lo constituyen los juicios ordinarios, verbal sumario y otros especiales. (Fernández S. , 2003, pág. 23)

En el proceso de conocimiento o declarativo se discute, como señaló el autor invocado, la certeza acerca de lo reclamado por el actor, en este caso la nulidad del acto administrativo que le perjudica, respecto del cual el accionante solicita la suspensión del mismo, de conformidad al Art. 68 y 189 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, (R.O. N° 536, 18/03/2002).

Pero estos procedimientos están derogados en virtud de lo dispuesto en la disposición décimo cuarta derogatoria del Código Orgánico General de Procesos, que dispone:

Decimo cuarta.- *Quedan asimismo derogados, a la entrada en vigencia de la presente Ley, otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma.*

Debe destacarse que tanto en la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como en la ERJAFE, también derogada, no existieron medidas cautelares administrativas, sólo la suspensión del acto administrativo que perjudique a un particular, lo que se reitera en el Art. 330 del Código General de Procesos, que dispone:

Art. 330.- Suspensión del acto impugnado.- *A petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida.*

Podrá motivadamente revocarse la medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron.

De acuerdo a la disposición transcrita estamos frente a un juicio provisional indiciario, que sin implicar una decisión sobre el fondo, obedece a los requisitos del *fumus boni juris* y *periculum in mora*, propios de las medidas cautelares, tomando en consideración el daño irreparable al accionante.

De acuerdo a lo expuesto por el jurista español Dr. Jaime Rodríguez – Arana Muñoz en su artículo *La finalidad de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en España: nuevas perspectivas*, al referirse a la suspensión, expresa:

El mecanismo de la suspensión, está dirigido contra aquellos efectos de un acto administrativo que viene a producir una alteración sustancial en la situación existente, y cuya alteración pueda ocasionar daños o perjuicios de imposible o difícil reparación; si el acto administrativo no viene a aclarar nada, entonces parece claro que nada hay que suspender, y esto es lo que ocurre con los actos negativos. (Rodríguez - Arana, 2008, pág. 175)

De acuerdo a lo anterior puede darse el caso de un acto administrativo nulo que ordene la demolición de un inmueble, lo que puede producir un daño irreparable, razón por la cual la medida cautelar de suspensión evita el daño, cuando es concedida.

Las providencias preventivas o medidas cautelares en materia administrativa, fueron analizadas anteriormente, razón por la cual se tiene por reproducido lo expuesto en las páginas 34 a 37 de este trabajo de investigación.

2.8.3.1 El recurso de plena jurisdicción.

Al recurso de plena jurisdicción al que también se denomina recurso subjetivo implica que estamos frente al “contencioso subjetivo” que versa, precisamente, sobre derechos subjetivos, entendiéndose, según expresa el jurista colombiano Dr. Tulio Chinchilla, en su obra “¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?” que:

Tener un derecho subjetivo significa que para alguien existe una facultad derivada de una norma jurídica, para exigir a otra persona o institución el cumplimiento de un deber específico impuesto por el derecho positivo, aún mediante el ejercicio de una acción judicial (garantía judicial de la acción)”. (Chinchilla, 2009, pág. 16)

El recurso de plena jurisdicción tiene, frente al recurso de anulabilidad u objetivo, un ámbito más restringido porque tiene relación directa con la situación jurídica que afecta o perjudica al interesado y se contempla en el numeral 1 del Art. 326 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone:

Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo.- Se tratarán en el procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones:

1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido

El recurso contencioso de plena jurisdicción o subjetivo, de acuerdo a lo expuesto por el jurista mexicano Dr. Joaquín Cervantes Montenegro, en su obra *“El cumplimiento de las sentencias que emite el Tribunal Fiscal de la Federación”*, expresa:

El contencioso subjetivo tiene como finalidad el reconocimiento de un derecho administrativo a favor del reclamante [...] nos encontramos en presencia del contencioso administrativo o de plena jurisdicción si se persigue el restablecimiento de un derecho subjetivo por la autoridad administrativa y en presencia del objetivo o de anulación si se persigue el restablecimiento de la legalidad alterada por dicha autoridad”. (Cervantes, 1988, pág. 17)

El legitimado activo en el recurso de plena jurisdicción al que también se denomina recurso subjetivo, tiene la ardua tarea de dejar sin efecto la presunción legal de validez de los actos administrativos, en donde al legitimado debe demostrar ante el juzgado competente, de acuerdo a lo que dispone el Art. 299 del Código General de Procesos, que dispone:

Art. 299.- Competencia.- *En las controversias en las que el Estado o las instituciones que comprendan el sector público determinadas por la Constitución, sea el demandado, la competencia se radicará en el órgano jurisdiccional del lugar del domicilio de la o del actor. Si es actor, la competencia se fijará en el lugar del domicilio del demandado.*

2.8.3.2 Legitimación activa en el recurso de plena jurisdicción.

Dentro de las disposiciones comunes de los procedimientos contencioso tributario y contencioso administrativo, el Art. 303 del Código Orgánico General de Procesos, se contempla la legitimación activa, cuando dispone:

Artículo 303.- Legitimación activa. *Se encuentran habilitados para demandar en procedimiento contencioso tributario y contencioso administrativo:*

1. *La persona natural o jurídica que tenga interés directo en demandar la nulidad o ilegalidad de los actos administrativos o los actos normativos de la administración pública, ya sea en materia tributaria o administrativa.*
2. *Las instituciones y corporaciones de derecho público y las empresas públicas que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo,*

- siempre que la acción tenga como objeto la impugnación directa de las disposiciones tributarias o administrativas, por afectar a sus intereses.*
3. *La o el titular de un derecho subjetivo derivado del ordenamiento jurídico, que se considere lesionado por el acto o disposición impugnados y pretenda el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o su restablecimiento.*
 4. *La máxima autoridad de la administración autora de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pueda anularlo o revocarlo por sí misma.*
 5. *La persona natural o jurídica que pretenda la reparación del Estado cuando considere lesionados sus derechos ante la existencia de detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia o violación del derecho a la tutela judicial efectiva por violaciones al principio y reglas del debido proceso.*
 6. *La persona natural o jurídica que se considere lesionada por hechos, actos o contratos de la administración pública.*
 7. *Las sociedades en los términos previstos en la ley de la materia.*

2.8.3.3 El interés directo en el recurso de plena jurisdicción.

El interés suficiente para conferir legitimación o calidad de parte en un procedimiento administrativo o jurisdiccional a un sujeto de derecho, puede ser patrimonial (material, pecuniario) o también moral. que vulneren un derecho subjetivo de carácter administrativo, otorgado por ley, ordenanza, reglamento, contrato administrativo u otra disposición administrativa.

Los juristas chilenos Dres. Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic, en su obra "Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General", al referirse al derecho subjetivo e interés legítimo, señala:

Para que el interés de un particular sea respetado o satisfecho es necesario que esté directamente protegido por el ordenamiento jurídico, es decir, que constituya un derecho subjetivo. Sin embargo, en los últimos tiempos la doctrina y aun la legislación de algunos países como la de Italia (Constitución Política, arts. 24, 103 y 113) admiten la protección de los intereses de los particulares aunque no importen derechos subjetivos, cuando esos intereses se encuentran estrechamente vinculados a un interés público. Se habla entonces de intereses legítimos. Se ha definido el interés legítimo como «un interés individual estrechamente vinculado a un interés general o público y protegido por el ordenamiento sólo mediante la tutela jurídica de este último interés». [...] Los órganos del Estado, de las municipalidades y de otros entes públicos están obligados a velar por el interés público o general y a satisfa-

cerlo. Si no lo hacen, los particulares, a menos que la ley les conceda al respecto alguna acción, carecen de un derecho subjetivo para exigir a la autoridad el cumplimiento de las normas vulneradas; a lo sumo pueden hacer presente, formular denuncias de las violaciones, que la autoridad respectiva puede o no tomar en cuenta". (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 1998, pág. 324)

El derecho subjetivo es, según expresa el jurista argentino Dr, Rogelio Moreno Rodríguez, en su obra "Diccionario de Ciencias Penales es:

La posibilidad atribuida a una persona por una norma jurídica, de hacer u omitir algo. El derecho subjetivo emerge del derecho objetivo que lo sustenta, cuando el interés legítimo es otorgado por la ley, en beneficio exclusivo y directo a su titular, tal interés se traduce en un verdadero derecho subjetivo. El interés legítimo es siempre un presupuesto del derecho subjetivo, al que dota de contenido". (Moreno, 2001, pág. 167)

De acuerdo a lo expuesto por los autores señalados, el interés directo tendría una sinonimia o equiparación con el derecho subjetivo, porque para presentar el recurso se requiere que esté establecido en beneficio exclusivo y directo a su titular.

La jurista nacional Dra. Silvia V. Jimbo de Jiménez, en su obra "La justicia administrativa", señala a quienes debe considerarse interesados en el procedimiento administrativo ante la Administración Pública Central, cuando señala que:

En conclusión, la finalidad es solicitar la anulación del acto impugnado ante el órgano jurisdiccional, así como el reconocimiento del derecho declarado y que ha sido negado; es decir, procede en la defensa del derecho subjetivo cuando se considera que este derecho existente en la Ley, ha sido violado. Además, el Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción permite determinar si el acto administrativo es válido y eficaz, cuando un acto administrativo es personal es decir que afecta directamente al derecho del administrado, tiene como consecuencia la declaratoria de la nulidad o su ilegalidad reconociendo los derechos; con este recurso el administrado debe probar que el acto carece de valor jurídico porque está en contraposición de las normas legales, permitiendo que en sentencia se anule o se declare la ilegalidad del acto administrativo emanado de autoridad pública, excluyéndoselo de la vida jurídica y disponiéndose el reestablecimiento o reconocimiento de los derechos violentados. De lo expuesto anteriormente el reestablecimiento o reconocimiento de los derechos del administrado mediante sentencia tendrá efectos interpartes entonces únicamente le compete a la

administración pública que originó el acto y al administrado que lo impugnó". (Jimbo, 2008, págs. 23 y 24)

De acuerdo a lo expuesto por la jurista nacional, el acto administrativo afecta directamente al titular del derecho subjetivo quien tiene un interés directo para la interposición del recurso.

2.8.3.4 Medidas cautelares en el recurso de plena jurisdicción.

El recurso de plena jurisdicción es un juicio declarativo en donde se reclama contra un acto administrativo que causó daños al derecho subjetivo de un administrado, no existiendo otras medidas cautelares más adecuadas que la suspensión del acto que causa el daño, lo que debe pedirse conjuntamente con el recurso de plena jurisdicción, sin perjuicio de haberse agotado la vía administrativa ante la autoridad que lo dictó

2.9 El recurso de anulación

El recurso de anulación o por exceso de poder, como su propio nombre lo indica, busca la anulación de un acto administrativo por adolecer de ilegalidad atendido que se actuó fuera de los límites de su competencia. El recurso por exceso de poder es un primer momento no se remite a la situación subjetiva del accionante, porque es un recurso objetivo que persigue el restablecimiento de la legalidad, cuando se actuó de la siguiente forma:

- **Por funcionario incompetente:** La competencia, de acuerdo a lo expuesto por el jurista uruguayo Dr. Eduardo J. Coutures es *la medida de jurisdicción asignada a un órgano del Poder [Función] Judicial, consistente en la determinación genérica de los asuntos en los cuales es llamado a conocer, en razón de la materia, cantidad y lugar.* (Couture, 1976, pág. 155)

En el caso de esta causal, el órgano administrativo no tiene atribuciones para dictar un auto administrativo, cause o no daño a terceros, ya que se trata de una nulidad de pleno derecho porque excedió el órgano la esfera de sus atribuciones.

De acuerdo a la disposición constitucional, el funcionario incompetente es aquel que actúa fuera de las competencias y facultades que les fueron atribuidas por la Constitución y la ley, en otras palabras quien excede sus atribuciones sin estar legalmente facultado para ello.

- **Por inobservancia de las formas o procedimientos señalada por la ley:** En el caso de las formas de actuación, es un atentado contra la legalidad, la que específicamente se contempla en el Art. 226 de la Constitución de la República, que establece:

Art. 226.- [Competencias y facultades de los servidores públicos].- *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.*

- **Los que tengan un contenido imposible:** El Consejo Consultivo de Castilla y León de España, al referirse a los actos de contenido imposible, expresa en sus Dictámenes 297/2012, de 31 de mayo y 552/2013, de 18 de julio:

El acto de contenido imposible es el que, por propio ser o realidad intrínseca, no puede llevarse a cabo, bien porque encierra contradicción interna o en sus términos, bien por su oposición a leyes físicas inexorables o a la que racionalmente se considera insuperable. La imposibilidad de los actos administrativos puede ser física, ideal o jurídica. La imposibilidad física de un acto tiene lugar cuando resulta absolutamente inadecuado a la realidad material sobre la que recae, como ocurre si el acto se refiere a un sujeto o a un objeto inexistente. La ideal surge cuando la estructura lógica del acto está defectuosamente conformada al existir dentro de la misma, elementos contradictorios y la jurídica cuando el acto contradice de manera clara y terminante el ordenamiento jurídico por faltar los presupuestos del propio acto. (Consejo Consultivo de Castilla y León, España, 21012 y 2013, pág. 1)

De acuerdo a lo expresado por el Consejo Consultivo de Castilla y León, se trata de actos que no pueden nacer a la vida jurídica porque existen causales físicas, ideales o jurídicas que lo impiden.

- **Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta:** Todo acto de la Administración que constituya una infracción penal, es inexistente en forma coetánea a su formulación o que se dicten como consecuencia de este acto ilícito, como por ejemplo autorizar la construcción de una obra

que produzca efectos ambientales sin que exista una evaluación previa de impacto ambiental.

- **Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal:** Puede tratarse de un acto administrativo que tenga un objeto ilícito, como la autorización de venta de material pornográfico, el cual además constituye un delito penado por la ley.

En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

En relación a la inobservancia de las formas o procedimientos señalada por la ley, puede existir actos nulos de pleno derecho, es decir, estamos frente a una nulidad absoluta, la cual se define por el jurista uruguayo Dr. Eduardo J. Couture, en su obra “*Vocabulario Jurídico*”, como:

Dícese de aquella [nulidad absoluta] que, por afectar los elementos esenciales para la validez del acto, no puede ser convalidada por la confirmación ni subsanada por el transcurso del tiempo. (Couture, 1976, pág. 424)

El numeral 2 del Art. 326 del Código Orgánico General de Procesos, al referirse al recurso de anulación o por exceso de poder, dispone:

Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo.- Se tramitarán en el procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones:

2. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga un interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de vicio legal.

2.9.1 Legitimación activa en el recurso de anulación

La anulabilidad tiene que ser instada por el interesado, en otras palabras, la persona a quien afecta el acto administrativo nulo. El legitimado activo en el recurso de anulación tiene

la ardua tarea de dejar sin efecto la presunción legal de validez de los actos administrativos, en donde al legitimado debe demostrar ante el juzgado competente, de acuerdo a lo que dispone el Art. 299 del Código General de Procesos, que dispone:

Art. 299.- Competencia.- *En las controversias en las que el Estado o las instituciones que comprendan el sector público determinadas por la Constitución, sea el demandado, la competencia se radicará en el órgano jurisdiccional del lugar del domicilio de la o del actor. Si es actor, la competencia se fijará en el lugar del domicilio del demandado.*

2.9.3 El interés directo en el recurso de anulación

El jurista Dr. Juan Andrés Morey, en su artículo titulado “Derecho objetivo y derecho subjetivo. Noción de interés legítimo”, expresa:

El ataque a un derecho subjetivo constituye, pues, un daño efectivo y real, incluso una expropiación del derecho o sus facultades. El ataque al derecho objetivo se protege con el interés legítimo y la acción popular, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades y funcionarios públicos. El daño es a la legalidad y al interés que ella protege. Individualmente existe un perjuicio, o un beneficio, cierto o posible. De este modo, son interesados todos los destinatarios del beneficio o posible derecho declarado por la ley”. (Morey, 2012, <http://morey-abogados.blogspot.com/2012/05/derecho-objetivo-y-derecho-subjetivo-la.html>)

En el recurso de anulabilidad u objetivo es el interés legítimo en que sustenta el recurso porque hay un daño a la legalidad (anulabilidad), es la violación objetiva de la ley la que genera este recurso.

También el recurso de anulabilidad, procede en el caso de “desviación de poder”, la que se define por el jurista nacional y asesor del Tribunal Constitucional, Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, en su artículo titulado “*El vicio de desviación de poder como causa de nulidad de los actos administrativos*”, de la manera siguiente:

La desviación de poder tiene que ver con la teleología de la norma jurídica y la del acto, y dicha teleología será un elemento reglado y fiscalizado judicialmente, aun cuando se trate de actos discrecionales. «Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico». Así define este vicio, de manera muy clara y exacta, el artículo 83 numeral 3 de la Ley Reguladora de la Ju-

jurisdicción Contencioso Administrativa de España, la cual fue publicada en diciembre de 1956 y se mantiene en el artículo 70 numeral 2 de la Ley vigente. (Belalcázar, 2005, pág. 1)

El desvío de poder, de acuerdo a lo expuesto por el jurista nacional Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, quien cita al Art. 83 N° 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España que entiende por tal al ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico.

En términos más exactos, el jurista brasileño y profesor titular de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, en su artículo titulado “*Desvío de poder en la anulación del acto administrativo*”, citando al jurista de su nacionalidad, Dr. Diógenes Gasparini, expresa:

De hecho, ocurre el desvío de finalidad [desvío de poder] cuando el agente ejerce su competencia para alcanzar un fin diverso del interés público. Es decir, el agente público que solamente puede practicar el acto fundado en el interés público, caba por practicar el acto o actuar para satisfacer un interés privado. Es lo que ocurre cuando el agente [...] determina la construcción de una escuela para valorizar el plano de loteo de un correligionario. En estas hipótesis se acostumbra a decir que el desvío de finalidad [desvío de poder] es genérico: el interés público para de público a particular. (Abreu, 2006, pág. 6)

2.9.4. Medidas cautelares en el recurso de anulación.

Ante la inexistencia de medidas cautelares, tanto en el recurso de plena jurisdicción como en el de nulidad, lo único que se puede solicitar, para evitar el daño a los particulares, éstos están facultados para solicitar la suspensión del acto lesivo, destacando que debe accionarse contra un acto administrativo que se presume ajustado a la ley, razón por la cual cabe al perjudicado desvirtuar esa presunción.

CAPÍTULO III
INVESTIGACIÓN DE CAMPO

3.1. Modalidad de la investigación

La modalidad utilizada en la presente investigación fue la bibliográfica, científico – jurídica, analizando la legislación comparada, así como el Código Orgánico General de Procesos, determinando que en la legislación vigente no existen medidas cautelares en materia administrativa, y respecto de las existentes en el nuevo código, las providencias preventivas generales son de difícil por no decir imposible aplicación, destacando que la única medida cautelar administrativa es la que establece el Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos.

3.2. Tipo de investigación

Mediante la presente investigación se analizó las normas nacionales como comparadas que dicen relación con las medidas cautelares en materia contencioso administrativa, y, de igual forma, las disposiciones que se refieren a la materia en el Código Orgánico General de Procesos.

3.3 Población y muestra de la investigación

Composición	Número
Encuesta a 40 abogados de la Provincia de Los Ríos	40
Entrevista al juez de la Corte Nacional de Justicia Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado; al Director Provincial del Consejo de la	

Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Diego Fernando Camacho García; al Asesor Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Juan Pablo Cordero Chiriboga; al Director Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Jaime Adrián Ortis Mocha.	4
TOTAL	44

3.4 Análisis de los resultados de las encuestas aplicadas a 40 abogados en libre ejercicio de la Provincia de Los Ríos

PREGUNTA N° 1 ¿Se puede solicitar medidas precautorias en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

Tabla 1
Medidas precautorias en juicio

Alternativas	factor	porcentaje
1. Hoy no, pero gracias a las normas del Código Orgánico General de Procesos, si, a contar del 22/05/2016	37	96%
2. No contesta	3	4%
Total	40	100%

Elaborado por el maestrante Andrés Medina Trujillo



Figura 1: Medidas precautorias en juicio

Elaborado por el maestrante: Andrés Medina Trujillo

Interpretación y análisis: treinta y siete abogados señalaron que no es posible en la legislación vigente interponer medidas precautorias en contra del Estado en juicios contencioso administrativos, pero que será posible cuando esté vigente el Código Orgánico General de Procesos; tres abogados, funcionarios públicos, no contestaron la pregunta.

PREGUNTA N° 2 ¿Se puede solicitar medidas precautorias anticipadas en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

**Tabla 2
Medidas precautorias anticipadas**

Alternativas	factor	porcentaje
1. No, en la actualidad no se puede, pero Después del 22/05/2016 si porque el Código Orgánico General del Procesos lo establece	37	96%
2. No contesta	3	4%
Total	40	100%

Elaborado por el maestrante Andrés Medina Trujillo

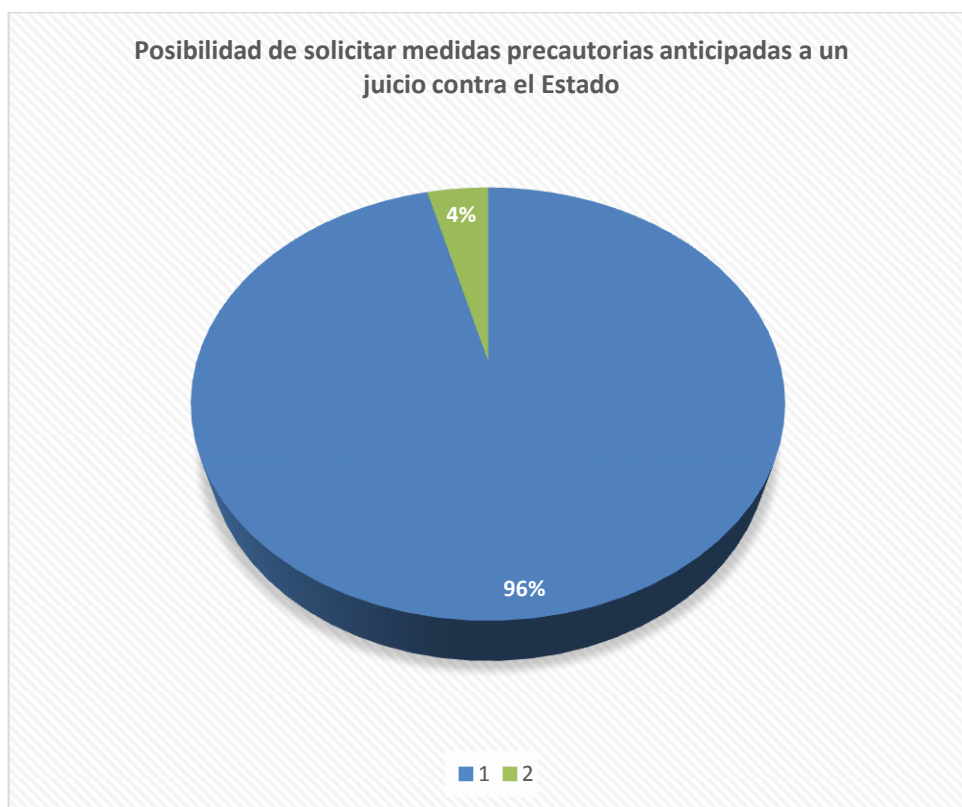


Figura 1: Medidas precautorias anticipadas
Elaborado por el maestrante: Andrés Medina Trujillo

Interpretación y análisis: treinta y siete abogados señalaron que no es posible en la legislación vigente interponer medidas precautorias anticipadas en contra del Estado en juicios contencioso administrativos, pero sí en el Código Orgánico General de Procesos a contar del 22/05/2016; tres abogados, funcionarios públicos, no contestaron la pregunta,

PREGUNTA N° 3 ¿Tienen los administrados derecho a tutela judicial efectiva y/o anticipada en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

Tabla 3
Derecho a tutela judicial efectiva

Alternativas	factor	porcentaje
1. No, en la actualidad no, solo la suspensión del acto de acuerdo a la ERJAFE	40	100%
2. Si	0	0%
Total	40	100%

Elaborado por el maestrante Andrés Medina Trujillo

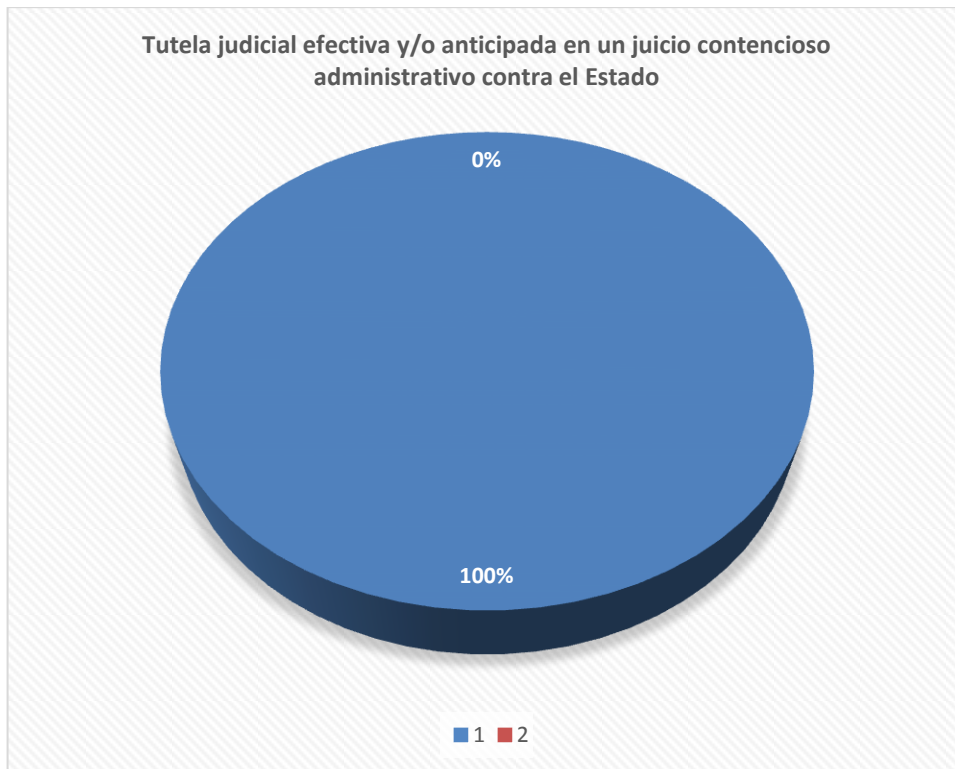


Figura 3: Derecho a tutela judicial efectiva
Elaborado por el maestrante: Andrés Medina Trujillo

Interpretación y análisis: el cien por ciento de los abogados señaló, incluyendo a los tres abogados funcionarios públicos, que no existe en la legislación actual ninguna posibilidad de de interponer medidas cautelares en un juicio contencioso administrativo seguido en contra del Estado, existiendo sólo suspensión de un acto administrativo contemplado en la ERJAFE que tiene muchas dificultades para su tramitación y que está derogado por el Código Orgánico General de Procesos.

PREGUNTA N° 4 Debido a la falta de tutela judicial efectiva o anticipada ¿diría Ud. que los particulares afectados están en indefensión?

Tabla 4
Falta de tutela judicial efectiva o anticipada

Alternativas	factor	porcentaje
1. Sí, porque pese al debido proceso existe una dilatada tramitación contencioso administrativa	15	37%

2. No porque pueden ejercer sus derechos sin restricciones en el juicio contencioso administrativo, conforme los principios del debido proceso y ello se subsanó en el Código Orgánico General de Procesos	25	63%
Total	40	100%

Elaborado por el maestrante Andrés Medina Trujillo

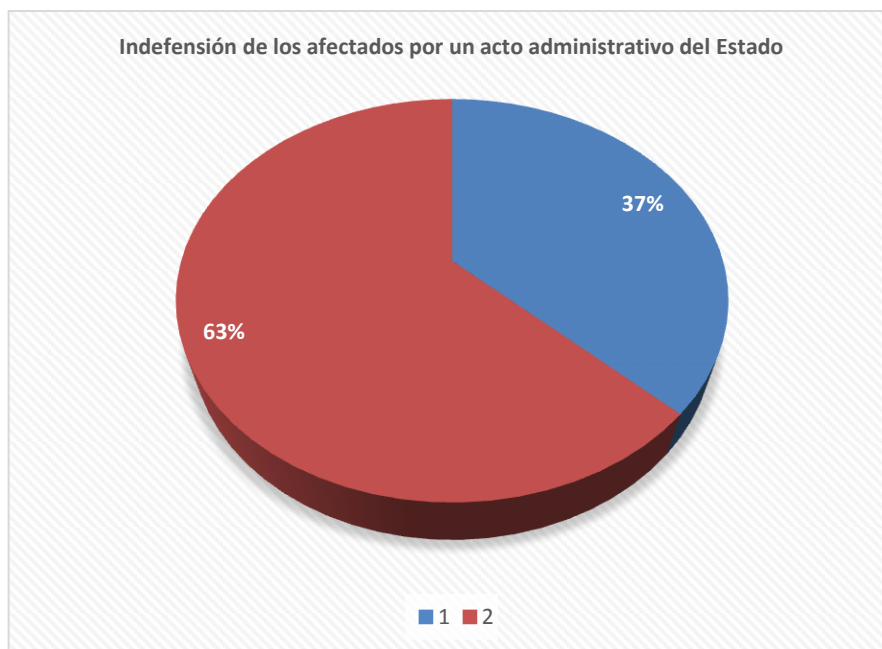


Figura 4: Falta de tutela judicial efectiva o anticipada

Elaborado por el maestrante: Andrés Medina Trujillo

Interpretación y análisis: 15 abogados expresaron que si hay indefensión porque al no existir estas medidas que aseguren el resultado de la acción no se cautelan los intereses de los particulares que están en desigualdad de armas en la defensa de sus intereses contra el Estado; 25 abogados señalaron que los particulares no están en indefensión porque los juicios contencioso administrativos se tramitan de acuerdo a las normas del debido proceso, lo que mejorará cuando entre en vigencia el Código Orgánico General de Procesos.

PREGUNTA N° 5 ¿Se solucionan las omisiones legales de la legislación vigente con el proyecto de Código Orgánico General de Proceso?

Tabla 5
Soluciones omisiones legales

Alternativas	factor	porcentaje
1.- Si porque se eliminan los Tribunales Distritales Contencioso Administrativos	5	12%
2.- Si, porque además de eliminarte los Tribunales Contencioso Administrativos se puede interponer medidas cautelares en toda clase de procedimientos	35	88%

Total	40	100%
-------	----	------

Elaborado por el maestrante Andrés Medina Trujillo

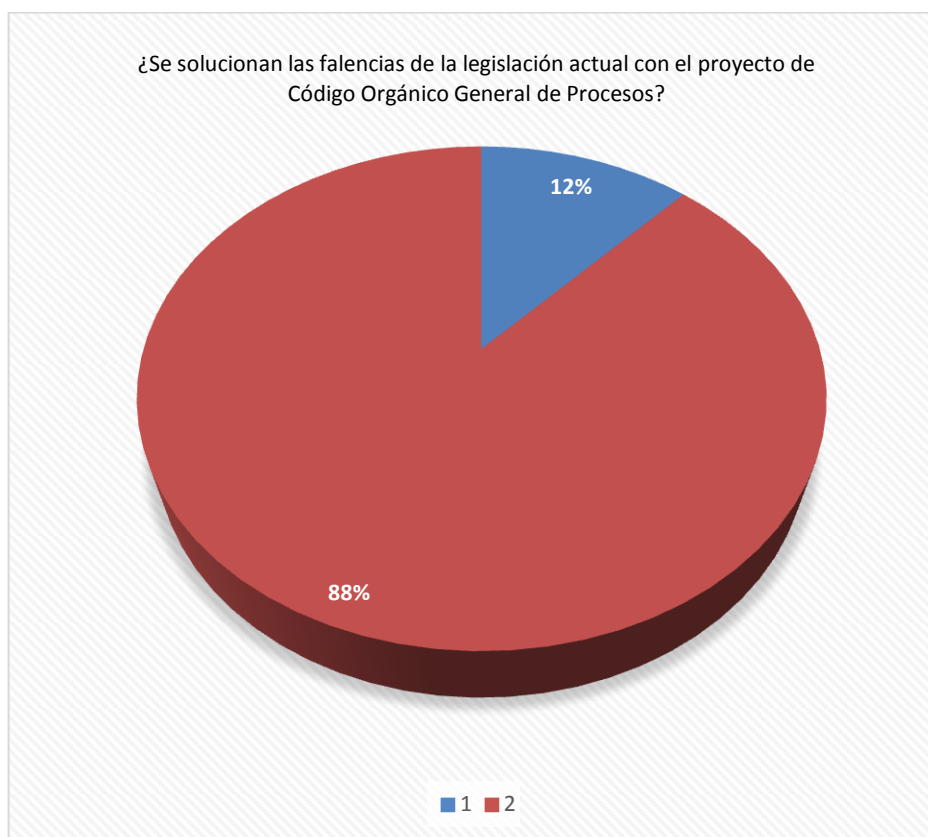


Figura 5: Soluciones omisiones legales
Elaborado por el maestrante: Andrés Medina Trujillo

Interpretación y análisis: cinco encuestados expresaron que si porque terminan los Tribunales Distritales Contencioso Administrativos, treinta y cinco abogados expresaron que sí porque se puede interponer medidas cautelares en toda clase de procedimientos, incluso en forma anticipada y ya no existirá mas esta justicia especial.

3.5 Entrevistas

3.5.1. Entrevista al juez de la Corte Nacional de Justicia Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado.

PREGUNTA N° 1 ¿Es ajustado a derecho que no se pueda solicitar medidas precautorias en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

Absolutamente no, ya que jurídicamente en el Ecuador no hay persona, entidad o grupo privilegiado, esa es la esencia y base de la democracia, no resulta jurídicamente adecuada, en estos tiempos, la presencia de un Estado intocable al cual incluso se le permita estar protegido frente a los errores de sus servidoras o servidores, ya que si bien el estado es objetivamente responsable por los hechos u omisiones de sus subordinados y puede repetir contra éstos de conformidad a lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del numeral 9 del Art. 11 de la Constitución, no es ajustado a Derecho que el Estado tenga como deber primordial, de acuerdo al numeral 1 del Art. 3 de la carta magna, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos constitucionales y los establecidos en instrumentos internacionales, ya que en no todas las ocasiones procede aplicar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Desde mi punto de vista, el nuevo Código General de Procesos, en similitud a lo que establece el Código General del Proceso de la República Oriental, deberían proceder las medidas cautelares contra toda clase de personas, incluso el Estado en el más amplio sentido de la palabra, lo que se contiene en términos generales en el proyecto de Código Orgánico de Procesos, destacando dentro que los Arts 378 a 408 ponen fin a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y los Arts. 131 a 150 del mismo cuerpo legal regulan en forma amplia las medidas cautelares contra la Administración.

PREGUNTA N° 2 ¿Es ajustado a derecho que los particulares afectados estén inhibidos de solicitar medidas precautorias anticipadas en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

Reitero lo expuesto anteriormente y pongo un ejemplo, supongamos que exista un acto administrativo que sin mediar un estudio de impacto ambiental, haya permitido a un particular verter residuos tóxicos al medio ambiente. Obviamente que existe para los particulares varias vías, sea la acción de protección, la denuncia por un delito ambiental etc. pero ante la emergencia de la situación debe darse lugar a la medida, cosa que ocurriría si se aplica el Art. 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pero puede suceder que se rechace la acción de protección porque en este caso estamos frente a un delito ambiental, ¿puede entonces no suspenderse el acto administrativo en formas inmediata por el daño irreversible que causa?, Es necesario, entonces uniformar las normas sobre medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico, porque toda demora judicial genera más daños y ello, precisamente, es lo que se pretende evitar con la interposición de la medida cautelar. Pero el proyecto de Código Orgánico General de Procesos pone solución a todas las falencias existentes en la legislación vigente, pero es un proyecto que puede sufrir modificaciones, esperando que las normas relacionadas con las materias administrativas se mantengan.

PREGUNTA N° 3 De acuerdo a lo expuesto anteriormente ¿considera que toda persona, en materia de actos administrativos contrarios a derecho y nulos de nulidad absoluta, los particulares carecen del derecho a una tutela judicial efectiva y/o anticipada en los juicios contenciosos administrativos contra el Estado?

En estricto derecho se carece de una tutela judicial efectiva o anticipada, ya que si se solicita una medida cautelar, o al menos la suspensión del acto nocivo, ésta debe concederse en consideración a la gravedad que el asunto tiene y obviar una serie de trámites tales como el sorteo y la calificación, porque de lo contrario, la justicia no podrá detener los daños irreversibles contra los particulares y la naturaleza. Pudiendo señalar que esta omisión se subsana en el Código Orgánico General de Procesos.

PREGUNTA N° 4 ¿Cumple el Estado ecuatoriano con su deber primordial de asegurar el pleno goce de los derechos constitucionales y los consagrados en instrumentos internacionales en favor de los administrados afectados por un acto administrativo?

Con pleno convencimiento expreso que sí, tenemos la Constitución y las leyes que protegen los derechos constitucionales y de todo tipo de sujetos de derecho, pero sucede que nuestra justicia está anquilosada en procedimientos y trámites innecesarios que dilatan la urgencia de los particulares u otros sujetos de derecho, como la naturaleza que requieren urgencia para evitar los daños, no permitiéndose a las juezas y jueces, pese a establecerlo el N° 3 del Art. 11 y el inciso 2° del Art. 426 de la Constitución de la República, conceder una medida cautelar innominada para evitar daños irreparables, aplicando como en derecho corresponde la aplicación directa e inmediata de la Constitución o de los instrumentos internacionales de derechos humanos que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente, pero insisto que todo se subsana en el proyecto de Código Orgánico General de Procesos que espero entre pronto en vigencia.

PREGUNTA N° 5 ¿Regula el proyecto de Código Orgánico General de Procesos las medidas cautelares en materia administrativa?

Analizado el proyecto de Código Orgánico General de Procesos sí se contempla, sustentando esta respuesta de la manera que sigue, el Art. 1° del proyecto, al tratar el ámbito de aplicación señala que ***“las normas establecidas en el presente Código son aplicables a todas las causas en materias de naturaleza no penal”***.

En virtud de lo dispuesto en el Art. 1 del proyecto, se comprende dentro del proyecto a las causas contencioso – administrativas, lo que se ratifica en las “*Disposiciones derogatorias y reformatorias*”, ubicada en la parte final del proyecto y que dispone en su disposición tercera: “**3. En la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en el Registro Oficial N° 338 de 18 de Marzo de 1968 y sus posteriores reformas: Todas las que se opongan a las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos**”. Pero esta situación se solucionaría con el nuevo código.

PREGUNTA N° 6 ¿Qué normas del proyecto de Código Orgánico General de Procesos se refieren a las medidas cautelares en materia administrativa?

Debe tenerse en consideración que el proyecto de Código Orgánico General de Procesos se refiere a las medidas cautelares en los Capítulos I, II y III del Título III del Libro II, Arts. 131 a 150. El Libro II del proyecto de Código Orgánico General de Procesos se denomina “Actividad Procesal”, el Título III trata el “Proceso Cautelar” y los Capítulos I, II y III, lo siguiente: “*Medidas cautelares y cauciones*” (Cap. I); “*Proceso Cautelar Independiente*” (Cap. II) y “*Medidas cautelares dentro del proceso*” (Cap. III)

En estas disposiciones se establece medidas cautelares dentro de un juicio e incluso anticipadas y se establece que estas materias las conocerán

PREGUNTA N° 7.- ¿Se declara la nulidad de un acto administrativo viciado ipso jure?

Desafortunadamente no, se requiere de un procedimiento contencioso administrativo que se dilata en el tiempo y, mientras tanto, el acto se presume legalmente válido aunque sea nulo y pese a que el Art. 129 del ERJAFE establece la nulidad de pleno derecho, ésta no es concedida con la celeridad que se necesita.

PREGUNTA N° 8.- ¿Se declara la suspensión de un acto administrativo viciado ipso jure?

Aunque la nulidad del acto administrativo y la suspensión del señalado acto no son lo mismo, igualmente no opera el principio de celeridad en esta materia, razón por la cual toda esta normativa debe modificarse para que realmente los particulares tengan igualdad de armas para enfrentarse al Estado.

PREGUNTA N° 9 ¿Cómo deberían ser estas medidas cautelares administrativas contra el Estado?

La taxatividad no me parece, creo que nuestras juezas y jueces tienen el suficiente criterio jurídico para determinar todas las medidas innominadas que sean necesarias para que se tutele efectiva y anticipadamente a los particulares que se vean afectados por actos administrativos del Estado y sus entidades tanto dependientes como descentralizadas.

PREGUNTA N° 10 ¿Qué legislación comparada estima la más adecuada para que se aplique en el Ecuador respecto de las medidas cautelares contra la Administración?

Tal como lo expresé antes, el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay que data del año 1988, en el cual se establecen las medidas cautelares en todo tipo de materias, incluso las anticipadas, pero no tienen nada que envidiar al proyecto de Código Orgánico General de Procesos.

3.5.2 Entrevista al Director Provincial del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Diego Fernando Camacho García.

PREGUNTA N° 1 ¿Es ajustado a derecho que no se pueda solicitar medidas precautorias en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

Es intolerable que en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia aún haya resabios de desigualdad de entre el Estado y las personas naturales que carecen de igualdad de armas para defender sus intereses frente a un Estado omnipotente que se impone sobre la persona humana, haciendo que en esta materia no funcione el principio pro homine frente a los intereses del Estado, lo que está en contradicción con las normas, principios y valores que contiene la Constitución de la República, pese a la responsabilidad objetiva del Estado contenida en el numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República, aunque en el proyecto de Código Orgánico General de Procesos se soluciona todas estas falencias.

PREGUNTA N° 2 ¿Es ajustado a derecho que los particulares afectados estén inhibidos de solicitar medidas precautorias anticipadas en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

Me remito a lo expresado en la respuesta anterior, los particulares, ahora, están en desventaja cuando se enfrentan judicialmente con el Estado.

PREGUNTA N° 3 De acuerdo a lo expuesto anteriormente ¿considera que toda persona, en materia de actos administrativos contrarios a derecho y nulos de nulidad absoluta, los particulares carecen del derecho a una tutela judicial efectiva y/o anticipada en los juicios contenciosos administrativos contra el Estado?

Por supuesto que los particulares no tienen una tutela judicial efectiva ni anticipada plena, porque al no poder interponer medida cautelares en contra del Estado en los juicios contenciosos administrativos puede suceder que pese a existir los requisitos del *fumus boni juris* y el *periculum in mora*, no se pueda obtener ningún tipo de protección porque se carece en la legislación de medidas cautelares que aseguren el resultado, las cuales se mejorarán, espero, con el proyecto de Código Orgánico General de Procesos

PREGUNTA N° 4 ¿Cumple el Estado ecuatoriano con su deber primordial de asegurar el pleno goce de los derechos constitucionales y los consagrados en instrumentos internacionales en favor de los administrados afectados por un acto administrativo?

Diría que sí pero no absolutamente, porque si el acto es nulo se presume ajustado a la ley y los particulares deben demandar su nulidad aunque sea evidente ésta, no existiendo una nulidad *ipso jure* como en derecho corresponde, sucediendo que el acto nulo continúa causando efectos perniciosos hasta que judicialmente se lo deje sin efecto, pero con la nueva normativa que se aplicará en el país se pone fin a estas omisiones.

PREGUNTA N° 5 ¿Regula el proyecto de Código Orgánico General de Procesos las medidas cautelares en materia administrativa?

Es mejor de lo actualmente existente, las medidas cautelares que pueden interponerse ante cualquier juez o jueza y estas materias son de conocimiento de todas las juezas y jueces porque el proyecto regula todos los procesos sin excepción alguna.

PREGUNTA N° 6 ¿Qué normas del proyecto de Código Orgánico General de Procesos se refieren a las medidas cautelares en materia administrativa?

En los artículos 131 a 150 del proyecto de Código Orgánico General de Procesos se regulan toda clase de medidas cautelares dentro de un juicio como anticipadas y hay expresas normas que rigen todo el procedimiento contencioso administrativo en los Arts. 378 a 408

PREGUNTA N° 7.- ¿Se declara la nulidad de un acto administrativo viciado ipso jure?

En la actualidad con las deficientes normas existentes, no se declara la nulidad ipso jure, pero el proyecto de Código Orgánico General de Procesos, pone fin a estas falencias

PREGUNTA N° 8.- ¿Se declara la suspensión de un acto administrativo viciado ipso jure?

Reitero lo expuesto anteriormente, la deficiencia de las normas que rigen la materia también impiden una suspensión ipso jure de un acto administrativo nulo que se presume legal por el simple hecho de emanar de la Administración, pero con el nuevo código se solucionará el problema, aunque la vigencia del mismo, una vez aprobado, no será inmediata y en el intertanto debería solucionarse estas falencias en forma eficiente.

PREGUNTA N° 9 ¿Cómo deberían ser estas medidas cautelares administrativas contra el Estado?

Dejar a la libertad de las juezas y jueces el otorgamiento de las mismas porque cada medida cautelar debe ajustarse a las necesidades de quien las interpone cuando se cumplen los requisitos del fumus boni juris y periculum in mora.

PREGUNTA N° 10 ¿Qué legislación comparada estima la más adecuada para que se aplique en el Ecuador respecto de las medidas cautelares contra la Administración?

Hay normas comparadas como las de Uruguay y Costa Rica, pero las propuestas son más precisas que las que se proponen en el proyecto que se discute en la Asamblea Nacional.

3.5.3 Entrevista al Asesor Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Juan Pablo Cordero Chiriboga

PREGUNTA N° 1 ¿Es ajustado a derecho que no se pueda solicitar medidas precautorias en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

Toda falencia normativa que impida el pleno ejercicio de los derechos y la protección de los mismos no es correcta, porque el Art, 3 N° 1 de la Constitución de la República establece que es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos constitucionales y los consagrados en los instrumentos internacionales, norma que en materia de medidas cautelares administrativas es ineficiente y retórica porque carece de efectivo cumplimiento, eso es lo que ocurre en la actualidad.

PREGUNTA N° 2 ¿Es ajustado a derecho que los particulares afectados estén inhibidos de solicitar medidas precautorias anticipadas en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

Es lamentable que la realidad normativa sea distinta a lo que expresa la Constitución de la República que hace que muchas de sus normas no cumplan los propósitos que se pretende, es decir el absoluto ejercicio de los derechos sin limitación alguna.

PREGUNTA N° 3 De acuerdo a lo expuesto anteriormente ¿considera que toda persona, en materia de actos administrativos contrarios a derecho y nulos de nulidad absoluta, los particulares carecen del derecho a una tutela judicial efectiva y/o anticipada en los juicios contenciosos administrativos contra el Estado?

Reitero lo expuesto anteriormente.

PREGUNTA N° 4 ¿Cumple el Estado ecuatoriano con su deber primordial de asegurar el pleno goce de los derechos constitucionales y los consagrados en instrumentos internacionales en favor de los administrados afectados por un acto administrativo?

No absolutamente, existen falencias que deben mejorarse, como lo que acontece con la falta de medidas cautelares contra el Estado en materia administrativa, debiendo mejorarse la normativa vigente, lo que se hace en el proyecto de Código Orgánico General de Procesos.

PREGUNTA N° 5 ¿Regula el proyecto de Código Orgánico General de Procesos las medidas cautelares en materia administrativa?

Si mejora todo lo existente y establece que todo juicio contenciosos administrativo y las medidas cautelares las conocerá la justicia ordinaria.

PREGUNTA N° 6 ¿Qué normas del proyecto de Código Orgánico General de Procesos se refieren a las medidas cautelares en materia administrativa?

De acuerdo a lo analizado, se contienen en los Arts. 131 a 150 del proyecto de Código Orgánico General de Procesos y los Arts. 378 a 408 regulan los juicios contenciosos administrativos.

PREGUNTA N° 7.- ¿Se declara la nulidad de un acto administrativo viciado ipso jure?

Es la mayor deficiencia y omisión de la legislación vigente.

PREGUNTA N° 8.- ¿Se declara la suspensión de un acto administrativo viciado ipso jure?

Repito lo expuesto anteriormente porque es otra inaceptable deficiencia de la legislación vigente.

PREGUNTA N° 9 ¿Cómo deberían ser estas medidas cautelares administrativas contra el Estado?

Como lo que se establece en el proyecto de Código Orgánico General de Procesos.

PREGUNTA N° 10 ¿Qué legislación comparada estima la más adecuada para que se aplique en el Ecuador respecto de las medidas cautelares contra la Administración?

El Código General del Proceso de Uruguay es acertado sobre la materia, pero el proyecto de Código Orgánico General de Procesos es completo en cuanto a medidas cautelares y juicios contencioso administrativos.

3.5.4 Entrevista al Director Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Jaime Adrián Ortiz Mocha.

PREGUNTA N° 1 ¿Es ajustado a derecho que no se pueda solicitar medidas precautorias en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

En ningún caso, toda limitación de los derechos que pueda ejercer una persona es antidemocrática porque impide que los particulares, en este caso estén en un pie de igualdad contra los abusos del Estado o contra un acto administrativo que afecte sus intereses, el cual requiere de un dilatado procedimiento para que se anule o suspenda, pero falta poco para reemplazar las disposiciones existentes, porque el proyecto de Código Orgánico General de Procesos soluciona todo lo pendiente.

PREGUNTA N° 2 ¿Es ajustado a derecho que los particulares afectados estén inhibidos de solicitar medidas precautorias anticipadas en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

Reitero absolutamente lo manifestado en la respuesta anterior, ahora no es ajustado a derecho, en el futuro no habrá inconvenientes con el proyecto de Código Orgánico General de Procesos

.PREGUNTA N° 3 De acuerdo a lo expuesto anteriormente ¿considera que toda persona, en materia de actos administrativos contrarios a derecho y nulos de nulidad absoluta, los particulares carecen del derecho a una tutela judicial efectiva y/o anticipada en los juicios contenciosos administrativos contra el Estado?

Existen graves omisiones en la legislación vigente que me llevan a reiterar lo señalado en la primera respuesta.

PREGUNTA N° 4 ¿Cumple el Estado ecuatoriano con su deber primordial de asegurar el pleno goce de los derechos constitucionales y los consagrados en instrumentos internacionales en favor de los administrados afectados por un acto administrativo?

Existen una serie de derechos y garantías constitucionales que permiten a los particulares interponer las acciones necesarias para el ejercicio de sus derechos, pero ello no ocurre en

materia de medidas cautelares en materia administrativa porque estas no existen y respecto de la suspensión de un acto administrativo ello no es en un tiempo breve, lo que perjudica gravemente a quienes la solicitan, pero ello se soluciona en el proyecto de Código Orgánico General de Procesos

PREGUNTA N° 5 ¿Regula el proyecto de Código Orgánico General de Procesos las medidas cautelares en materia administrativa?

Si lo hace en cuanto a medidas cautelares y justicia contencioso administrativa.

PREGUNTA N° 6 ¿Qué normas del proyecto de Código Orgánico General de Procesos se refieren a las medidas cautelares en materia administrativa?

Las que se contienen en los Arts. 131 a 150 y 378 a 408 del proyecto de Código Orgánico General de Procesos

PREGUNTA N° 7.- ¿Se declara la nulidad de un acto administrativo viciado ipso jure?

En ningún caso, ahora, aunque sea evidente.

PREGUNTA N° 8.- ¿Se declara la suspensión de un acto administrativo viciado ipso jure?

Igual que en la respuesta anterior, en ningún caso, aunque sea evidente.

PREGUNTA N° 9 ¿Cómo deberían ser estas medidas cautelares administrativas contra el Estado?

Como las legislaciones modernas comparadas que obedecen al neoconstitucionalismo porque se otorga a las juezas y jueces un papel protegónico para que decreten estas medidas de acuerdo a las necesidades del particular que cumpla con los requisitos para solicitarlas.

PREGUNTA N° 10 ¿Qué legislación comparada estima la más adecuada para que se aplique en el Ecuador respecto de las medidas cautelares contra la Administración?

Debe hacerse un estudio acucioso, pero siempre creo que hay que tener como referencia la legislación chilena, colombiana, española, mexicana y uruguaya, pero en el proyecto de Código Orgánico General de Procesos, existen normas más avanzadas que las de esos países.

3.6 Triangulación de resultados

Las respuestas de los cuarenta abogados encuestados de la provincia de Los Ríos como las del juez de la Corte Nacional de Justicia Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado; del Director Provincial del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Diego Fernando Camacho García; del Asesor Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Juan Pablo Cordero Chiriboga y del Director Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Jaime Adrián Ortis Mocha, han sido categóricas, en lo que respecta a la inexistencia de medidas cautelares en materia administrativa en la legislación vigente, existiendo solo la suspensión del acto administrativo que supuestamente causa daños a uno o más personas, pero ello tiene serie de inconvenientes que restringen la tutela judicial efectiva, dejando en evidencia que no existe tutela judicial anticipada en estas materia. Resultó interesante, igualmente las opiniones que expusieron los entrevistados y encuestados acerca de las normas que rigen las medidas cautelares en el Código Orgánico General de Procesos, quedando en evidencia que esta legislación vigente soluciona en parte el problema de providencias provisorias o medidas cautelares en materia administrativa.

3.7 Verificación de objetivos e hipótesis

Se cumplió con los objetivos generales ya que el legislador aprobó el Código Orgánico General de Procesos que subsana las omisiones de la legislación existente, especialmente de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que las medidas cautelares contra la Administración Pública se establecen en su más amplio sentido, legitimando a cualquier persona para pedir medidas cautelares contra un reglamento, acto o resolución administrativa que cause estado y vulnere un derecho o interés directo del demandante, así como para evitar el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del particular y que el posterior reconocimiento de derechos no pierda virtualidad, esto es, que la sentencia no sea ineficaz en razón de que, al haber transcurrido un tiempo, ya no pueda ejercerse luego el derecho que ha sido reconocido, y, finalmente, establecer un procedimiento informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases, cosa que se ha conseguido, aunque par-

cialmente, en el Código Orgánico General de Procesos destacando que esta normativa ha cumplido cabalmente con los objetivos propuestos en la presente tesis.

CAPÍTULO IV PROPUESTA

4.1 Título de la propuesta

Proyecto de reforma del Código Orgánico General de Procesos, relacionada con medidas cautelares administrativas innominadas en contra de la Administración.

4.2 Objetivos

El Código Orgánico General de Procesos que entrará en vigencia en doce meses contados de la publicación en el Suplemento de Registro Oficial N° 506, de fecha 22/05/2015, subsa-

nó la inexistencia de medidas cautelares administrativas en nuestro ordenamiento jurídico, destacando que la única medida que era posible interponer contra un acto administrativo nulo era la suspensión del acto administrativo, regulado en el ERJAFE, medida que persiste en el actual código en su Art. 330.

El Código Orgánico General de Procesos, además de la suspensión del acto a que se hizo referencia en el párrafo anterior, contempla providencias preventivas generales que son aplicables en materia administrativa y que son: a) el secuestro o restitución (Art. 124,125 y 129); b) la prohibición de enajenar bienes inmuebles (Art. 126); c) la retención (Art. 130) y el arraigo (Art. 133).

El problema principal radica en que de conformidad al Art. 329 del Código Orgánico General de Procesos, los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, ya que son ejecutables desde que se encuentren firmes o de hallen ejecutoriados.

Sin embargo, en esta materia las providencias preventivas generales, en lo que dice relación con la tutela judicial efectiva de los accionantes, carecen de pertinencia para evitar los efectos de este acto, porque, por ejemplo, si se decreta el arraigo contra la autoridad pública de quien proviene el acto, en caso alguno se impedirá la ejecutoriedad del mismo porque se presume la legitimidad, el cual puede provocar efectos graves e irreversibles.

4.3 Justificación

La presente propuesta se justifica porque en el derecho comparado, como ocurre en Colombia, España y Venezuela, existen las medidas cautelares innominadas las cuales se sustentan en el absoluto respeto de la tutela judicial efectiva, pero, además, permiten a las juezas y jueces decretar las medidas que estimen pertinentes para evitar el daño al accionante, lo que tiene directa relación con el principio de aplicabilidad directa consagrado en el numeral 3 del Art. 11 y el inciso 2° del Art. 426 de la Constitución de la República. En efecto, si se impide a las juezas y jueces aplicar directa e inmediatamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente, la tutela judicial efectiva de los accionantes, resultando una aberración jurídica que existiendo un acto administrativo nulo, prevalezca una presunción absurda de legitimidad por el simple hecho de la autoridad, aunque sea evidente su nulidad, por sobre la tutela judicial efectiva y los intereses de los administrados perjudicados.

Respecto de las medidas cautelares establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, frente a un acto nulo o arbitrario de la administración, ninguna de las medidas cautelares ordinarias velan por la tutela judicial efectiva del administrado afectado, pudiendo recurrir a la suspensión del acto, de conformidad al Art. 330 del señalado código, pero esta suspensión no consiste en una simple orden de la o del juez de la causa, pudiendo acontecer que la demora en la expedición de la orden, igualmente, produzca efectos irreversibles.

En consecuencia, se justifica la existencia de medidas cautelares innominadas, a fin que las juezas y jueces, q en virtud de los principios neoconstitucionalistas en que se sustente nuestra Constitución, apliquen como, establece la legislación colombiana cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

4.4 Propuesta

4.4.1 Exposición de motivos.

Las medidas cautelares aplicables en materia administrativas, establecidas en el Código General de Procesos, especialmente las generales de los Arts. 124 a 133, si bien son aplicables al proceso contencioso administrativo en virtud de lo dispuesto en el Art. 327 del referido cuerpo legal, pero, pese a contribuir a la tutela judicial efectiva de los particulares, no resultan eficaces para suspender los efectos de un acto administrativo que de acuerdo al Art. 329 ibídem, se presume legítimo y tiene ejecutoriedad, aún cuando adolezca de nulidad.

Resulta, igualmente, aberrante jurídicamente, que en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como deber primordial, de acuerdo al numeral 1 del Art. 3 de la Constitución de Justicia “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, destacando entre ellos la tutela judicial efectiva consagrada en el Art. 75 de la carta magna, principio que no se respeta porque en vez de aplicarse el principio pro homine del administrado, se prefiere los intereses del Estado, aun cuando se trate de un acto nulo.

CONSIDERANDO

- PRIMERO.-** De conformidad al Art 84 de la Constitución de la República es obligación de la Asamblea Nacional adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales para garantizar la dignidad del ser humano, especialmente la tutela judicial efectiva del Art. 75 del señalado cuerpo normativo;
- SEGUNDO.-** Que las providencias administrativas generales de los artículos Arts. 124 a 133 del Código Orgánico General de Procesos no son plenamente aplicables en materia administrativa, especialmente en lo que dice relación con los actos administrativos nulos o arbitrarios de la autoridad.
- TERCERO.-** Que para velar integralmente por la tutela judicial efectiva y anticipada de los administrados se precisa de providencias preventivas eficientes que eviten perjuicios irreversibles por la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los mismos.

En ejercicio de las facultades constitucionales de las que se halla investida por disposición del Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República; expide la siguiente:

Ley que reforma el Código Orgánico General de Procesos, relacionada con medidas cautelares administrativas innominadas en contra de la Administración.

ARTÍCULO ÚNICO: Insértese el siguiente Art. 330-A al Código Orgánico General de Procesos:

Art. 330-A.- Providencias preventivas innominadas.- Cualquier persona está facultada, antes de presentar su acción de anulación objetiva o por exceso de poder y dentro del proceso, solicitar conjuntamente con la suspensión del acto administrativo cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.¹

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los veinticuatro días de septiembre del año dos mil quince.

¹ **Nota:** el presente artículo tuvo como base el Art. 590 de la Ley N° 1564 por medio de la cual se expidió el Código General del Proceso, ley que se publicó en el Diario Oficial N° 48489 de 12/07/2012

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones.

- Los particulares, en la actualidad, están en desigualdad de armas para la defensa de sus intereses ya que no tienen la posibilidad de interponer medidas cautelares contra la administración en los juicios contenciosos administrativos frente a actos administrativos que les causen daño o sean manifiestamente ilegales, pero ello se subsanó con las Providencias Preventivas de los Arts. 124 a 133 y la suspensión del Art. 330, todas del Código Orgánico General de Procesos.
- La suspensión de un acto administrativo, en el Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos, puso fin a la suspensión de la ERJAFE que era un procedimiento

de dilatada tramitación que para nada tomaba en consideración el *fumus boni juris* y el *periculum in mora* alegado por un particular para proteger sus intereses, primando la presunción de legalidad de los actos administrativos, pero la nueva suspensión comenzará a aplicarse con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos el próximo 22/05/2015.

- El juicio administrativo de plena jurisdicción o de nulidad, en su caso, no contemplaba en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la posibilidad a los perjudicados por un acto administrativo para interponer medidas cautelares en contra de éste, lo que lo dejaba a los accionantes en la indefensión porque les impedía asegurar el resultado de la acción deducida, lo que se subsana en el Código Orgánico General de Procesos que empezará a el próximo 22/05/2015.
- Es tal la arbitrariedad de la administración que hasta sus actos nulos tienen una presunción de legalidad que no pueden dejar sin efecto, sino que hay que recurrir a la justicia ordinaria, de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos, aunque con ello se cause un daño a los afectados por el acto nulo y arbitrario, existiendo garantías que ello cambiará con la nueva normativa.
- Respecto del Código Organico General de Procesos se puede concluir que se ha subsanado los defectos que tenía la legislación derogada, pero la aplicabilidad y eficacia de este código comenzará el día 22/05/2016.

5.2 Recomendaciones

- Todo particular está facultado de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos para interponer toda clase de medidas cautelares en contra de los actos administrativos de las instituciones del Estado, estableciendo la igualdad de armas respecto a los litigios que tengan con el Estado, ya que este último debe estar al servicio de la persona humana como se establece en la Constitución de la República destacando que se regula igualmente los juicios contencioso administrativos en el señalado proyecto.
- La suspensión de un acto administrativo en el Código Orgánico General de Procesos debe aplicarse como medida urgente e inmediata, que opera ipso jure cuando

se trate de un acto administrativo nulo o que cause graves perjuicios a las personas, que cumpliendo los requisitos del *fumus boni juris* y el *periculum in mora* soliciten esta medida a fin de evitar los daños que el acto les causa.

- El juicio administrativo de plena jurisdicción o de nulidad, en la nueva normativa será conocido por toda juez o jueza y en ellos deberá permitirse la posibilidad concreta de interponer medidas cautelares en contra del Estado, no solo las nominadas sino las innominadas que se proponen, para asegurar la seguridad jurídica de los particulares y hacer cesar los daños que pueden suceder con un acto que se presume legal pero que perjudica gravemente a las personas, lo que se regula en el Código Orgánico General de Procesos.
- Respecto de los actos nulos evidentes debe facultarse a la propia entidad que lo emitió para dejarlo sin efecto en forma inmediata, estableciendo sanciones graves para el caso que no se hagan cuando sea evidente los defectos y nulidades de las que el acto abolece.
- El Código Organico General de Procesos es acertado en establecer que los juicios contencioso administrativos se conocerán por las juezas y jueces en general poniéndose fin a la Jurisdiccion Contencioso Administrativa, pero se recomienda otorgar a las juezas y jueces mayores facultades para proteger los derechos de los accionantes y otorgarles la debida tutela judicial efectiva, como lo son las medidas cautelares innominadas que se aplican en el derecho comparado y a las que se hizo referencia en la presente investigación.

BIBLIOGRAFÍA

Abreu, A. (2006). Desvío de poder en la anulación del acto administrativo. *Revista electrónica de Derecho del Estado, Salvador, Bahía, Brasil*, 1 a 14.

Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Santiago: Jurídica de Chile.

Bello, H., & Jinénez, D. (2009). *Tutela Judicial Efectiva Y Otras Garantías Constitucionales Procesales*. Caracas: Paredes.

Berizonce, R. (2004). *La tutela anticipatoria en la Argentina (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Buonaduce, F. (2002). *Tutelas cautelares y tutelas anticipatorias*. Sao Paulo: Mundo Jurídico.

Calamandrei, P. (1984). *Providencias Cautelares*. Buenos Aires: , Editorial Bibliográfica Argentina,.

Cervantes, J. (1988). *El cumplimiento de las sentencias que emite el Tribunal Fiscal de la Federación*. México: Tribunal Fiscal de la Federación.

Chaves, J. (2009). *La apariencia en Derecho importa: últimas Políticas del fumus boni iuris*. Santiago de Compostela: contencioso.es.

Chinchilla, T. (2009). *“¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?”* Bogotá: Temis.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia. (2011, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Diario Oficial.

Consejo Consultivo de Castilla y León, España. (21012 y 2013, pág. 1). *Extracto doctrinal actos de contenido imposible*. Valladolid: Consejo Consultivo de Castilla y León, España.

Couture, E. (1976). *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires: Depalma.

De la Sierra, S. (2002). *Tutela cautelar contencioso - administrativa y derecho europeo, un estudio dogmático y jurisprudencial*. Navarra, España: Thompson - Aranzadi.

Diez, M. (1996). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.

Dromi, R. (1996). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Fernández, F. (1992). *El sistema constitucion al español*. Madrid: Dykinson.

Fernández, M. (2009). *La tutela judicial y efectiva de la aplicación del Código Procesal Contencioso Administrativo, sus dimensiones constitucionales*. San José de Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

Fernández, S. (2003). *Casación y Jurisprudencia Civil*. Machala: Corte Superior (hoy Provincial) de Machala.

Fraga, G. (1999). *Derecho Administrativo*. México D.F.: Porrúa S.A.

Freitas, D., & Amoroso de Almeida, M. (2004). *Grandes líneas de reforma de lo contencioso administrativo*. Lisboa, Portugal: Almedina.

García de Enterría, E. (1987). *Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*. Madrid, España: Documentación Administrativa N° 209 (enero-abril 1987).

García, F. (2009,). *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

García, G., & Contreras, P. (2013). *Revista de Estudios Constitucionales, Vol. 11 N° 2, 229 - 282*.

Guasp, J. (2002). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Civitas.

Hernández - Mendible, V. (2007). El desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela. *Revista de Derecho Público N° 30 Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2007. , 153 - 184*.

Jimbo, S. (2008). *La acción de amparo sobre los actos administrativos en el derecho ecuatoriano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Maestría en Derecho Administrativo.

Junior, T. (1976). *Proceso Cautelar*. Sao Paulo: Universitaria de Derecho.

Klett, S. (2013). *Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. Montevideo: Centro de Estudios Judiciales del Uruguay.

Ley 29 de 13/07/1998 de Jurisdicción Contencioso Administrativa de España. (1998). Madrid: B.O.E.

Linares, J. (1986). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Maques, N., & Sac, M. (s.f.). *Las medidas cautelares contra la administración pública, Capítulo II*. Buenos Aires: FDA.

Marabotto, J. (2003). México D.F.: Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano, Biblioteca Jurídica Virtual Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Martínez, N. (2001). *Las Medidas Cautelares en la Protección del Ambiente y las Jurisdicciones de mayor incidencia en su Tutela Efectiva*. San José de Costa Rica: Universidad de San José, Facultad de Derecho.

Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. (2012). *Código General del Proceso*. Bogotá: Diario Oficial N° 48489 de 12/07/2012.

Morello, A. (1996). *Anticipación de la tutela*. La Plata: Platense.

Moreno, R. (2001). *Diccionario de Ciencias Penales*. Buenos Aires: Ad hoc.

Palacio, L. (2001). *Derecho Procesal Civil, tomo VIII*,. Buenos Aires: Astrea.

Podetti, R. (1995). *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: EDIAR.

Restrepo, M. (2005). La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo. *Saberes, Estudios Socio-Jurídicos vol.7 no.2 Bogotá July/Dec. 2005*, 1 - 22.

Rodríguez - Arana, J. (2008). *La finalidad de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en España: nuevas perspectivas*. México D.F.: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Sentencia N° 015-13-SEP-CC, de fecha 14 de mayo de 2013, caso N° 0235 – 12 – EP (CORTE CONSTITUCIONAL).

Solari, T., & Tudela, X. (2010). El arraigo. *Revista de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Chile*, 199 - 230.

Torrieri, D. (2005). *Diccionario Compacto Jurídico*. Sao Paulo: Rideel, 8a. Edición.

Tribunal Supremo de Justicia República Bolivariana de Venezuela. (2010, Exp. N° 01-1114, decisión. N° 1745). Caracas: TSJ República Bolivariana de Venezuela.

Verdan, T. (2012). Comentarios a la medida cautelar de secuestro: un abordaje procesal del tema. *Contenido Jurídico*, 1 - 6.

LINKOGRAFÍA

Belalcázar, J. (2005). El vicio de desviación de poder como causa de nulidad de los actos administrativos. *Revista Judicial www.derechoecuador.com*, 1 - 3.

Constitución Política de Colombia 1991. (www.unesco.org/.../colombia/colombia_constitucion_politica_1991). *Constitución Política de Colombia 1991*. Bogotá: UNESCO.

Corte Constitucional de Colombia. (2013, Sentencia C-279-13). *Sentencia C-279-13*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-279-13.htm>.

Jirón, M. (25 de Febrero de 2010, pág. 1). El juicio contencioso administrativo. *www.derechoecuador.com*.

Morey, J. (2012, <http://morey-abogados.blogspot.com/2012/05/derecho-objetivo-y-derecho-subjetivo-la.html>). *Deerecho objetivo y derecho subjetivo. Noción de interés legítimo*. Quito.

Tribunal Superior de Justicia de Venezuela. (2010, pág. 1). *Sentencia del Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas*. Caracas: Tribunal Superior de Justicia de Venezuela, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/AGOSTO/2120-4-AH15-X-2010-000047.HTML>.

ANEXOS

ANEXO I

Análisis de los resultados de las encuestas aplicadas a 40 abogados en libre ejercicio de la Provincia de Los Ríos

PREGUNTA N° 1 ¿Se puede solicitar medidas precautorias en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

PREGUNTA N° 2 ¿Se puede solicitar medidas precautorias anticipadas en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

PREGUNTA N° 3 ¿Tienen los administrados derecho a tutela judicial efectiva y/o anticipada en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

PREGUNTA N° 4 Debido a la falta de tutela judicial efectiva o anticipada ¿diría Ud. que los particulares afectados están en indefensión?

PREGUNTA N° 5 ¿Se solucionan las omisiones legales de la legislación vigente con el proyecto de Código Orgánico General de Proceso?

ANEXO II

Entrevista al juez de la Corte Nacional de Justicia Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado; al Director Provincial del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Diego Fernando Camacho García; al Asesor Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Juan Pablo Cordero Chiriboga y Entrevista al Director Jurídico del Consejo de la Judicatura de la Provincia de los Ríos, Dr. Jaime Adrián Ortis Mocha.

PREGUNTA N° 1 ¿Es ajustado a derecho que no se pueda solicitar medidas precautorias en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

PREGUNTA N° 2 ¿Es ajustado a derecho que los particulares afectados estén inhibidos de solicitar medidas precautorias anticipadas en un juicio contencioso administrativo contra el Estado?

PREGUNTA N° 3 De acuerdo a lo expuesto anteriormente ¿considera que toda persona, en materia de actos administrativos contrarios a derecho y nulos de nulidad absoluta, los particulares carecen del derecho a una tutela ju-

dicial efectiva y/o anticipada en los juicios contenciosos administrativos contra el Estado?

PREGUNTA N° 4 ¿Cumple el Estado ecuatoriano con su deber primordial de asegurar el pleno goce de los derechos constitucionales y los consagrados en instrumentos internacionales en favor de los administrados afectados por un acto administrativo?

PREGUNTA N° 5 ¿Regula el proyecto de Código Orgánico General de Procesos las medidas cautelares en materia administrativa?

PREGUNTA N° 6 ¿Qué normas del proyecto de Código Orgánico General de Procesos se refieren a las medidas cautelares en materia administrativa?

PREGUNTA N° 7.- ¿Se declara la nulidad de un acto administrativo viciado ipso jure?

PREGUNTA N° 8.- ¿Se declara la suspensión de un acto administrativo viciado ipso jure?

PREGUNTA N° 9 ¿Cómo deberían ser estas medidas cautelares administrativas contra el Estado?

PREGUNTA N° 10 ¿Qué legislación comparada estima la más adecuada para que se aplique en el Ecuador respecto de las medidas cautelares contra la Administración?